

A SOCIEDADE ABERTA E O DIREITO

THE OPEN SOCIETY AND RIGHT

Natasha Gomes Moreira Abreu*

Recebimento em agosto de 2015.

Aprovação em setembro de 2015.

Resumo: Toma-se como discussão a postura do Poder Judiciário no sentido de proceder para a concretização da Constituição Federal de 1988 com a incorporação das reivindicações sociais, como forma de resolução de conflitos a partir da sociedade aberta, plural e democrática proposta por Peter Häberle. Para tanto, passa-se pela crítica ao positivismo jurídico, à nova hermenêutica, com enfoque no seu método hermenêutico concretizador. A escolha deve-se pelo fato deste impor o processo alargado de interpretação da Constituição, em que todas as camadas da sociedade podem ser intérpretes da norma, não apenas monopólio dos intérpretes jurídicos. O pensador alemão da Nova Hermenêutica adota o método hermenêutico concretizador que aborda a leitura do texto normativo, iniciando-o a partir da pré-compreensão do intérprete. Uma leitura da realidade vivida e do problema concreto, os quais dão ao intérprete um papel criador na obtenção do sentido do texto normativo. Neste processo interpretativo em que integra a realidade, alia-se teoria e prática social.

Palavras-chave: Círculo hermenêutico. Normas constitucionais. Participação democrática.

Abstract: Take as discussion posture of the judiciary in order to proceed to the implementation of the Federal Constitution of 1988 with the incorporation of social demands as a form of conflict resolution from the open society, plural and democratic proposal by Peter Häberle. Therefore, going by the criticism of legal positivism, the new hermeneutics, focusing on his hermeneutical method concretizing. The choice is due to the fact that this impose wide ranging interpretation of the Constitution, where all strata of society can be interpreters of the standard, not only monopoly for legal interpreters. The German thinker of the New Hermeneutics adopts concretizing hermeneutical method that addresses the reading of the normative text, starting from the pre-understanding of the interpreter. A reading of lived reality and the real problem, which give the interpreter a creative role in getting the meaning of the legal text. In this interpretive process that integrates the reality, joins social theory and practice.

Keywords: Hermeneutic circle. Constitutional rules. Democratic participation.

1. A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO

Antes de adentrar à teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, é importante que se discuta como chegou-se à necessidade de uma Nova Hermenêutica.

Hans Kelsen, responsável pela Teoria Pura do Direito, foi um grande expoente do positivismo jurídico normativista¹. Para ele, esta teoria orienta-se apenas através do conhecimento

* Mestre pela Universidade Federal de Goiás - UFG, Goiânia-GO, Brasil. Professora de Direito da Faculdade do Sudeste Goiano, Pires do Rio-GO, Brasil. E-mail: natasha.moreira.adv@gmail.com

¹ O positivismo jurídico normativo é a identificação do fenômeno jurídico com a norma. (NADER, 2012)

do direito, desconsidera-se demais elementos estranhos à ciência do direito. E por isso, a teoria Pura do Direito sofreu críticas, porque isola o direito das demais ciências e sabe-se que este não consegue resolver todas as questões e toma emprestado os conhecimentos das outras ciências.

No positivismo jurídico de Kelsen (2011), reconhece-se tão somente, o direito positivo, “toda mistura com outros sistemas normativos (moral, direito natural) será excluída” (p.41). O direito positivo deve ser rigorosamente diferenciado “dos problemas relativos à sua origem histórica, efeitos sociais e valoração moral. Não se excluem, de maneira alguma, investigações sobre estas questões, mas deverão ser empreendidas, contudo, em esferas científicas próprias” (p.41).

Kelsen observou “que sendo o direito uma realidade específica não seria de bom alvitre transportar para a égide da ciência jurídica métodos válidos para outras ciências”. O jurista deveria investigar o direito mediante seus processos próprios, como uma “pureza metódica”, ou seja, conhecer e descrever a norma de direito de forma pura sem vinculação de elementos sociais e valorativos (DINIZ, 2010, p.118).

O positivismo jurídico limita o direito à lei, independente do conteúdo axiológico, “seus destinatários e aplicadores devem exercitá-la sem questionamento ético ou ideológico”. Para os positivistas, não é possível elementos *extra legem* na definição do direito positivo, praticam o legalismo puro (NADER, 2012, p.211).

Para Bobbio² (1995), o positivismo nasce da necessidade do estudo do direito enquanto ciência e para tanto, o direito é considerado como um fato e não como valor.

O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogo àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor (BOBBIO, 1995, p.131).

² Bobbio trata a respeito da grande polêmica da norma jurídica formal. Para ele, criticam-se o “formalismo jurídico” sob nome genérico, mas sem conhecer as suas três teorias de visões diferentes. E para os que pretendem combatê-las, é preciso conhecê-las. Bobbio discorre então, sobre os três tipos de formalismo: formalismo jurídico, formalismo ético, formalismo científico. O primeiro prescreve “o modo em que cada um deve agir se quiser alcançar os próprios objetivos e, portanto, não cabe ao direito estabelecer o conteúdo da relação intersubjetiva, mas a forma que ela deve assumir para ter certas consequências”. O formalismo ético é “justo o que é conforme à lei, e como tal repele todo critério de justiça que esteja acima das leis positivas e com base no qual as mesmas leis positivas podem ser avaliadas. Esta doutrina pode ser considerada formal, no sentido em que faz a justiça consistir na lei só pelo fato de que é lei, ou seja, de que é comando posto pelo soberano”. O terceiro é o formalismo científico, que concebe a ciência jurídica e o trabalho do jurista “como atividade de construir o sistema de conceitos jurídicos tal como deduzem das leis positivas, tarefa puramente declarativa ou recognitiva e não criativa, e de extrair dedutivamente do sistema assim construído a solução de todos os possíveis casos controversos”. (BOBBIO, 2003, p. 71). O formalismo jurídico define o direito, enquanto que, o formalismo ético define a justiça e o formalismo científico define como a ciência jurídica deve comportar-se. Para Bobbio, a polêmica do formalismo jurídico não vale para o formalismo ético e científico. O ponto de vista de Bobbio é que, não se pode pretender uma ciência exclusiva “nem da justiça, nem do direito, nem da ciência jurídica, mas pura e simplesmente um modo de estudar o fenômeno jurídico na sua complexidade, um modo que não só exclui, como exige os demais para que se possa obter um conhecimento integral da experiência jurídica” (BOBBIO, 2003, p. 72).

O positivismo define o direito como:

conjunto de comandos emanados do soberano, introduz na definição o elemento único de validade, considerando, portanto, como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da eficácia (BOBBIO, 1995, p.142).

Os críticos do positivismo jurídico apontam que considerar o direito tão somente um comando de normas estatais, de que as leis devem ser obedecidas, implica no não atendimento à realidade efetiva do direito, a sociedade não deve obedecer as leis porque derivam de um comando, mas porque, têm em si, o fundamento de legitimidade (COELHO, 2003; BOBBIO, 1995). E segundo, pois, o positivismo jurídico serviu de legitimação de ordens jurídicas totalitárias das atrocidades de Hitler, do agir conforme a lei (RICHE & FERREIRA, 2010; MAGANE, 2010; BOBBIO, 1995; BARROSO & BARCELLOS, 2003).

Depois das tragédias ocorridas do Estado de Hitler na Alemanha, no pós Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico mostrou ser insuficiente para alcançar os ideais de justiça e “os valores intrínsecos à sociedade” (MAGANE, 2010).

Pois, de acordo com a teoria monista kelseniana, o “único direito é o positivo”. E para o princípio da estatalidade, o “direito positivo é o direito do Estado,

o qual detém o monopólio de sua criação, interpretação e aplicação, ademais, entende-se que o direito positivo é tornado obrigatório em virtude do poder coercitivo do Estado, detentor do monopólio da violência organizada. Ainda que se considerem as demais formas de normatividade social, ambos os princípios levam a que não sejam estas consideradas direito, a menos que sejam cooptadas pelo Estado (COELHO, 2003, p.410-411).

Assim, para alguns adeptos da teoria crítica do direito, uma forma alternativa de Estado é o pluralismo jurídico que se opõe à teoria monista e à estatalidade. O pluralismo significa que, o direito encontra-se inserido na sociedade, transcendendo o Estado, para o pluralismo todo grupo está habilitado a criar normas. O direito é em sua essência múltiplo e heterogêneo. Trata-se de um direito livre, que tem manifestações nas diferentes camadas sociais, cujas normas jurídicas são nascidas. (COELHO, 2003; CANOTILHO, 2003).

O “movimento de retorno ao direito”³ liderado por constitucionalistas liberais⁴, comunitários⁵ e críticos-deliberativos⁶, de diferentes visões sobre o pluralismo nas sociedades

³Em torno do qual evita-se a violência, em face do pluralismo que caracteriza as democracias contemporâneas (BOURETZ, 1991 in CITTADINO, 2000).

⁴ John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore.

⁵ Charles Taylor e Michael Walzer.

⁶ Jürgen Habermas.

contemporâneas, debatem o papel da Constituição, dos sistemas de direitos fundamentais assegurados por ela, a jurisdição constitucional e a interpretação constitucional na busca de uma construção de uma sociedade justa e de uma ordem jurídica democrática.

Os pensadores liberais optam por uma Constituição-garantia que tem a finalidade de preservar as liberdades negativas e assegurar a autonomia moral dos indivíduos. A interpretação da Constituição deve ser orientada pelas “normas e princípios constitucionais, cujo sentido de validade é o deontológico, pois, dado o fato do pluralismo, o direito tem prioridade sobre qualquer concepção de bem”. (CITTADINO, 2000, p.9).

Para os críticos-deliberativos, a Constituição tem a função de “contextualizar princípios universalistas, e desta forma, se transformar na única base comum a todos os cidadãos” (CITTADINO, 2000, p.9).

Já os comunitários atribuem validade teleológica às normas e princípios constitucionais e “concebem a Constituição como um projeto social integrado por um conjunto de valores compartilhados, que traduz um compromisso com certos ideais”. A hermenêutica constitucional deveria ser orientada a partir de valores éticos que a comunidade compartilha. (CITTADINO, 2000, p.9).

Esses constitucionalistas acreditam que a Constituição não pode significar um sistema fechado de defesa das garantias individuais. A Constituição é aberta porque enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade. “As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais)”. O constitucionalismo comunitário é calcado na dignidade humana, solidariedade e ultrapassa as concepções de “direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas”, condicionando a autonomia privada em prol do bem coletivo. (CITTADINO, 2000, p.17).

Os direitos fundamentais são considerados valores que a comunidade reconhece e devem estar integrados no corpo normativo, assumem “caráter concreto de normas constitucionais positivas e passam a ser considerados direitos constitucionais”. A abertura constitucional para os comunitários é notada a partir dos “direitos fundamentais positivados constitucionais”, recepcionados pela comunidade por fazerem parte de sua consciência histórica. Para De Andrade (1983), a dignidade da pessoa humana não é um valor abstrato, mas uma “autonomia ética dos homens concretos”.

Dessa forma, estuda-se a seguir, a abertura constitucional através do alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que tem como objetivo democratizar o processo interpretativo e dar concreção à Constituição.

2. A NOVA HERMENÊUTICA E O MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR

O debate constitucional sobre a concretização da Constituição ocorreu como observa Cittadino (2000), tanto nos Estados Unidos da América (EUA), quanto na Alemanha e influenciou o constitucionalismo brasileiro.

Os constitucionalistas norte-americanos Robert Brok, W. Rehnquist, Joseph Story, Bruce Ackerman, R. Dworkin discutem a interpretação da Constituição. Ackerman defende que o povo é o personagem de transformações do sistema constitucional e caberia à Corte Suprema atuar nesse sentido, de modo a promover a integração da comunidade no sistema jurídico constitucional. Ele e Dworkin criticam o positivismo por prestigiar as normas em detrimento dos princípios (CITTADINO, 2000).

Nos esforços em pensar novos métodos hermenêuticos⁷, juristas alemães Rudolf Smend, Theodor Viehweg, Martin Kriele, Josep Esser, Konrad Hesse, Friedrich Müller, H. J. Kosh, H. Ruessmann, Horst Ehmke, Ulrich Scheuner e Peter Häberle encabeçaram a Nova Hermenêutica (RICHE & FERREIRA, 2010; MAGANE, 2010).

Há uma proximidade de ideias entre os autores sobre: a valorização da teoria material da Constituição, que convergiam em atribuir à Constituição um sentido mais profundo, negando sua forma fechada, como se fosse “um sistema lógico-axiomático perfeito e acabado, tendo em vista o caráter eminentemente aberto da ordem constitucional”; reconhecendo a ligação do Direito e a sua interação dinâmica com a realidade social; a “negação da atividade interpretativa como puramente cognitiva, voltada unicamente para a *voluntas legis* ou para a *voluntas legislatorum* de caráter meramente reprodutor”; o reconhecimento de que toda concretização é atividade criativa, a Constituição não pode ser interpretada de forma idêntica à uma lei, dentre outros argumentos (RICHE & FERREIRA, 2010, p.258-259).

Esses constitucionalistas alemães dedicavam o estudo à uma metodologia de hermenêutica constitucional e criticavam os métodos tradicionais⁸ de interpretação do positivismo (CITTADINO, 2000).

Canotilho (2003) aborda como sendo, estes elementos tradicionais pertencentes ao método hermenêutico clássico, ou método jurídico, que parte da consideração de que, a Constituição é lei e, portanto, interpretar a Constituição é interpretar a lei.

⁷ Método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante (CANOTILHO, 2003; MAGANE, 2010).

⁸ Gramatical, histórico, sistemático e teleológico (GUERRA & EMERIQUE, 2005).

No Brasil, os precursores da Nova Hermenêutica, são: Paulo Bonavides das obras *Sociedade Aberta* e *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência*, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade; Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*; Juliana Cardoso Ribeiro Bastos, *Constituição Econômica e a Sociedade Aberta* e Gisele Cittadino, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*.

A Nova Hermenêutica visa apresentar novos métodos hermenêuticos de modo a proceder uma interpretação das normas constitucionais diferenciada (SPAREMBERGER, 2001; GUERRA & EMERIQUE, 2005; SOUZA, 2011) das normas infraconstitucionais, principalmente no tocante aos direitos fundamentais. Propõe discutir o alcance da atividade interpretativa, com inclusão dos atores sociais nesse processo interpretativo com base democrática.

Dentre os autores alemães da Nova Hermenêutica, adota-se como marco teórico Peter Häberle, que utiliza o método hermenêutico concretizador na condução da interpretação constitucional.

O método hermenêutico concretizador determina que, a leitura de um texto normativo inicia-se a partir da pré-compreensão do seu sentido pelo intérprete. Interpretar a Constituição é compreender seu sentido, “preenchendo seu sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua (*sic*) uma actividade (*sic*) prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta” (CANOTILHO, 2003, p.1.212).

Foi a partir do método hermenêutico-concretizador, que se desenvolveu uma série de princípios de interpretação constitucional, tais como: o princípio da unidade da constituição (as normas constitucionais devem ser consideradas no seu conjunto, na sua unidade para evitar contradições, o intérprete deve procurar harmonizá-las); princípio do efeito integrador (na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se utilizar critérios que favoreçam a integração sociopolítica e reforcem a unidade política); princípio da máxima efectividade (*sic*) (deve-se atribuir à norma constitucional uma maior eficácia dos direitos fundamentais); princípio da força normativa da constituição (na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se levar em conta os pressupostos da constituição normativa, para contribuição de sua eficácia e permanência) (CANOTILHO, 2003; COELHO, 2011).

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é, segundo Canotilho (2003), princípio de controle, que assegura a constitucionalidade da interpretação. Esse princípio assegura a atribuição de sentido às normas infraconstitucionais em conformidade com a constituição. Tal princípio, evita que, uma norma seja declarada inconstitucional e mantenha-se conservada, na medida em que, possa proceder na melhor orientação dada pela constituição. Para a

autora Cantarelli (2010), a lei será interpretada em conformidade com a Constituição sob o seu conteúdo geral, como uma unidade, um “sistema de valor”.

Para Ommati (2014), a interpretação conforme à Constituição é corolário da ideia de supremacia da Constituição, mantém a integridade do direito, privilegia a boa-fé do legislador, na medida que, evita interpretações incompatíveis com a Lei Fundamental e que evita que as normas infraconstitucionais sejam declaradas inconstitucionais. Contudo, ressalta que, nem sempre é possível fazer uma interpretação da lei que seja compatível com a Constituição, e é neste momento, que aquela deverá ser declarada inconstitucional.

Segundo o método hermenêutico-concretizador, o intérprete desempenha papel criador na obtenção do sentido do texto constitucional, porque está inserido no contexto de aplicação do texto na realidade, e essa relação criativa, do intérprete entre texto e contexto, transforma a interpretação no círculo hermenêutico, no movimento de ir e vir, que se “assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema” (CANOTILHO, 2003, p.1.212).

Portanto, interpretação constitucional é concretização, é entender a norma a ser concretizada a partir da pré-compreensão do intérprete e do problema concreto pendente de resolução (SPAREMBERGER, 2001, p.113).

O reconhecimento da interpretação constitucional como processo aberto de ampliação do círculo de intérpretes decorre da necessidade de integrar a realidade neste processo interpretativo (RICHE & FERREIRA, 2010). E é o que Peter Häberle propõe, uma sociedade aberta⁹ e plural¹⁰ sugere alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, o que será visto no próximo tópico.

3. A SOCIEDADE ABERTA

Peter Häberle propõe a democratização da interpretação constitucional sob uma perspectiva de hermenêutica constitucional baseada na sociedade aberta de inspiração de Karl Popper, contra o modelo procedimental fechado, que exclui demais participantes desse processo interpretativo, atribuído apenas aos magistrados, como única forma possível.

Inicialmente, é preciso explicar que o criador das expressões “sociedade aberta” e “sociedade fechada” foi o filósofo Henri Bergson. Na sua obra *As Duas Fontes da Moral e da*

⁹Caracterizada pela sua dinamicidade sociais, “fundada no dissenso, no debate, concepções e pensamentos, de forma constante, a fim de acompanhar as evoluções do tempo em uma verdadeira ligação com a realidade e com a ideia de uma real democracia” (DE MORAIS, 2010, p.59).

¹⁰Marcada por diferenças jurídicas, socioeconômicas, científicas e culturais (DE MORAIS, 2010).

Religião, ele tratou de abordar essas expressões no seu contexto do misticismo, do estado da alma, do amor à Deus, a religião como consequência de vida e da moral.

Uma sociedade fechada seria aquela “cujos membros se entrosam mutuamente, indiferente ao restante dos homens” (BERGSON, 1978, p.222). O homem está fechado em si mesmo, ou a sociedade em si própria, “de um indivíduo e de uma sociedade voltados para si mesmos” (BERGSON, 1978, p.32).

A sociedade aberta era inspirada em valores, no direito de todos ao respeito, na ideia de que todos os homens são irmãos, no amor à humanidade, nos princípios da fraternidade e solidariedade.

O pensador defendia “uma sociedade mística, que englobasse a humanidade inteira e que marchasse, animada de uma vontade comum, para a criação incessantemente renovada de uma humanidade mais completa” (BERGSON, 1978, p.69). O homem pertence à humanidade, o “cidadão é do mundo” (BERGSON, 1978, p.64).

A partir de Karl Popper¹¹ as expressões “sociedade aberta”, “sociedade fechada” ganham uma denotação política. Na *Sociedade Aberta dos Inimigos*, a sociedade aberta é uma sociedade democrática, em “que os indivíduos são confrontados com decisões pessoais” (POPPER, 1973, p.188), e na sociedade fechada impera-se uma sociedade tribal, uma sociedade individualista, cujos membros são mantidos por laços de

parentesco, coabitação, participação nos esforços comuns, nos perigos comuns, nas alegrias e aflições comuns. É ainda um grupo concreto de indivíduos concretos, relacionados uns com os outros não só por abstratas relações sociais tais como a divisão do trabalho e o intercâmbio de utilidades, como por concretas relações físicas, tais como o tacto (sic), o olfato, a vista (POPPER, 1973, p.189).

Para Popper, só existe um caminho: defender a sociedade aberta. Uma sociedade aberta desenvolve a liberdade e práticas políticas participativas não autoritárias, em que as pessoas “podem participar livremente nas diversas decisões sociais como agentes críticos e responsáveis” (MARIN, 2012, p.258).

Peter Häberle¹² inspirado nos pensamentos de Karl Popper, em sua obra *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuindo para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição* propõe uma verdadeira democratização do processo de interpretação das normas constitucionais. Uma sociedade aberta,

¹¹Karl Popper não se considera filósofo, nem cientista, apenas um homem que busca compreender as coisas do mundo vivido por nós, pois para ele a racionalidade humana e o conhecimento científico são falíveis e têm suas limitações (OLIVEIRA, 2012).

¹²Importante constitucionalista da atualidade (MAGANE, 2010).

livre existe quando se amplia o “círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato” (HÄBERLE, 2002, p.40).

Percebe-se na teoria de Häberle (2002) que a sociedade fechada é uma crítica ao positivismo jurídico, quando tece discussões sobre: subsunção da norma ao fato, de uma interpretação exclusivamente restritiva apenas fruto de análise pelos juízes, formalismo de procedimentos e métodos interpretativos, de um direito exclusivamente estatal, sem as demais ciências sociais.

Segundo ele, a Constituição tem vários intérpretes, uma sociedade aberta plural e democrática só se faz com a inclusão de todos os que vivem na sociedade, através dos agentes conformadores da realidade constitucional.

O autor alargou o círculo de intérpretes, incluindo aquele que vive a Constituição como seu legítimo intérprete, “existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso” (HÄBERLE, 2002, p.11).

A ampliação do círculo de intérpretes defendida é uma decorrência da necessidade de integrar a realidade com o processo interpretativo (BASTOS, 2014).

Para ele, a teoria de interpretação constitucional deve ser pensada a partir da “Constituição e realidade constitucional”, com a incorporação das ciências sociais, das teorias jurídico-formais e dos métodos de interpretação voltados ao atendimento do interesse público e bem estar coletivo (HÄBERLE, 2002).

A sua tese baseia-se:

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002, p.13).

Assim, na interpretação constitucional baseada numa sociedade aberta, todos os personagens sociais são envolvidos, possibilitando uma sociedade mais pluralista, pois para ele, aquele que vive uma norma acaba por interpretá-la, co-interpretá-la ou ao menos ser um pré-intérprete porque “toda atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada” (HÄBERLE, 2002, p.14).

Ele não desconsidera a jurisdição constitucional, pelo contrário, crê que seja um “catalisador essencial”, que fornece a última palavra sobre a interpretação, mas reconhece, que não é a única, há outras forças sociais participantes deste processo interpretativo. Reclama que, para uma hermenêutica mais ampla, é “impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas” (HÄBERLE, 2002, p.14). Esta participação democrática, no

processo conformador constitucional, é pressuposto para um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A Constituição não tem dono, não se trata apenas de uma “*práxis* estatal”, a sua interpretação não é monopólio dos intérpretes jurídicos. Uma sociedade aberta é composta de vários intérpretes que vivem no contexto histórico regulado por ela. A interpretação constitucional é uma *práxis* da realidade da Constituição, que diz respeito a todos.

Segundo ele, poder-se-ia argumentar de modo diferente, que a interpretação constitucional poderá dissolver-se pelo grande número de interpretações e de intérpretes. Uma crítica que reconhece poder existir, mas expõe que se trata de uma questão de legitimidade incluir todos os sujeitos participantes, cidadãos, grupos, associações, partidos políticos no processo interpretativo, que é atribuído aos órgãos estatais formalmente competentes para exercer a função interpretativa vinculada à Constituição.

Em que pese a vinculação à Constituição, e essa legitimidade participativa, nada disso é preciso argumentar, quando se volta a atenção à teoria nova da interpretação, compreendendo-a como um processo aberto.

Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. (HÄBERLE, 2002, p.30).

Ademais, a norma não é uma decisão acabada, inalterável. Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes formais é um empobrecimento à ciência do direito constitucional.

A interpretação constitucional não pode ficar restrita apenas aos operadores do direito, aos procedimentos formalizados, a um modelo de interpretação vinculada, restrita, como em uma sociedade fechada, mas deve abrir para maior participação democrática dos cidadãos.

A interpretação constitucional a partir de uma sociedade fechada, como se tem feito, não incorpora a realidade social, dela “tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’” e os “participantes formais do processo constitucional” (HÄBERLE, 2002, p.13).

Para o jurista alemão, a interpretação constitucional é uma “ciência de normas e da realidade e não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos” (HÄBERLE, 2002, p.34).

Por isso, a pluralidade de intérpretes, para uma teoria constitucional democrática, promove uma interpretação constitucional de fato baseada na realidade social. Uma ciência da realidade do povo, enquanto cidadão, porque este, não pode ser visto apenas no momento eleitoral, quando é

requisitado seu voto, mas legitimado no processo de interpretação constitucional, como um “elemento pluralista” (HÄBERLE, 2002).

A participação social neste processo constitucional é um direito de cidadania, um direito fundamental. Os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática da interpretação aberta, tanto aos participantes, quanto ao resultado dessa interpretação (HÄBERLE, 2002).

O juiz constitucional já não pode interpretar de modo isolado, muitos são os participantes e as formas de participação amplia-se de forma acentuada, “todas as forças pluralistas são, potencialmente, intérpretes da Constituição”, pois oferecem alternativas de interpretação constitucional e possibilitam uma maior compreensão da realidade, das necessidades da sociedade. (HÄBERLE, 2002, p.41).

4. O JUDICIÁRIO E A CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

É importante esclarecer que o Direito se encontra em constante evolução, seja em “obediência às modificações sociais, quer em consonância com a sua própria dinâmica interna” (ARONNE, 2001). Para Cappelletti (1989, p.86), o juiz tem responsabilidade sociopolítica, e precisa ser “mais aberto”, “social” e “politicamente mais responsabilizado”. A Constituição imputa obrigações.

Cobra-se do juiz fidelidade à Constituição e complementarmente às leis, o que não impede de se observar pouca efetividade enquanto “eficácia social” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 202). Espera-se dele, o enfrentamento do caso concreto sob a perspectiva da Constituição porque ela é uma “ordem jurídica fundamental de uma comunidade” (CANOTILHO, 2003, p. 1.435); um “conjunto de regras jurídicas (normas e princípios)” (CANOTILHO, 2003, p. 1.131) codificadas num documento, cujas regras possuem valor superior, é dotada de força normativa¹³, força ativa, que influi numa dada realidade histórica, pelo seu elemento normativo, “ordena e conforma” a realidade sociopolítica do país (HESSE, 1991, p. 24).

A força normativa da Constituição “depende da satisfação de determinados pressupostos atinentes à *práxis* e ao conteúdo da Constituição” (HESSE, 1991, p.28). E esse conteúdo, segundo Canotilho (2003), deve ser formado por um corpo de regras jurídicas vinculadas ao “corpo político” e estabelecidos os limites jurídicos ao poder e formado por:

¹³A força normativa da Constituição é uma questão de vontade normativa, vontade de Constituição (HESSE, 1991).

Jan./Jun. de 2015

Princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controle (*sic*) político e/ou judicial do poder (p.1.130).

Dessa forma, de suma importância, pensar sob a ideia da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, em uma interpretação pluralista e procedimental da constituição, novas formas democráticas de participação social, um círculo aberto de intérpretes, em que todos tomam parte do processo interpretativo constitucional, pois o monopólio do Poder Judiciário sem a participação ativa não há como concretizar a Constituição (HÄBERLE, 2002).

Uma sociedade pluralista e aberta seria aquela cuja interpretação da constituição passa por um “processo aberto de argumentação entre os participantes (pluralismo de intérpretes), através da qual, se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto” (CANOTILHO, 2003, p.1.211).

Os autores Coelho (2011) e Bastos (2014), servindo-se da ideia de Peter Häberle, preceituam que, interpretar um ato normativo é colocá-lo no tempo e integrá-lo com a realidade.

Por sua vez, faz-se importante compreender o direito como um sistema aberto de normas, como um sistema incompleto que pode sofrer modificações, segundo os valores fundamentais da ordem jurídica democrática e não como um sistema fechado, que não admite mudanças conforme à realidade social.

A sociedade aberta dos intérpretes reforça a necessidade do papel dos intérpretes informais no processo de concretização da Constituição (SOUZA, 2011), de realização prática de seus valores, porque são eles que vivenciam a norma.

A Constituição e a realidade não podem ficar separadas e a concretização da primeira depende da incorporação da segunda. “Quando a Constituição ignora o estado de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo, se vê privada do germen da força vital, resultando incapaz de conseguir realizar o que nela está disposto” (ZANETTI, 2010, p.92).

Ademais, o direito deve ser agente de transformações sociais e não constituir-se em obstáculo às demandas sociais, pois como Streck (2014) discorre, a história do direito é de omissão na proteção dos direitos dos cidadãos.

Assim, no caso concreto, requer do juiz, intérprete oficial, uma pré-compreensão da norma constitucional e da norma infraconstitucional pelos envolvidos direta ou indiretamente, por todos aqueles que vivem a Constituição, destinatários da norma.

Desta forma, neste processo interpretativo em que integra a realidade, alia-se teoria e prática social e atende-se as reivindicações sociais que promovam o bem estar coletivo, pois que

imprescindível para a concreção¹⁴ da Constituição. Isto é, para alcance dos objetivos fundamentais constitucionais traçados no artigo 3º da CF/88: construção de uma sociedade livre justa e solidária, erradicação da pobreza e a marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

CONCLUSÃO

A teoria de Peter Häberle propõe uma ruptura do processo hermenêutico tradicional a partir da defesa de uma sociedade aberta, plural e democrática, em que todos que vivem na sociedade sejam agentes transformadores da realidade constitucional.

A interpretação constitucional passa pelo círculo de intérpretes compreendido como amplo e não monopólio dos operadores do direito, no sentido de integrar a norma com a realidade social.

Pensar o direito sob a perspectiva da sociedade aberta dos intérpretes é permitir uma maior participação ativa dos sujeitos que vivem as normas; é aproximar a norma à realidade social em maior concretude dando-a efetividade social.

A interpretação se dá em concreto, cobra-se do magistrado atentar-se para o fato de interpretar a lei sopesando os pré-intérpretes, por todos os personagens sociais envolvidos, todas as potências públicas, as forças sociais.

O direito tem o objetivo de solucionar os conflitos e não logra êxito (carece de efetividade social) quando não acompanha a evolução da própria sociedade. E por isso, cabe ao magistrado o papel de acompanhar as mudanças sociais e interpretar as leis vigentes com base nos preceitos constitucionais, de modo a atender aos anseios sociais, dirimir os conflitos e promover o aprimoramento das instituições constitutivas em sua integralidade.

A atuação do Poder Judiciário em interpretar as estruturas normativas constitutivas deve levar em conta a participação social, principalmente dos envolvidos, propriamente, aqueles sujeitos que sofrem os impactos e ficam à mercê das decisões judiciais, pois, do contrário, o pouco esforço para aproximar a norma à realidade social em maior concretude, se não é um fator gerador é, certamente, um fator que acentua crises sociais.

REFERÊNCIAS

^{14c}A Constituição necessita realizar-se, ou seja, incidir no mundo real, ter efeitos práticos. A Concretização nada mais é que a passagem do universo normativo-constitucional para o universo prático” (BASTOS, 2014).

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados:** das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BERGSON, Henri. **As duas fontes da moral e religião.** Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica.** Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. 2ª ed. rev. Bauru: Edipro, 2003.

BOURETZ, Pierre. La force du droit. Paris: Esprit, 1991 in CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTARELLI, Priscila Dalla Porta Niederauer. Hermenêutica constitucional contemporânea: a aplicação dos direitos e garantias fundamentais para a abertura da constituição. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** Curitiba, n. 3, p. 164-186, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito.** 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DE ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1983 in CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DE MORAIS, Danusa Espíndola. **Fundamentos para o exercício da cidadania em uma jurisdição constitucional aberta brasileira:** uma análise da cidadania sob a ótica da teoria da

constituição como ciência cultural e a hermenêutica constitucional de Peter Häberle, 2010, 138f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito:** introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 21ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, LÍlian Márcia Balmant. Hermenêutica dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos.** Ano VI, n. 7, 2005.

HÄBERLE, Peter. Trad. Gilmar Mendes. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. 1 ed., 2ª reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 2002.

HESSE, KONRAD. **A força normativa da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. rev. São Paulo: RT, 2011.

MAGANE, Renata Possi. O método concretista da Constituição Aberta. **Revista Faculdade Direito de Minas,** v. 25, n. 2, p. 109-130, 2010.

MARIN, Solange Regina. Intervenção social e desenvolvimento humano em Karl Popper. *In:* OLIVEIRA, Paulo Eduardo de (org.). **Ensaio sobre o pensamento de Karl Popper.** Curitiba: Círculo de Estudos Bandeirantes, 2012.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo de (org.). **Ensaio sobre o pensamento de Karl Popper.** Curitiba: Círculo de Estudos Bandeirantes, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da constituição.** 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

POPPER, KARL R. **A sociedade aberta e seus inimigos:** o fascínio de Platão. Trad. Milton Amado. v. 1, Belo Horizonte: USP, 1973.

RICHE, Flávio Elias; FERREIRA, Natália Braga. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: limites e possibilidades de aplicação à realidade constitucional brasileira. **Seqüência,** n. 60, p. 257-274, 2010.

SOUZA, Renata Martins de. **Teoria metódica na concreção dos direitos sociais no sistema jurídico brasileiro,** 2011, 127f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

Jan./Jun. de 2015

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais e seus métodos de interpretação (da tópica jurídica de Theodor Viehweg ao método concretizador de Peter Häberle). **Revista Direito em Debate**, v. 10, n. 15, 2013.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11^a ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.

ZANETTI, José Carlos Trinca. **A concretização constitucional, o ativismo judicial e a tutela coletiva**, 2010, 195f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, 2010.