

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: UMA CRÍTICA À SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HABERLE.

JURISDICTION DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL: A CRITICAL AN OPEN SOCIETY OF INTERPRETERS THE CONSTITUTION OF PETER HABERLE.

Ivna Cavalcanti Feliciano¹

RESUMO

A jurisdição constitucional pode ser analisada a partir de um sincretismo metodológico entre núcleos teóricos distintos que possibilitam reflexões a partir de perspectivas doutrinárias diversas. Será objeto desse estudo, a proposta de Peter Haberle de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição e a interpretação a luz da hermenêutica constitucional filosófica moderna. Buscar-se-á desenhar críticas à tese de Haberle de que a jurisdição constitucional deve ser legitimamente exercida por quem vive a norma. Assim como será estudado o papel atual da jurisdição constitucional sob a perspectiva do pós-positivismo como um forma de (re)pensar o exercício da jurisdição constitucional e dos intérpretes da constituição, como mecanismo de abertura para possíveis excessos interpretativos oriundos da discricionariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação constitucional; Jurisdição Constitucional; Hermenêutica Filosófica

ABSTRAT

The constitutional jurisdiction can be analyzed from a methodological syncretism between different theoretical cores that enable reflections from various doctrinal perspectives. Will be the subject of this study, the proposed Peter Haberle an open society of interpreters of the constitution and the interpretation of the light of modern philosophical hermeneutics constitutional. It will seek to draw criticism Haberle the thesis that constitutional jurisdiction should be legitimately exercised by those who live the norm. Like the current role of constitutional jurisdiction from the perspective of post-positivism is studied as a way to (re) consider the exercise of constitutional jurisdiction and interpreters of the constitution, as opening mechanism for possible interpretative excesses arising from discretion.

KEYWORDS: Constitutional interpretation; Constitutional Jurisdiction; Philosophical Hermeneutics

1 Introdução

Inicialmente será abordada a teoria da Hermenêutica constitucional de Peter Haberle buscando trazer os principais argumentos sustentados pelo autor na defesa de uma abertura interpretativa da constituição para quem, no seu ponto de vista, seriam os legítimos intérpretes da constituição.

¹ Mestranda no programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, vinculada à linha de Pesquisa, Jurisdição e Direitos Humanos. Diretora de divulgação da pesquisa e produção jurídica pernambucana, da Associação Pernambucana dos pós graduandos em Direito – APPODI, Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. ivna.feliciano@gmail.com

Haberle justifica sua teoria ao afirmar que “a sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*” (1997, p. 40).

Em um segundo momento serão tecidas críticas à jurisdição constitucional, tal qual, proposta por Haberle como uma nova forma de exercício do processo constitucional a partir da perspectiva de que “todo aquele que vive a constituição é seu legítimo intérprete” (1997, p. 09) partido, portanto, do pressuposto que não apenas os juízes devem exercer o papel exclusivo de intérpretes da Constituição.

Analisaremos, portanto, a tese da interpretação constitucional ampliada sob uma outra ótica, a de que a interpretação deve ser exercida para além do rol de legitimados pelo aparato estatal, mas, sim, pelos “viventes” na norma.

Em outro momento a tese em análise será ponderada a partir da perspectiva de um redimensionamento da Constituição, desde a constitucionalização de direitos, e da jurisdição constitucional como influência no exercício da hermenêutica constitucional.

Será objeto de análise ainda, a interpretação constitucional a luz de uma hermenêutica constitucional filosófica pós-moderna, levando em consideração problemas como a discricionariedade dos intérpretes da norma, a necessidade de um exercício da jurisdição constitucional com o objetivo de localizar através da norma a resposta correta e a discricionariedade como abertura para protagonismo dos intérpretes.

Assim, propomos no presente trabalho um sincretismo metodológico entre a perspectiva Haberlianda de uma sociedade aberta de intérpretes e a hermenêutica constitucional filosófica moderna, para enfrentar as ponderações do autor e refletir sobre o exercício de uma jurisdição constitucional democrática.

2 Considerações iniciais sobre a sociedade aberta dos intérpretes das Constituição de proposta por Peter Haberle

Haberle em sua obra defende uma abertura interpretativa, ao passo que critica o monopólio da interpretação normativa por parte dos juízes. Sob sua ótica, não há como dissociar a norma da atividade hermenêutica.

Do mesmo modo que não há como dissociar, a norma, dos fatos, e assim sendo, a sociedade, e os “viventes” da norma, estes não poderiam estar ausentes do processo de interpretação constitucional, que fora outorgada, exclusivamente aos juízes.

Desta feita, para Habermas (1997, p. 10) “interpretar um ato normativo, nada mais é do que colocá-lo no tempo, ou integrá-lo na realidade pública”, já que essa seria uma necessidade oriunda da realidade.

Essa integração sugerida por Habermas entre, o processo constitucional, e seus intérpretes, geraria uma necessidade de alteração na forma de pensar e exercer o processo constitucional tal qual estamos acostumados. Já que para ele “a democracia do cidadão é mais realista que a democracia popular” (1997, p. 38).

No entanto, em sua obra, ele não se desdobra sob a tarefa de vislumbrar como seria esse outro processo constitucional que visa a ampliação da participação democrática, da mesma forma que também não será nosso objetivo no presente artigo.

Assim, (re)pensando a forma de interpretação constitucional estaríamos diante de uma sociedade fechada a partir do momento em que os intérpretes formais da Constituição são, sempre, vinculados às corporações e fazem parte do aparato estatal (HABERMAS, 1997, p. 13).

A abertura proposta por Habermas é justamente a quebra desse modelo estatal de intérpretes, fazendo com que o exercício da interpretação constitucional fosse além de um rol taxativo de intérpretes, e ultrapassem o muro da vinculação com entidades de classes ou com o Estado. Essa taxação dos legitimados intérpretes da Constituição iria de encontro com a sua principal tese a de que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” e que “é impensável uma interpretação constitucional sem o cidadão ativo”.

Além de enxergar a importância de quem vive a norma de ter o poder de interpretá-la, Habermas, sugere uma interpretação democrática e pluralista, ao passo que *experts* e pessoas interessadas seriam intérpretes do direito estatal (1997, p. 18).

No entanto, muito embora Habermas demonstre a necessidade da interpretação constitucional por parte dos “vivos” da norma, em nenhum momento ele nega a necessidade de ingerência do Estado nesse processo, ao passo que, ao final a responsabilidade da jurisdição constitucional recai sobre ele. Ao mesmo tempo, defende que, embora haja essa responsabilidade, não deve haver o monopólio da interpretação constitucional por parte do aparato estatal.

O autor mencionado correlaciona a vivência da norma e capacidade de interpretá-las, nota-se esse pensamento de Habermas (1997, p. 15) ao afirmar que “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição”. Ele demonstra entender, portanto, que os juizes não vivem a

norma sozinhos, e desta forma, não teriam como serem, apenas, deles o privilégio exclusivo de interpretar as normas constitucionais.

Diante da proposta de Haberle, o próprio autor foi capaz de antever possíveis críticas a sua teoria. Na verdade, duas delas, a questão da pluralidade de intérpretes e da legitimação (1997, p. 29).

No que diz respeito à pluralidade de intérpretes, temos que muitos intérpretes gerariam muitas interpretações, o que torna a tarefa hermenêutica plural difícil de ser concretizada no plano fático. O que, como dito, embora vislumbrado pelo próprio autor como uma questão que diz respeito, ao Processo Constitucional, e, a forma de exercê-lo, o próprio Haberle, se ateu a discutir o tema em um plano teórico, não objetivando propor soluções práticas para o problema da pluralidade de interpretações.

A mesma dificuldade ocorreu com a relação à legitimação, “a questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão, formal, ou oficial, ou competencialmente, nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição” (HABERLE, 1997, p. 29).

Desta forma levando em consideração que “existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia” (HABERLE, 1997, p. 39). Os “vivos” da norma devem ser enxergados como seus legítimos intérpretes, já que, possuem, a partir da quebra dessa linearidade o direito de interpretar a norma. No entanto, há sob quem, de fato, recai a responsabilidade da jurisdição constitucional, ou seja, os intérpretes jurídicos, legitimados pelo aparato estatal. O que não é negado pelo autor.

Essa proposta de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição sob a ótica do autor, geraria uma forma democrática de hermenêutica. Nas suas palavras, “A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação” (HABERLE, 1997, p. 30).

3 Uma Crítica à sociedade aberta dos intérpretes a partir da Jurisdição Constitucional

Ao falarmos da jurisdição constitucional é necessário ter em mente que a supremacia da Constituição advém de um escalonamento normativo. Essa ideia de superioridade hierárquica do texto Constitucional está associada as “ múltiplas transformações que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem” (KELSEN, 2003, p. 130). Assim, como preleciona Kelsen, “Como quer que se defina a

Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender” (2003, p. 130).

O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas (KELSEN, 2003, p. 131).

A Constituição pode ser entendida como um corpo de Leis obrigatórias postas em um plano de superioridade das demais normas, podendo ou não, ter a possibilidade de modificação do seu texto de forma rígida. No entanto, a existência desse corpo obrigatório, faz com que haja a necessidade de mecanismos de controle, tanto da sua efetividade, quanto da adequação dos conteúdos legislativos e das demandas jurídicas oriundas das relações sociais e com o Estado, ou seja, a jurisdição constitucional (MORAES, 2013, p. 10).

Segundo Kelsen, “a garantia jurisdicional da constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (2003, p. 123). Desta feita, seria a jurisdição a forma pela qual as funções estatais são legitimadas. E o exercício dessa jurisdição constitucional estria, diretamente, relacionado ao exercício da democracia, ao passo que a jurisdição constitucional é exercida sobre as normas. As quais são criadas pelo parlamento, o qual é composto por representantes do povo e dos seus interesses.

Sob a ótica da tese da sociedade aberta de intérpretes proposta por Habermas, este, parece desconsiderar a existência de uma crise de representatividade por parte do povo em sentido amplo. O autor parte da premissa que os “vivos” da norma possuem o interesse de interpretá-la e questioná-la, seja por meio de associações de classes, partidos políticos, ou mesmo sem qualquer vinculação a grupos de proteção de interesses específicos.

No entanto, é possível vislumbrar que existe uma dificuldade na representatividade das pessoas que “vivem a norma”, que vai desde a representação política à representação organizada, em grupos homogêneos, ou individualmente.

Necessário, pois, breve análise das noções democráticas e da representação política, para constatar que a crise da representação popular e na própria organização e funcionamento dos partidos políticos – que não conseguiram evoluir, no sentido de servirem como eficazes instrumentos de efetiva representação dos interesses do povo no Parlamento[...] (MORAES, 2013, p. 23).

Muito embora Haberle não tenha fixado sua tese em questões práticas da participação das pessoas que vivem a norma e o exercício de uma jurisdição constitucional no plano fático, é importante perceber que a legitimidade do povo em participar da interpretação da norma está sob o pilar democrático do pressuposto da outorga de poderes para o Estado. Fazendo com que a jurisdição, ainda que, exercida pelos juristas, esteja legitimada como democrática e não como uma forma de enfraquecimento da democracia como suscita Haberle.

Especificamente abordando o texto Constitucional brasileiro, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 1º, Parágrafo Único, destaca que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Essas são as regras do “jogo democrático”, a outorga de poderes ao Estado, por meio de representantes. Desta forma, ao contrário do que preleciona Haberle, propor uma abertura interpretativa das normas não iria apenas alterar a forma de pensar e exercer o processo constitucional. Estaríamos diante de uma nova forma de democracia, ou ao menos, de uma norma forma de exercitá-la.

Um outro fator que Haberle, aparentemente, silencia em sua teoria é o que se refere ao papel do judiciário como realizador da norma constitucional, como seu garantidor, tendo, o papel de guardião da constituição e, muitas vezes, a função de determinar a inconstitucionalidade de normas criadas pelos legítimos representantes do povo através do processo legislativo.

A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: O da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao judiciário (BARROSO, 2014, p. 285).

Sob essa perspectiva, a problemática da constitucionalidade das normas transcenderia a ceara jurídica para a ceara social, o que geraria uma dificuldade quanto ao exercício da jurisdição constitucional sob errôneas (re)interpretações daqueles que vivem norma.

É importante perceber que a proposta de Haberle é, aparentemente, baseada na ideia de comunidade e não de pluralismo. Isso se entendermos o pluralismo segundo Lonnie D. Kliver, mencionado por Bauman como “o reconhecimento de que diferentes pessoas e diferentes grupos vivem, literalmente em mundo diferentes”. (ZYGMUNT, 2010, p. 178).

Já a ideia de comunidade está relacionada à vida em comum, a formação de um núcleo que surge com o nascimento, com os bens e males relacionados a eles (GALUPPO, 2001, p. 48).

Na visão dos antigos

No interior da comunidade, os filósofos têm o direito e o dever de detalhar as regras que decidem quem são e quem não são os debatedores racionais; seu papel é avaliar a justificativa e a objetividade das opiniões, e suprir os critérios de crítica, que será vinculante por causa desses critérios. Dentro da comunidade, os filósofos podem e devem assegurar a sobrevivência da certeza, o domínio da razão – embora dessa vez exclusivamente pela força de seu próprio trabalho. (ZYGMENT, 2010, p. 199).

Ainda na visão de comunidade dos antigos é possível entender que líderes tinham o papel de decidir, de avaliar a tomada de decisões que melhor atenderiam os anseios da comunidade, mesmo dizendo respeito a um pequeno núcleo de pessoas.

Haberle vem sugerir a existência de uma sociedade aberta de intérpretes que, excede, inclusive sob a ótica dos antigos, a tomada de decisões por líderes. Sejam eles políticos, religiosos ou jurídicos. Negando, portanto, as individualidades dos “vivos” da norma, e o “mundo” a que cada um deles pertence. Deixando de levar em consideração a comunidade em que nasceram, a tomada de decisões por líderes, e, conseqüentemente, sob uma perspectiva plural, a busca por convenções e soluções que melhor representem a coletividade.

Assim, pensar em uma jurisdição “individualizada” é retroceder aos “ganhos” democráticos, como o exercício da democracia em função da representatividade por meio dos de legitimados pelo aparato estatal seja politicamente ou juridicamente.

4 Uma crítica à sociedade aberta dos intérpretes a partir da Hermenêutica filosófica

Partindo para uma análise hermenêutica filosófica da teoria da sociedade aberta dos intérpretes proposta por Haberle, inicialmente, é necessário entender que a constitucionalização de direitos foi um movimento histórico democrático influenciado pelo positivismo jurídico e pela busca da efetividade da Constituição como norma hierárquica superior, e como fundamento de validade das demais normas jurídicas. Esse redimensionamento da Constituição e da jurisdição constitucional, trouxe a problemática da interpretação da norma, a preocupação com a hermenêutica jurídica e com a discricionariedade dos intérpretes e a busca pela interpretação “correta”, entendida como a mais adequada ao texto constitucional, nas palavras de Lenio Streck, “Somente a situação

concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta (adequada à Constituição) (2012, p. 179).

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo provocaram um grande impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional. Além disso, a complexidade da vida contemporânea, tanto no espaço público como no espaço privado; o pluralismo de visões, valores e interesses que marcam a sociedade atual; as demandas por justiça e pela preservação e promoção dos direitos fundamentais; as insuficiências e deficiências do processo político majoritário – que é feito de eleições e debate público; enfim um conjunto vasto e heterogêneo de fatores influenciaram decisivamente o modo como o direito constitucional é pensado e praticado. (BARROSO, 2013, p. 289).

Sob nosso ponto de vista, Haberle propõe uma teoria baseada na contramão dos movimentos constitucionais democráticos, ao passo que enquanto sua teoria visa o indivíduo, “vivente” da norma como centro do poder interpretativo das normas; o movimento hermenêutico constitucional visa a coletividade e a compatibilização dos anseios individuais com os objetivos da sociedade.

Na perspectiva de Haberle, cada indivíduo vivenciará a norma de acordo com sua cultura, suas crenças individuais, visões de mundo, desejos e sonhos. É, portanto, de certo modo, difícil compreender como se daria a jurisdição constitucional a partir de dessa abertura interpretativa (GALUPPO, 2001, p. 52).

Quando trata-se de interpretação normativa, a luta do pós positivismo foi a de possibilitar à sociedade um exercício hermenêutico, “correto”, por parte dos magistrados, evitando decisionismos² e o ativismo judicial. Visando afastar da tarefa dos juízes a influência de valores pessoais e/ou políticos na ceara da jurisdição constitucional.

Desta forma, é perceptível que mesmo se tratando do aparato estatal para o exercício da jurisdição constitucional é impossível blindar o sistema de injustiças e influências externas no processo decisório, ainda que, levando em consideração, a função, o compromisso jurídico-político dos magistrados e o papel por eles desempenhados no exercício de suas funções constitucionais.

Desta feita, é de certo modo inglória a tarefa de imaginar uma possível jurisdição constitucional aberta sem levar em consideração as arbitrariedades e excessos cometidos pelos “viventes” da norma. Já que nem mesmo o aparato estatal de controle e fiscalização da

² Utilizamos aqui o termo “decisionismos” cunhado por Lenio Streck em suas obras para indicar um protagonismo por parte dos intérpretes da norma ao realizar a atividade hermenêutica.

constitucionalidade consegue blindar as decisões das injustiças oriundas do protagonismo judicial.

4.1 A interpretação, da discricionariedade e a resposta correta

Como dito, para Haberle, “A ampliação dos círculos dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação” (1997, p. 30). No entanto, sob essa ótica, a integração da realidade com o processo de interpretação, está sustentada em uma temática entendida como superada pelas doutrinas, que aqui consideradas como, pós-positivistas.

Não é possível recorrer a, superada, distinção entre fato e direito, para justificar a necessidade de uma abertura interpretativa que, ao nosso ver, enfraquece a jurisdição constitucional, e não a fortalece, como sustenta Haberle.

A partir desse pressuposto, não podemos concordar com a errônea ideia de Haberle quanto a existência das dicotomias, realidade – interpretação, e, fato - direito. Podemos analisar o papel da interpretação sob um outro ponto de vista e “com isso, damos um passo importante para a desmistificação da interpretação com um ato de “colocar” capas de sentidos aos fatos” (STRECK, 2003, p. 76).

Desta feita, o ato de interpretar não deve ser entendido como uma ação simplista de subsunção de uma norma a um fato. “Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar” (STRECK, 2013, p. 77).

Nessa perspectiva o ato de compreensão da norma, vem antes do ato da interpretação da norma. Assim, “A interpretação com bem diz Gadamer, é a explicitação do compreendido” (STRECK, 2013, p. 91). Não a busca pela interpretação que melhor entender o intérprete para solucionar o problema em análise. Sob essa ótica, a interpretação deve ser exercida de tal forma que proporcione uma capacidade de blindagem a possíveis excessos cometidos pelos intérpretes da norma.

Desta feita, é ainda mais difícil a missão de buscar abrir a interpretação para os “vivos” da norma como sustenta, Haberle ao afirmar, que “Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo” (1997, p. 34).

As decisões proferidas pelos interpretes das normas não devem ser um exercício de ponderação de valores que “melhor” respondem à ao problema apresentado, “Atribui-se a figura do legislador, o encargo de dar sentido, pois é normal no discurso jurídico-dogmático defender-se a (possibilidade da) busca dos valores do criador da norma” (STRECK, 2014, p. 159).

Os intérpretes, sejam os “viventes” da norma ou os juridicamente implicados em interpretá-la não devem, no exercício dessa função, buscar atribuir sentido a norma por partes, ou seja, por etapas. Já que não é possível compreender a norma para interpretá-la por partes. Assim, segundo entende Gadamer, nas palavras de Lênio Streck, “a interpretação (compreensão) não se faz por partes ou etapas continua sem a necessária recepção no plano de algumas concepções baseadas em teorias discursivas – procedimentais” (2013, p. 76).

O objetivo da interpretação constitucional é, amplamente, entendido como a tarefa de encontrar resposta correta para um determinado problema. No entanto, localizar a resposta correta à Constituição, não deve ser uma porta aberta para decisões que utilizam-se da discricionariedade para a criação de decisões jurídico-políticas que favorecem interesses individuais e/ou políticos.

A jurisdição constitucional não pode ser reduzida a protagonismos, seja dos “viventes” da norma ou dos “legitimados” pelo estado para interpretá-la. Assim, a resposta correta, não deve ser oriunda de um processo interpretativo mixado de teorias além mar³, para justificar decisões discricionárias. A resposta correta é aquela constitucionalmente adequada e limitada pela própria constituição como válida.

No entanto, Habermas, ao enfrentar a questão da interpretação material da constituição justifica seu posicionamento afirmando que

O direito Constitucional material – vivido – surge de um número enorme de funções corretamente exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição. Essa reflexão sobre a interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva funcional-processual, correção funcional da interpretação constitucional leva praticamente a uma diversidade de interpretação constitucional (1997, p.52).

Para ele, a interpretação constitucional é fruto de um processo, do conjunto dos diversos componentes da sociedade, já que sua perspectiva é, sempre, a de uma visão aberta

³ No que diz respeito à incorporação de doutrinas estrangeiras pelo Brasil de forma acrítica trazemos as palavras de Lenio Streck que defende “que os juristas brasileiros importaram algumas teorias alheias, ou alienígenas, em suas palavras, ao ordenamento jurídico brasileiro, que apostavam no protagonismo do juiz. [...] como a teoria da argumentação de Alexy, o princípio da proporcionalidade, a jurisprudência dos valores, o ativismo judicial norte americano”, e etc (FELICIANO, 2014, p. 440).

de sociedade constitucionalizada. Assim, “A interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações” (1997, p.52).

Essa utópica abertura da interpretação da constituição ultrapassa as barreiras do judiciário, tradando-se do protagonismo de indivíduos, que não é correspondente, ao menos para nós, com o movimento do constitucionalismo pós positivista.

5) O sincretismo metodológico

Há variadas formas de interpretação constitucional, e estas podem ser analisadas diante de perspectivas teóricas diversas para justificar determinados posicionamentos. Cada doutrinador, portanto, ao criar e defender sua tese busca uma construção teórica a partir determinado método de abordagem da interpretação constitucional.

Existem alguns métodos de interpretação constitucional, e estes, segundo Virgílio Afonso da Silva podem ser classificados como:

Método hermenêutico clássico, método tópico problemático, método científico-realista, método hermenêutico-concretizador [...] No Brasil fala-se em método hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual e método normativo- estruturante. **A esses costumam ser muitas vezes acrescidas as teses de Haberle sobre a chamada “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” e a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, baseada na distinção entre *princípios* e *regras* (2005, p. 134-135) (grifos nossos).**

Segundo Lenio Streck, em uma perspectiva “*Lato sensu*, no âmbito da dogmática jurídica, os métodos interpretativos ou técnicas de interpretação são definidos como instrumentos / mecanismos rigorosos, eficientes e necessários para o alcance do conhecimento científico do direito”. (2014, p. 161).

Desta forma, é necessário que, além da clareza metodológica de abordagem da interpretação constitucional adota por determinada teoria, a doutrina se esforce em criar um diálogo possível entre essas teses e posturas metodológicas, para que não incorramos em um monólogo dogmático que não contribui para a reflexão da interpretação constitucional, e, sobretudo, do direito.

Ainda do ponto de vista *lato sensu*, esses métodos, uma vez escolhidos são vistos como suficientes para um (re)pensar do direito e do papel da jurisdição constitucional. No entanto, segundo Warat, a escolha desses métodos sem diálogo, podem ser entendidos como “álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito”

(WARAT, 1994, p. 88). Desta feita, “métodos não são um fim em si mesmos, mas existem para serem aplicados” (SILVA, 2005, p. 136).

Entendendo que o método não é um fim em si mesmo e que determinar uma metodologia não é suficiente para fugir do dogmatismo antireflexivo, é necessário que sejam realizadas mixagens teóricas que confrontem pontos de convergência e divergência, e que possibilitem um exercício doutrinário comprometido com o (re)pensar a jurisdição constitucional e o direito.

6) Conclusão

Inicialmente procuramos demonstrar que Habermas vem propor uma nova forma de exercer o processo constitucional através da ampliação da participação democrática. Sob sua ótica, a sociedade encontra-se fechada e circunscrita à visão do exercício da interpretação exclusivamente através dos legítimos intérpretes, àqueles vinculados a corporações e ao aparato estatal.

Nesse diapasão, Habermas visa ir de encontro a dogmática interpretativa e propõe uma abertura do exercício da interpretação constitucional para além dos intérpretes legitimados pelo Estado. Assim, seriam necessários no processo de interpretação constitucional aqueles que vivem a norma, e, por viverem a norma a interpretam ou a cointerpretam.

Para ele a interpretação constitucional sem a participação direta do cidadão ativo não era possível e funcionava como um mecanismo de fechamento antidemocrático.

Antagonicamente à sua tese de abertura interpretativa da norma, Habermas reconhece que, muito embora, quem vive a norma deve interpretá-la, a responsabilidade da jurisdição constitucional recai sobre o Estado, sendo ele personagem imprescindível para o exercício da jurisdição constitucional.

Enfrentando possíveis críticas a sua tese, especificamente no que diz respeito a questão da pluralidade de intérpretes e da legitimação, Habermas vem justificar que a pluralidade de intérpretes geraria uma forma de democracia hermenêutica. No entanto, o próprio autor não busca desenvolver os desdobramentos dessa democracia hermenêutica no plano fático.

No que diz respeito à legitimação dos intérpretes o argumento utilizado por Habermas é o da “vivência da norma”, não havendo como dissociar essa “vivência” com a capacidade (aqui no sentido de possibilidade) de interpretar a norma.

Ainda sob a questão da legitimação dos intérpretes da norma, o autor aparentemente suplanta a existência de uma crise de representatividade sem se ater a essa questão, ou ao menos, levá-la em consideração.

Haberle parte, portanto, de um ideal de participação democrática ou de uma hermenêutica constitucional na qual os viventes da norma exerceriam de forma interessada e organizada, a interpretação da norma, para ele “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional” (1997, p. 43). No entanto, o autor aparentemente ignora uma crise de democrática que existe no cenário democrático à luz da uma sociedade (entendida como) fechada.

Nessa perspectiva, entender que a jurisdição exercida pelos legitimados pelo aparato estatal funciona como enfraquecimento da democracia é inverter o papel do indivíduo e da coletividade na democracia.

A proposta de Haberle, como dito, deixa de considerar os universos a que pertencem cada indivíduo, suas visões de mundo, valores, e origem. Assim como, passa a considerar a ideia de comunidade, baseada na individualidade dos viventes da norma, e não da pluralidade e da outorga de decisões à líderes ou representantes do Estado, no exercício da democracia representativa.

Assim, muito embora Haberle sugira que sua tese apoia uma nova democracia constitucional, ou ao menos uma nova forma de exercê-la, entendemos sua teoria como, de certa forma, uma forma antidemocrática de jurisdição que visa a individualização dos “viventes” no exercício da hermenêutica constitucional.

Em um segundo momento a crítica à tese de Haberle buscou-se fundar na hermenêutica filosófica, enfrentando questões como a preocupação com a discricionariedade dos intérpretes que é proporcionada pelo exercício da hermenêutica constitucional, e como evitar a partir de uma ampliação do corpo de intérpretes, que não mais seriam apenas os, jurídicos.

A doutrina vem se preocupando com as prováveis consequências dos abusos realizados na interpretação constitucional por parte dos legitimados intérpretes e não pensar nas consequências dessa abertura interpretativa à arbitrariedades e decisionismos, não é razoável. No entanto, Haberle não preocupa-se com essas questões na defesa de uma sociedade aberta de intérpretes.

Nesse sentido, na contramão da consolidada visão democrática e da interpretação constitucional plural, a tese do autor vai totalmente de encontro a proposta não individualizada de jurisdição constitucional.

Desta forma, o exercício da jurisdição deve ter como objetivo a concretização da interpretação correta, no sentido de, adequada, ao texto constitucional e que consiga cercar-se de possíveis excessos cometidos pelos intérpretes ou que sirva de porta aberta para influências políticas.

Portanto, diante do ponto de vista da proposta teórica de Habermas, no exercício de um diálogo necessário, com a hermenêutica constitucional filosófica, realizamos um sincretismo metodológico para refletir sobre os principais problemas enfrentados pela jurisdição constitucional, como forma de possibilitar pensar a democracia de uma maneira crítica.

Por fim, segundo Lênio Streck:

O salto para a superação desses delicados pontos no campo do direito exige o entendimento acerca da diferença entre os diversos paradigmas filosóficos que conformam o conhecimento e a firme convicção de que o direito não está imune a essas rupturas paradigmáticas. (STRECK, 2013, p. 73).

Entendemos que é necessário que o direito possa romper com paradigmas dogmáticos doutrinários no exercício do diálogo entre as várias possibilidades de debates de temas da jurisdição constitucional e da interpretação constitucional, para possibilitar a reflexão dos institutos democráticos de forma comprometida.

A realização de mixagens de teóricas através de um sincretismo metodológico funciona, portanto, como um mecanismo objetivo de (re)pensar a democracia e, sobretudo, do direito.

6) Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**; A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

FELICIANO, Ivna Cavalcanti. Importando Modelos: importando modelos: uma análise crítica da teoria neoconstitucional no Brasil. In: CASTRO, Matheus Felipe de.; AMAYA, Lidia Patricia Castillo (coordes.). **Teoria crítica do direito**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=204>

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais**; garantia suprema da constituição. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 ed. rev. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

ZYGMUNT, Bauman. Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.