

A DEMOCRACIA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA VISÃO DE JÜRGEN HABERMAS E PETER HÄBERLE.

THE DEMOCRACY AND THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION THROUGH
THE VISION OF JÜRGEN HABERMAS E PETER HÄBERLE.

Tatiana Cláudia Santos Aquino¹

RESUMO: Jürgen Habermas vê a falta de legitimidade como a causa da crise das democracias constitucionais. Para ele, a solução para essa crise de legitimidade não estaria em um ativismo do Judiciário, mas sim na ampliação dos canais participativos no interior dos processos judiciais, dos processos de formação das leis e dos órgãos públicos. Peter Häberle também entende que deve haver maior participação popular, principalmente no processo de interpretação constitucional, que não pode ser realizada apenas por uma “sociedade fechada” de intérpretes. Ambos os autores defendem uma maior participação da sociedade nos processos decisórios do Estado em todas as esferas. No Brasil, podemos perceber que o STF já vem se mostrando aberto à participação da sociedade nos processos de interpretação constitucional, como, por exemplo, na instituição do *amicus curiae*. A mutação constitucional também é exemplo da mudança de paradigmas do STF. Cabe à jurisdição constitucional reforçar as condições normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema, sendo uma mediadora e canalizadora das escolhas da população, legitimamente realizadas pela participação popular e diálogo argumentativo entre os interlocutores sociais.

Palavras-chave: Democracias constitucionais; Crise de legitimidade; Interpretação constitucional; Participação popular.

ABSTRACT: Jürgen Habermas sees the lack of legitimacy as the cause of the crisis of constitutional democracies. For him, the solution to this crisis of legitimacy would not be placed in an activism of the judiciary, but in the expansion of participatory channels inside the judicial processes, the processes of formation of laws and the public entities. Peter Häberle also believes that there should be greater popular participation, especially in the process of constitutional interpretation, which can not be achieved by a "closed society" of interpreters. Both authors argue for greater involvement of civil society in decision-making processes of the State in all spheres. In Brazil, we can see that the Supreme Court is already proving to be open to the participation of society in the process of constitutional interpretation, for example, by the institution of *amicus curiae*. The constitutional mutation is also an example of the STF's paradigm shift. It is up to the constitutional jurisdiction reinforce the normative conditions of democracy and mitigate the possibility of basic conflicts that affect the system itself, by mediating and channeling the choices of the population, legitimately performed by popular participation and argumentative dialogue between the social partners.

Keywords: Constitutional democracies; Crisis of legitimacy; Constitutional interpretation; Popular participation.

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES (linha de pesquisa: “Formalismo valorativo e acesso à justiça: processo, democracia e direitos fundamentais”). Procuradora do Estado do Espírito Santo.

1. INTRODUÇÃO.

Jürgen Habermas vê como um dos grandes problemas da modernidade a crise de legitimidade dos Estados que se dizem democráticos.

Em sua obra *Facticidade e Validade*, faz uma análise sobre a origem dos direitos e do Estado Democrático de Direito, concluindo pela relação de cooriginalidade entre direito e democracia.

Peter Häberle, em sua aclamada obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, prega que a Constituição, como instrumento político de organização do Estado, deve ser conhecida e interpretada por todos, de modo que seja do conhecimento e aceitação geral os seus princípios e determinações.

Este trabalho procurará analisar a visão desses dois doutrinadores alemães sobre a participação efetiva dos cidadãos no processo de construção do direito, revelando ao final as semelhanças entre os seus pensamentos.

Mais adiante, demonstraremos como no Brasil podemos encontrar exemplos da aplicação das teorias de Habermas e Häberle. Citaremos ainda situações em que o próprio Supremo Tribunal Federal já se mostrou aberto à teoria da interpretação constitucional por vários setores da sociedade, citando a doutrina de Häberle em seus precedentes.

2. DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE PARA HABERMAS.

Habermas defende que não existe Direito sem Democracia e não existe Democracia sem Direito. Um precisa do outro, daí surgindo a ideia de cooriginalidade entre ambos.

Argumenta que as insatisfações da sociedade com o modo de gerência dos governos, desigualdades sociais e a falta de participação popular nas decisões mais importantes resultariam na necessidade de um constante processo de aprofundamento da democracia pela própria democracia, ou seja, o próprio procedimento democrático constitucionalmente assegurado daria maior profundidade à democracia.

Para Habermas, o direito regula a conduta das pessoas através da legalidade, que, se não observada, acarreta em sanção. No entanto, essas leis a que todos devem obediência sob pena de sanção devem ser legítimas, o que só ocorreria com a participação de todos na elaboração do conteúdo normativo, e não apenas com a vontade solitária do legislador, ainda que este seja democraticamente eleito.

O autor alemão põe a legitimidade relacionada com a própria validade das leis, afirmando que “válidas são precisamente aquelas normas de ação, com as quais todos os possivelmente atingidos como participantes em discursos racionais poderiam concordar” (HABERMAS, 1997, p. 138). Entende por “discursos racionais” toda tentativa de resolver problemas de pretensões de validade no quadro de um espaço público e livre, quanto aos temas e participantes, e constituído no alicerce de reconhecer e implementar o melhor argumento.

Em sua teoria do agir comunicativo, Habermas propõe a desvinculação da visão positivista, defendendo que o Direito precisa constantemente de uma justificação moral racional para poder permanecer como instrumento legítimo de poder. Essa justificação racional se dá principalmente por meio do discurso argumentativo entre os interlocutores.

Assim, as normas para serem legítimas precisariam de mais do que a sua simples colocação no mundo jurídico pelo procedimento legalmente previsto e pelas autoridades/órgãos competentes, sendo necessário que as leis sejam racionalmente justificadas e aceitas pelos destinatários.

Na abordagem do sistema de direitos de Habermas, o autor faz distinção entre liberdade subjetiva e liberdade comunicativa. A liberdade comunicativa exige uma posição voltada para o entendimento e a disposição dos interlocutores para oferecer argumentos racionais, caso haja questionamentos para as pretensões de validade que assumem. O objetivo final seria o entendimento, o comum acordo, o consenso. Já na liberdade subjetiva, os interlocutores não visam um entendimento, mas direcionam sua argumentação apenas em função do sucesso. Assim, a argumentação racional não é exigida, sendo permitido ao autor qualquer tipo de alegação, mesmo que não convença racionalmente o outro interlocutor.

Habermas divide a origem dos direitos em cinco categorias: 1) “Direitos fundamentais que resultam da estruturação politicamente autônoma do direito segundo a maior medida possível das mesmas liberdades subjetivas de ação”; 2) “Direitos fundamentais que resultam da estruturação politicamente autônoma do status de um membro em uma livre associação de parceiros do direito”; 3) “Direitos fundamentais, que resultam imediatamente da reclamabilidade de direitos e da estruturação politicamente autônoma da proteção individual do direito”; 4) “Direitos fundamentais à participação igualitária em processos de formação da opinião e da vontade nos quais os cidadãos exercem sua autonomia política e através dos quais eles colocam um Direito legítimo”; 5) “Direitos fundamentais às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento,

em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4)” (HABERMAS, 1997, ps. 159/160).

As três primeiras categorias de Direito se situam no campo da autonomia privada dos cidadãos, laborando contra intervenções indevidas do Estado na esfera individual. Referem-se às liberdades individuais e aos direitos subjetivos. Nas palavras de Habermas:

Os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, vida e integridade física da pessoa, à liberdade de movimentos, de escolha da profissão, propriedade, inviolabilidade da residência, etc... são nesse sentido interpretações e estruturações do direito universal à liberdade no sentido de uma direito a iguais liberdades subjetivas. De modo semelhante proibição de extradição, direito de asilo, o status material de deveres, o status de prestações, a cidadania etc... significam uma concretização do status universal de um membro numa voluntária associação de companheiros jurídicos. E as garantias de encaminhamento do Direito são interpretadas através de garantias de procedimento e Princípios jurídicos (como a proibição de retroação, a proibição de múltiplas sanções pelo mesmo ato, a proibição de tribunais de exceção como também a garantia da independência pessoal e objetiva do Juiz, etc...) (HABERMAS, 1997, ps. 159/160).

As categorias 4 e 5 de direitos estão no campo da autonomia pública, referindo-se ao momento em que os sujeitos de direito tornam-se autores do direito. É nessas categorias em que se encontram os direitos fundamentais à participação igualitária em processos de formação da opinião, exercendo os cidadãos a sua autonomia política, dando legitimidade à formação do direito.

Percebe-se que os direitos de autonomia pública, apesar de na classificação de Habermas terem surgido após os direitos fundamentais de autonomia privada, são primordiais para que os direitos de autonomia privada existam e sejam efetivados. Por essa razão, Habermas conclui que os direitos de autonomia privada e pública seriam cooriginários. As liberdades concedidas pela autonomia privada são originárias do médium do direito e do princípio do discurso, segundo Habermas; essas liberdades são ainda primordiais para se ter a autonomia pública, que ao mesmo tempo também não poderia existir sem os que os direitos subjetivos fossem garantidos. Estes, por sua vez, somente podem existir em uma sociedade na qual os cidadãos tenham autonomia política, ou seja, por meio da participação nos processos de formação política da vontade do legislador. É exatamente esse processo que dá legitimidade ao direito.

Na lição Segundo Maria Eugênia Bunchaft:

O cerne da compreensão habermasiana constitui a concepção de co-originalidade entre autonomia pública e privada. Sem direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria como institucionalizar as condições sob as quais os indivíduos poderiam fazer uso da sua autonomia pública; mas sem o exercício de sua autonomia pública, os

cidadãos não alcançariam uma real compreensão acerca de suas necessidades. (BUNCHAFT, 2009, p. 380/381).

Para Habermas, os direitos humanos (direitos de autonomia privada) e a soberania popular (direitos de autonomia pública) são as principais ideias pelas quais o Direito pode ser justificado. Os direitos humanos dariam a autonomia e a liberdade necessárias para que os cidadãos conquistem a soberania popular tão necessária para a democracia. Dessa forma, é somente no Estado Democrático de Direito constitucional em que existe a coexistência necessária entre direitos humanos e soberania popular.

Nesse sentido, Marcelo Neves ressalta que Habermas, “sem desconhecer a tensão entre autonomia privada e autonomia pública, enfatiza, no seu estilo reconstrutivo, 'a afinidade entre soberania do povo e direitos humanos e, portanto, a co-originalidade de autonomia pública e privada' ou 'a relação de pressuposição recíproca' entre ambas”. (NEVES, 2008, p.115)

Sobre a autoreferência dos direitos de autonomia pública e privada, Habermas explica:

O princípio que todo poder estatal deriva do povo precisa ser especificado, conforme as circunstâncias, na forma de liberdade de opinião e informação, reunião e associação, fé, consciência e confissão, para a participação em votações e eleições políticas, para ação em partidos políticos e movimentos cidadãos, etc.. Nos atos constituintes de uma interpretação jurídica do sistema de direitos, os cidadãos fazem um uso originário de uma autonomia política que com isso se constitui através de um modo performativamente auto-referencial. Por isso os parágrafos das constituições históricas referentes aos direitos fundamentais podem ser compreendidos como modos contextuais de leitura do mesmo sistema de direitos (HABERMAS, 1997, p. 162).

Para Habermas, o sistema de direitos operacionaliza a tensão entre facticidade e validade, que seria equivalente à disputa entre a coerção de um direito legalmente constituído e a força resultante de um entendimento racionalmente motivado, ou seja, a legitimidade. Essa tensão seria minimizada quando o direito positivado e seus mecanismos de coerção são submetidos a um processo legislativo democrático, a fim de se obter a legitimidade do direito.

É nesse ponto que a teoria discursiva do agir comunicativo entra em ação, pois é através dela que é possível realizar a discussão racional com os destinatários da lei, a fim de se atingir o consenso sobre o seu conteúdo normativo, adquirindo a legislação a legitimidade necessária para o Estado Democrático de Direito.

Habermas supera os paradigmas do direito liberal e do bem-estar social, criando um novo paradigma procedimental do direito, o qual estabelece a cooriginalidade entre autonomia pública e privada, apenas vislumbrando um direito legítimo dentro de um sistema democrático.

Segundo Alexandre Krüger Constantino, “a tensão entre facticidade e validade gera um processo circular, possível somente na modernidade, de co-originariedade entre direito e

democracia, entre direitos humanos e soberania popular, entre autonomia privada e autonomia pública” (Acesso em 01/06/2014, p. 8).

Nessa vereda, direito e democracia também seriam cooriginários, pois o direito sem a legitimidade que a democracia proporciona não teria a capacidade de regular condutas e resolver os conflitos sociais. Ao mesmo tempo, a democracia precisa do direito para se efetivar. Sendo assim, o direito assegura a democracia e a democracia legitima o direito (CONSTANTINO, acesso em 01/06/2014, p. 9).

Habermas vê que a crise institucional por que passam as democracias constitucionais da contemporaneidade se revela principalmente na falta de legitimidade do direito desses Estados. Isso ocorre porque o povo não é de fato soberano e as leis não são fruto de um espaço de livre argumentação. Os interlocutores não são ouvidos e não há comunicação. Disso resulta a falta de legitimidade do direito posto à sociedade.

Diante disso, para o autor, a solução da crise nas democracias constitucionais contemporâneas não passa pelo engrandecimento da jurisdição constitucional, como forma de fazer valer os princípios e valores constitucionais postos, conforme vemos ocorrer atualmente no Brasil dada a grande proporção social e política que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal vem atingindo. O agigantamento do Judiciário não torna suas ações legítimas, pelo contrário, já que o que se vê é principalmente uma ingerência dos julgamentos nas competências legislativas, fazendo o juiz, por vezes, o papel do legislador, o que torna ilegítima a posição do Poder Judiciário nesses casos.

Habermas exemplifica a sua preocupação com essa tomada de poder pelo Judiciário, citando a tendência observada em alguns Estados – em especial o alemão – de compensar alguns déficits dos poderes Legislativo e Executivo, exacerbando as funções típicas e atípicas do Judiciário.

O autor critica veementemente o que ficou conhecido como “jurisprudência de valores”, tendência de pensamento que entende que os valores incorporados às normas constitucionais poderiam ser utilizados como parâmetros para o controle de constitucionalidade. Ele entende que não se pode reduzir os princípios constitucionais a valores, pois tal método conduz a uma argumentação jurídica inconsistente, não racional e muitas vezes casuística. Em suas palavras:

A transformação conceitual de direitos fundamentais em bens fundamentais significa que direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em um contexto de justificação, normas e valores têm diferentes papéis na lógica da argumentação. (Habermas, 1996, p. 257).

Habermas entende que a visão substancialista da Constituição, que vê a Carta Magna como um conjunto de valores a ser concretizado, em vez de um sistema propriamente normativo, permitindo esse agigantamento do Poder Judiciário, seria o grande problema. O imbróglio não estaria no método do sopesamento dos valores, mas na ausência de legitimidade na sua realização. Aceitar a ideia de valores universais não é adequado numa sociedade pluralista como a que vivemos. Todas as escolhas políticas e jurídicas, mesmo dentro de um processo judicial bilateral precisam ser legitimamente justificadas através da argumentação. Esta é a ideia refletida no procedimentalismo habermasiano, de que toda justificação só é racional se produzida mediante o embate intersubjetivo de argumentos.

O Poder Judiciário por não ser um poder composto por pessoas escolhidas pelo povo, não teria a legitimidade necessária para criar as leis no caso concreto. Seria uma ingerência ilegítima na esfera do Poder Legislativo.

Para Habermas, a solução para o problema de legitimidade das democracias constitucionais não estaria numa atitude positiva do Judiciário, fazendo às vezes de Administrador e de Legislador quando houvesse uma falha social, mas estaria na ampliação dos canais participativos no interior dos processos judiciais, dos processos de formação das leis e órgãos públicos. Ou seja, para se legitimar a democracia, precisar-se-ia dar meios para que todos possam participar e opinar. Quanto mais discussão, argumentação e participação houver, mais legítima será a democracia.

Com o fito de solucionar a crise das democracias constitucionais, a sociedade precisaria se munir de mecanismos geradores de solidariedade social, para que fosse possível alcançar o sistema democrático em sua excelência, tendo o discurso e a argumentação como suas principais ferramentas. A Constituição, como unidade jurídico-político-cultural básica dos Estados, deveria também ser utilizada como instrumento dessas democracias ideais almejadas por Habermas.

Nesse ponto de estímulo a participação, a teoria de Habermas assemelha-se à teoria de hermenêutica constitucional desenvolvida por Peter Häberle, como veremos a seguir.

3. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL POR TODOS. UMA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES POR PETER HÄBERLE.

Peter Häberle, autor também alemão, em sua obra intitulada “Hermenêutica Constitucional - a Sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição”, traduzida para o português pelo

Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, traça um novo paradigma para a hermenêutica constitucional, criticando a maioria dos teóricos do direito no que chama de “sociedade fechada” de intérpretes.

A teoria principal do autor é a de que o processo de interpretação constitucional não cabe somente ao Tribunal Constitucional e demais órgãos do judiciário, mas a todos os membros da sociedade, “não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HABERLE, 1997, p. 13). Nesta tarefa estão incluídas as sociedades civis e empresas, os órgãos públicos e também os cidadãos.

Em suas palavras:

Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada". Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema "Constituição e realidade constitucional" - aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da "realidade constitucional". (HÄBERLE, 1997, p. 12)

Ao passo em que Häberle vê a constituição como processo público, ele supera a visão de Kelsen que restringe a interpretação constitucional aos órgãos do Poder Judiciário, e principalmente ao Tribunal Constitucional, que, na visão kelseniana, seria o grande guardião da Constituição, a quem incumbiria a interpretação dos preceitos constitucionais em última análise. Kelsen entendia que a concentração da interpretação constitucional na jurisdição fortaleceria a democracia, na medida em que o Judiciário atuasse na defesa ou na proteção de minorias.

Häberle não concorda com a tese de que a interpretação constitucional seja tarefa apenas dos órgãos do Judiciário. Como já dito, esse modelo de interpretação constitucional que seria realizada apenas pelos operadores jurídicos é considerado por ele como uma “sociedade fechada”, o que não condiz com o pluralismo no qual vivemos na sociedade contemporânea.

No entanto, com a consolidação dos Estados constitucionais democráticos, “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema político e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação [...] são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes”. (HÄBERLE, 1997, p.14)

O autor considera a interpretação um processo aberto, sendo a ampliação do círculo dos intérpretes uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. Por ser nossa realidade social o pluralismo, nada mais lógico que permitir que essa miscigenação seja integrada no processo de interpretação constitucional. A interpretação dos preceitos constitucionais e a formação de seus sentidos deverá se dar no dia a dia pelos “participantes no seu desenvolvimento funcional”. (HÄBERLE, 1997, p.14)

Esse reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional não exclui nem diminui a importância da interpretação jurídica, mas relativiza seu papel. Três seriam as razões para essa relativização, segundo Häberle: 1) Muitos são os participantes do processo, não existindo mais interpretação isolada do juiz; 2) Mesmo antes da interpretação constitucional dos juízes, já existem forças sociais pluralistas públicas que são, potencialmente, intérpretes da Constituição. Assim, quando juiz se deparar com uma situação em que seja necessária a interpretação constitucional, deverá levar em consideração que esta interpretação precisa estar em correspondência com a sua atualização pública; 3) Há vários casos de interpretação constitucional que não chegam a ser judicializados, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Logo, há interpretação constitucional mesmo sem a presença de juízes, não sendo o processo constitucional formal a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.

Para que seja viável essa interpretação constitucional por todos, Häberle pressupõe que haja um consenso nos intérpretes sobre os conteúdos jurídicos básicos, a fim de que haja um mínimo de coerência e não se converta a interpretação num instrumento de dissolução da normatividade constitucional.

Por outro lado, o autor reconhece o papel importante do Judiciário no processo de interpretação constitucional, mas defende que ele não pode ser o único responsável por explicar o sentido das normas constitucionais. Os Tribunais constitucionais teriam um papel de intermediação entre as diferentes forças sociais que participam do processo constitucional.

O autor alemão explica:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos "intérpretes da Constituição da sociedade aberta". Eles são os participantes fundamentais no processo de "trial and error", de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta

e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto. (Häberle, 1997, p. 42)

Assim, o Tribunal ao fazer a interpretação constitucional nunca deverá deixar de levar em consideração a opinião de todos os agentes participantes e deverá sempre ter em mente que esse processo é constantemente mutável. Para Peter Häberle, o intérprete do Judiciário deve verificar o resultado de sua interpretação conforme a reserva da consistência, levando em conta os fundamentos presentes e assumindo a possibilidade de mudanças.

É importante salientar, contudo, que a possibilidade e a necessidade de que todas as pessoas numa determinada sociedade contribuam para a compreensão e aplicação dos preceitos constitucionais não significa dizer que qualquer pessoa possa deixar de cumprir determinada regra por interpretá-la como contrária à Constituição. Isso não é a proposta do autor alemão. Apesar de negar a ideia de que só cabe ao Tribunal Constitucional a interpretação da Constituição, Häberle reconhece a autoridade da jurisdição constitucional para declarar, em última instância, o sentido das regras e princípios inscritos na Constituição. O que propõem de novo é que esse processo de compreensão e realização dos princípios constitucionais se dê também nos outros âmbitos da sociedade e que esta interpretação fora do Judiciário deve ser respeitada e levada em consideração nas decisões dos juízes.

Häberle enxerga que, numa sociedade pluralista e que se pretende ser democrática, a interpretação constitucional jamais poderia ser restrita a um grupo de juristas. Isso retiraria toda a legitimidade do processo de interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais. Nesse ensejo, assemelha-se a Habermas no sentido de procurar a maior legitimidade possível do direito e não ver o direito existente sem uma democracia forte e legítima.

Na medida em que a interpretação constitucional for aberta e feita por toda a sociedade, a Constituição se legitima democraticamente e os cidadãos por ela regulados se sentirão parte do processo democrático. As ações governamentais se tornaram legítimas e a soberania popular enfim prevaleceria.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes ensina que:

O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma conseqüência metodológica da abertura material da Constituição. (...)

Tanto o cidadão que interpõe um recurso constitucional, quanto o partido político que impugna uma decisão legislativa são intérpretes da Constituição. Por outro lado, é a inserção da Corte no espaço pluralista – ressalta

Häberle – que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei. (MENDES, 2000)

A solução perseguida por Häberle para abrir esta sociedade de intérpretes constitucionais é a busca por instrumentos de defesa da minoria, bem como também a abertura hermenêutica que possibilite a esta minoria o oferecimento de alternativas para a interpretação constitucional.

4. APLICAÇÃO DAS TEORIAS DE HABERMAS E HÄBERLE NA DEMOCRACIA E NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Como visto, os dois autores alemães traçam uma linha de raciocínio que muito se assemelha na questão de participação da sociedade nos canais decisórios do Estado, seja a nível legislativo, executivo ou judiciário. Acreditam que só com a participação popular efetiva é que as democracias constitucionais comporão a legitimidade necessária, para poder regular a sociedade pluralista em que vivemos.

Assim como Habermas, Häberle preocupa-se com a ausência de legitimidade nos Estados Democráticos de Direito modernos. Os autores tem a convicção de que a democracia participativa não se legitima apenas com o direito ao voto. Ela tem que ser experimentada e aplicada no dia a dia dos cidadãos, os quais precisam se sentir inseridos nos núcleos decisórios de poder.

Häberle não trata especificamente em sua obra sobre quais mecanismos assegurariam tal participação popular na democracia, atendo-se mais aos aspectos da interpretação constitucional e deixando em aberto a questão sobre como efetivar tal abertura. No entanto, a confrontação da sua teoria com a de Habermas nos dá pistas de que há necessidade de aprimorar um procedimento que seja inclusivo, com a preservação do núcleo dos direitos fundamentais enquanto motor gerador da democracia e com maior participação popular em todos os canais da sociedade.

Nossa Constituição já prevê, em seu art. 1º, a possibilidade de participação direta do povo:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania

II – a cidadania

III – a dignidade da pessoa humana

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

V – o pluralismo político

Parágrafo Único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos **ou diretamente**, nos termos desta constituição.

A Democracia brasileira é semidireta ou mista ou participativa, pois traz institutos de democracia representativa junto com alguns institutos de participação direta do povo, conforme previsão do parágrafo único do art. 1º, o qual reza que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente (democracia participativa) (SILVA, 2006, p. 137).

Na legislação brasileira, existem alguns institutos que tem o condão de trazer o diálogo e a interpretação da população para o meio político ou jurídico.

Na esfera no Poder Executivo, existe a figura dos conselhos participação de gestão e fiscalização de serviços públicos, além do orçamento participativo e das ouvidorias nos órgãos públicos.

No Legislativo, há a possibilidade de iniciativa popular nos projetos de lei, além da votação em consultas populares, como referendos e plebiscitos. Está ainda em trâmite no Congresso Nacional proposta de emenda à Constituição que institui novos mecanismos de democracia participativa, possibilitando aos eleitores a revogação de mandato eletivo de políticos e o veto popular a projetos aprovados por parlamentares.

No Judiciário, há alguns institutos que estão sendo mais utilizados pela sociedade. O júri popular e a instituição do *amicus curiae* são bons exemplos.

O instituto do *amicus curiae* como possibilidade de intervenção da sociedade nos processos de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal é um ótimo modelo de aplicação da doutrina de Peter Häberle. Por meio desse instituto, a Corte Constitucional pode ter acesso à interpretação constitucional realizada por vários setores da sociedade que se dizem interessados no julgamento. A função do *amicus curiae* na jurisdição constitucional se adequa perfeitamente ao papel de intérprete da Constituição e canal comunicativo entre a população e o Judiciário, tão almejado por Häberle.

Vale ressaltar que a criação do *amicus curiae* no direito brasileiro se deu através de lei de iniciativa do então Advogado-Geral da União Gilmar Ferreira Mendes, que é adepto declarado da doutrina de Peter Häberle e vem colocando em prática as lições do autor alemão na jurisdição constitucional brasileira.

O projeto de lei foi apresentado no mesmo ano da publicação de sua tradução da célebre obra de Peter Häberle sobre a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição. Tal projeto concretizou-se na Lei nº 9.868/99, que trata de regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, nas quais se prevê a

manifestação de diferentes atores, órgãos e entidades, pessoas físicas e jurídicas, da sociedade civil, tanto por via de requisição judicial quanto pela vontade do próprio interveniente.

A previsão da possibilidade de intervenção da sociedade em processos de controle de constitucionalidade abstrato foi um avanço para a abertura da jurisdição constitucional brasileira para a interpretação pluralista da Constituição. Isso porque aqui no Brasil há uma tendência de fortalecimento do controle de constitucionalidade abstrato em detrimento do difuso, com inclinação inclusive para uma “abstrativização” do controle concreto, principalmente, depois da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a repercussão geral das questões constitucionais como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários.

Na verdade, para a concretização da teoria de Häberle, seria melhor o fortalecimento do controle difuso, pois este se dá caso a caso, com a participação das partes e dos juízes e com uma constante construção hermenêutica baseada na argumentação de vários atores.

Nesse sentido ensina Alexandre Krüger Constantino:

A desvantagem do controle concentrado estaria em seu círculo restrito de intérpretes. É precisamente aqui que se evidencia a importância do *amicus curiae*: ampliar o rol de intérpretes qualificados, retirando dos ombros dos juízes o processo de fundamentação de decisões que potencialmente teriam ampla ressonância social. (CONSTANTINO, 2014, p. 23).

Assim, com o instituto do *amicus curiae*, a legitimidade do controle da constitucionalidade concentrado é ampliada, estendendo o rol de intérpretes da Constituição, com a construção de um canal direto de comunicação entre setores relevantes da sociedade civil e o Supremo Tribunal Federal. A nossa Corte constitucional se vê obrigada a partir de então a levar em consideração em seus julgamentos todos os argumentos racionalmente apresentados, servindo, como ensina Häberle, mais como um órgão de filtragem e de mediação das diversas interpretações das forças sociais que participam do processo constitucional, do que como um órgão que deve interpretar por si só a Constituição.

Como salientou o próprio STF no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.927/DF, a previsão legal da intervenção processual do *amicus curiae* “têm por objeto pluralizar o debate constitucional, contribuindo, como se disse, para a democratização da atividade jurisdicional e para a consolidação da própria democracia” (MS nº 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.10.1989, DJ 15.4.1994).

A nossa Corte Constitucional tem-se utilizado amplamente desses novos mecanismos de abertura procedimental, com destaque para as audiências públicas recentemente realizadas no âmbito das ações do controle abstrato de constitucionalidade, como nos casos dos julgamentos sobre pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510), demarcação da terra

indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388), importação de pneus (ADPF 101) e aborto anencéfalos (ADPF 54), em que foram ouvidos vários setores da sociedade pelo Tribunal.

Vê-se, portanto, que a doutrina de Peter Häberle vem sendo incorporada pelo Estado brasileiro, na forma de produção legislativa e na jurisprudência dos tribunais.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale:

Assim, é possível afirmar que a Jurisdição Constitucional no Brasil adota, hoje, um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional (MENDES e DO VALE, 2009, p.12)

Por fim, cabe fazer uma análise breve sobre a tendência que vem sendo observada em vários julgados do STF em incorporar a técnica interpretativa de mutação constitucional, como uma aplicação também da teoria de Peter Häberle, segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado. Häberle em sua obra ressalta que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandel*) como categoria autônoma. (MENDES e DO VALE, 2009, p. 9)

Isso porque a interpretação constitucional deve avançar com o passar do tempo, não havendo qualquer problema em o Tribunal Constitucional mudar seu posicionamento sobre uma determinada matéria, mesmo que contraditório com o posicionamento anterior. A mutação constitucional seria, para Häberle, uma evolução jurisprudencial, o que não implica o reconhecimento, por parte da corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados anteriores. Pelo contrário, a mudança de posicionamento reafirma a adaptação da interpretação constitucional aos sentidos possíveis da letra da Constituição, dentro da complexidade da sociedade pluralista.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em várias ocasiões tem se mostrado aberta à mudança de interpretações antes consolidadas, revelando o abandono de precedentes e a adoção de novas interpretações das disposições constitucionais, amparadas nas mudanças sociais e mudanças de paradigmas da sociedade brasileira.

Dois exemplos emblemáticos de mudança de orientação pelo Supremo foram os julgamentos sobre a inconstitucionalidade da vedação legal absoluta da progressão de regime penal para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), com radical modificação de antiga jurisprudência (HC 82.959), e o caso sobre se os partidos políticos possuem ou não direito a manter as vagas por eles conquistadas em eleições regidas pelas regras do sistema

proporcional, em caso de desfiliação dos parlamentares que as preenchem (MS 26.602, 26.603 e 26.604).

5. CONCLUSÃO.

A crise de legitimidade das democracias constitucionais contemporâneas faz notar que a sociedade exige mudanças, mais participação, e a efetivação do princípio da soberania popular. Apesar das Constituições modernas dos países que adotam o sistema democrático consagram a democracia e a soberania popular como princípios fundamentais, percebe-se que, na prática, os canais previstos constitucionalmente para esta participação popular na gerência do Estado são ineficientes ou pouco utilizados.

As teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle muito se assemelham no que diz respeito à tentativa se solucionar a crise de legitimidade dos Estados constitucionais democráticos com ampliação dos canais participativos da sociedade. Habermas entende que o diálogo e a argumentação racional realizados pelos interlocutores devem ser trazidos para dentro das cúpulas de poder, a fim de legitimar suas escolhas e ações. Häberle vê em uma interpretação constitucional aberta, com a participação de todos os canais da sociedade, o expediente necessário para a interpretação e aplicação legítimas na Constituição.

Nesse passo, a simples previsão constitucional de uma participação popular mais efetiva não basta. Faz-se necessário que os governantes, os membros do Poder Legislativo e Judiciário percebam que suas ações só serão legítimas a partir do momento em que estejam em consonância com o que a população aceita, com o consenso, que deverá ser construído de forma argumentativa. Da mesma forma, a população cada vez mais engajada e participativa deverá fazer com que seus anseios e pensamentos cheguem nas cúpulas do poder, exigindo que as ações estatais em todas as esferas sejam legitimadas mediante participação popular, com discussão e argumentação racional.

O grande desafio é fazer a congruência dos conflitos de opinião e da pluralidade de interesses existentes na sociedade. Deverá haver, no mínimo, um consenso sobre a forma de resolução de conflitos e sobre os próprios limites desses conflitos. Este é exatamente o papel da jurisdição constitucional, resolver os conflitos de interesses da sociedade e não ditar quais são os desejos e anseios da sociedade.

Nesse contexto, a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Pelo contrário, cabe à jurisdição constitucional reforçar as condições

normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema. Não cabe jamais fazer as escolhas pela população, pois a soberania é do povo e é o povo que legitima o Estado e a democracia.

6. BIBLIOGRAFIA.

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=480>. Acesso em: 01/06/2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF*. Organização Paulo Gustavo Gonet. Brasília: IDP, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2014.
- BUNCHRAFT, Maria Eugênia. *A Filosofia Política do Reconhecimento*, in SARMENTO, Daniel: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 373-395.
- CONSTANTINO, Alexandre Krügener. *Amicus curiae e Democracia: Uma abordagem crítica através de Habermas e Häberle*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e0c641195b27425b>>. Acesso em: 01/06/2014.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.
_____ *La noción de co nstitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el Derecho brasileño*. Estudios Constitucionales, Año 8, No 1, 2010, p. 283–304.
- LEITE, Roberto Basilone. *A Chave da Teoria do Direito de Habermas: direitos humanos e soberania popular*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main, 1994; trad. brasileira *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. 2 vols. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- MENDES e DO VALE, Gilmar Ferreira e André Rufino. *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 01/06/2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial*. Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000. Revista Jurídica Virtual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm>. Acesso em: 05/06/2014.
- _____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998a.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. Marzins Fontes: São Paulo, 2008.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. 1ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades in SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- SILVA JÚNIOR, Antônio Soares. *A hermenêutica constitucional de Peter Häberle. A mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segundo a teoria concretista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1208, 22 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9070>>. Acesso em: 01/07/2014.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.