

A MODERNA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL II: RESENHANDO A "SOCIEDADE DOS INTÉRPRETES" DE PETER HÄRBLE.

Georges Louis Hage Humbert

Advogado, é doutor e mestre em Direito do Estado pela PUC-SP, professor adjunto da faculdade de Direito da Universidade Salvador e do Centro Universitário Jorge Amado e membro efetivo do centenário Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

Resenha crítica do texto "Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição", de Peter Härble. Tradução para o português de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

O presente trabalho ^[01] tem como objeto o livro "Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição" de Peter Härble.

Renomado constitucionalista alemão, Härble é Professor Titular de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade da Augsburg-RFA. Concentra seus esforços acadêmicos ao estudo dos problemas relacionados aos direitos fundamentais e de direito constitucional, com diferenciado enfoque nos diversos aspectos do direito constitucional comparado.

O escrito aqui resenhado não é uma publicação recente. Foi originariamente editada em 1975. Entretanto, somente em 1997 ganhou tradução para o português, elaborada pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes, com seu notório desvelo e capacidade intelectual. Veio a lume através da editora Sérgio Antonio Fabris Editor.

Desde sua primeira apresentação e com maior intensidade após a edição da referida tradução para o português, as idéias do concretista Alemão repercutiram no Brasil, influenciando a jurisprudência ^[02] e doutrina ^[03] pátria.

A tese é moderna e decorre das inevitáveis transformações passadas pelo constitucionalismo moderno, donde, após as duas grandes guerras, evidencia-se o caráter social das Constituições, ressaltando-se os direitos e garantias fundamentais.

Neste passo, ousamos firmar que a "sociedade aberta dos intérpretes" possui raízes fincadas no pensamento e estudo da nova hermenêutica constitucional cuja evolução, iniciada partir da "Tópica" - que teve em Viehweg seu principal pensador - ganhou densidade, rigor científico e precisão metodológica através da "Metódica Estruturante", articulada, pelo também jurista Alemão Friedrich Muller, a qual, juntamente com a "sociedade aberta" de Härble, converge para consecução da teoria "Concretista da Constituição". Esta concebe a atividade interpretativa diretamente voltada e com fundamento na realidade.

Neste contexto, "a construção teórica de Härble parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição: o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e 'publicização'" ^[04]

Sustenta Harbele que "uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema 'Constituição e a realidade constitucional'" ^[05]. Por esta razão, preconiza que mister se faz a construção de uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista, a uma - por ele assim denominada – "sociedade aberta".

Tendo em vista o papel fundante da Constituição para o Estado e para a Sociedade, propugna o concretista Alemão ser todo aquele que a vive um seu legítimo intérprete. ^[06]

Assim, ensina que "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." ^[07] (grifos do original)

Combate a interpretação até então predominante, com base positivista e nos moldes clássicos construídos a partir de Savigny, e que, para Härble, seria um modelo destinado a uma "sociedade fechada", na medida em que se concentra exclusivamente na atividade dos juízes, o que não guarda coerência e desatende os anseios e necessidade da sociedade pluralista atual.

Textos relacionados

- STJ aplica Lei Maria de Penha na área cível: aberração processual
- O machismo no Dia Internacional da Mulher
- Advogados pedem a ditadura militar: contradição ou desinteligência jurídica?
- Forças Armadas e garantia da lei e da ordem
- Liberdade de imprensa versus direitos da personalidade

Desta forma, compreende o Direito como fenômeno Cultural. Não é só lei. É uma construção, um processo participativo, pelo que a interpretação é "...a um só tempo elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte desta sociedade." ^[08]

Para tanto, esclarece, no seu conceito de interpretação, que quem vive a norma acaba por interpreta-la.

Propugna a teoria constitucional como ciência da experiência que, portanto, deve estar em condições de explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. ^[09]

É a interpretação uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos.

E o autor não foge da questão acerca de quem seriam os sujeitos ativos da hermenêutica pluralista. Compreendem, segundo sua balizada lição, todas as forças da comunidade política, composta pelas funções estatais, órgãos formados no seio da sociedade e pelo próprio cidadão.

Ademais, todo intérprete, afirma Härtle, é orientado pela teoria e pela prática, mas essa prática, na sua essência, não se forma unicamente dos intérpretes oficiais da Constituição^[10]. Assim, a sociedade de intérpretes é, frise-se, aberta.

Como meio de concretização adequada à natureza aberta das normas constitucionais, defende novas formas de participação do cidadão a serem regulamentadas, subdivididas em audiências e intervenções.^[11]

Cumprido salientar que, a despeito de ressaltar a importância do papel da política neste processo – pois esta não é eliminada da constituição –, menciona que isto não significa uma fuga e sequer uma sobreposição desta ao Direito.

Mesmo porque, considera, em diversas passagens de sua obra, que na "atividade" interpretativa sempre subsiste a responsabilidade da jurisdição constitucional, a qual fornece, em geral, a última palavra sobre interpretação. Com efeito "A corte constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição..."^[12]

Daí porque não o podemos considerar como um rompedor, um opositor ou reacionário à teoria positivista. No estudo da sua obra é perceptível uma vinculação com a norma jurídica, especialmente as constitucionais, bem como a sua importância para a formação e conformação do Direito. Portanto, não coadunamos com sua qualificação como pós-positivista. O que se infere da leitura das teses concretistas em geral é uma preocupação em apresentar soluções e adaptações do direito perante a evolução natural da sociedade.

Sua tese não é revolucionária. Não é um anti-normativista. Tenta sim, com maestria e visão voltada a satisfação das prementes necessidades de seu tempo, organizar o processo da interpretação e adequá-lo à realidade, trazendo à baila bons elementos que devem circundar e nortear a correta hermenêutica constitucional.

Com visão diretamente focada na realidade, elabora uma teoria repleta de elementos sociológicos inseridos em uma rica teoria interpretativa.

No dizer de Bonavides, "a interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora".^[13]

Particular análise merece a preocupação do autor em rebater, desde já, possíveis críticas ao seu pensamento. Para aqueles que alegarem a perda da unidade da Constituição em razão da inserção de "todos" no processo de interpretação, antecipa que este crítico deve, antes de tudo, "observar que as regras básicas de interpretação remetem ao 'concerto' que resulta destes diferentes intérpretes da Constituição no

exercício de suas funções específicas." E completa: "Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição...".^[14]

Portanto, não pode haver perda de unidade, uma vez que, segundo ensina-nos na obra em debate, essas "forças" responsáveis pela interpretação integram a Constituição enquanto sujeitos. E isto pode, segundo o autor, ser demonstrado pelos Direitos fundamentais, donde infere-se a legitimação democrática que produz parte significativa da democracia dos cidadãos com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais, sendo, portanto, estas as bases da referida legitimação.^[15]

Ressalva, outrossim, que "...essa teoria constitucional não deve ser, todavia, simplificada e (mal-) entendida como uma concepção simplesmente harmonizadora. Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso."^[16]

No final da obra assume que a interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações e que constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional (procedimental). Para conteúdos e métodos isto se aplicaria de forma limitada.^[17]

Cabe aqui, a nosso sentir, uma crítica. Isto porque, entendemos ser indispensável, por ser requisito formador de qualquer ciência a existência de métodos próprios bem delimitados, do que se olvida Peter Häberle, sob a justificativa supra.

Por esta razão deixa sem resposta a importante questão acerca da metodologia a ser adotada pelo aplicador do direito, bem como sobre quais seriam as fronteiras e limites desta moderna interpretação. Quando estaríamos defronte de uma interpretação não oficial da Constituição ou de um mero ato comum da vida?

Talvez o próprio Autor, se antecipando a esta indagação, tenha dado a sua resposta a partir do momento em que desconsidera a consciência como requisito da atividade hermenêutica.

Ainda assim a celeuma permanece tormentosa. Isto porque, esta elucubração certamente compromete a certeza, a segurança jurídica e outros princípios positivados que integram e viabilizam a "(co-) existência" e "sucesso" do Estado Democrático Social de Direito.

Demais disso, "o método concretista da 'Constituição Aberta' demanda para uma eficaz aplicação a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores sem dúvidas difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância esta importantíssima,

porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista." [18]

A par destas críticas pontuais, a "Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição" de Peter Härtle é uma das grandes e mais valiosas obras, integrando o rol da melhor doutrina que, hodiernamente, ocupa-se da questão da interpretação constitucional, visando adequá-la à modernidade, tendo como seus focos principais a figura do intérprete e a realidade social, afastando, neste sentido, a exclusividade do Poder Judiciário como legítimo hermeneuta das normas supremas.

Ainda consoante a teoria do festejado constitucionalista de Augsburg, aqueles que vivem a Constituição devem interpretá-la, dado o caráter supremo, o alto grau de abstração e também valorativo inerente aos princípios e regras que a compõe, do qual denota-se o seu caráter eminentemente aberto, adequado à satisfação dos anseios sociais em cada momento histórico.

Vislumbra, enfim, a "atividade" interpretativa como um processo complexo, composto por diversos elementos e atores, como algo não estanque, pronto e acabado, que não tem uma última e definitiva palavra. Consequentemente, através da sociedade aberta dos intérpretes, concilia o Direito com a Sociedade e as mutações que lhes são inerentes, o que torna a sua tese uma leitura obrigatória para todos que interpretam e aplicam a Carta Política.

Destarte, não restam dúvida de que suas ideias - muito bem explicitadas nas breves, mas densas, linhas do livreto ora resenhado -, uma vez corretamente aplicadas, - sem olvidar o sistema jurídico normativo posto - contribuirá, gradativamente, para a tão almejada efetividade ("real" e "integral") dos dispositivos constitucionais, pelo que serve-nos como valioso e indispensável instrumento para a denominada - e necessária - concretização [19] da Constituição.

Notas

01

De fundamental importância para a elaboração deste trabalho foram os debates e discussões realizados nas aulas das disciplinas Teoria Geral do Direito e Direito Constitucional II, ministradas neste ano, pelo Professor Dr. André Ramos Tavares, durante o Curso de Mestrado em Direito do Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

02

Confira-se os seguintes arestos: Re 165438 / Df - Distrito Federal. Relator(A): Min. Carlos Velloso; Hc 85687 / Rs – Rio Relator(A): Min. Carlos Velloso; Hc 85692 / Rj - Rio De Janeiro: Min. Celso De Mello; Re 298694 / Sp - São Paulo Relator(A): Min. Sepúlveda Pertence; Adi-Ei 1289 / Df - Distrito Federal. Relator(A): Min. Gilmar Mendes.

03

Por todos, o eminente constitucionalista Paulo Bonavides, que faz uma bela análise da teoria de Peter Härtle. In BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

04

Bonavides, Ob. Cit., p. 513.

05

P. 12

06

Ob. Cit., p. 09.

07

Ob. Cit., p. 13.

08

Idem.

09

Ob. Cit., p. 19.

10

Bonavides, ob. Cit., p. 513.

11

Confira-se ob. Cit. P.48.

12

Ob. Cit., p. 46. Confira, também neste sentido, p. 14.

13

Ob. Cit. P. 513.

14

Ob. Cit. p. 32-33

15

Veja-se ob. Cit. P. 37 e 39.

16

Ob. Cit. 51.

17

Ob. Cit. 52-55.

18

Bonavides... p. 516.

19

Sobre a concretização da Constituição, confira-se, entre outras obras, Muller, Friedrich. *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts: Neue Aufsätze*. Berlim, Duncker & Humblot, 1997, pp. 20-35. Tradução para o português publicada como anexo ao seu *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 3ª ed., pp. 121-163. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, também a ser conferido.