

# A Constituição Brasileira de 1988 como Constituição Aberta - Aplicação da Teoria de Peter Häberle

## *Brazilian Constitution of 1988 as an open Constitution – Application of Peter Häberle Theory*

Roberta Laena Costa Jucá\*

### Resumo

*Este trabalho analisa a teoria de interpretação das normas constitucionais proposta por Peter Häberle, com a finalidade de verificar a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Para tanto, parte-se do estudo dos elementos essenciais, do que ele denominou Constituição Aberta - sociedade aberta, conceito de povo e democracia participativa – para tentar identificá-los na Constituição Brasileira de 1988.*

**Palavras-chave:** *Interpretação das normas constitucionais. Constituição Aberta. Sociedade Aberta. Conceito de Povo. Democracia Participativa. Constituição Brasileira de 1988*

### Abstract

*This paper analyses Peter Häberle's Theory of Interpretation of Constitutional Norms, aiming at verifying its application to the Brazilian Legal System. Therefore, it involves in the first place the study of the key elements designated by Peter Häberle as Open Constitution, namely Open Society, a concept of people and participatory democracy, seeking to identify them in the Brazilian Constitution of 1988.*

**Keywords:** *Interpretation of Constitutional Norms. Open Constitution. Open Society. Concept of people. Participatory Democracy. Brazilian Constitution of 1988.*

### Introdução

A interpretação constitucional tem sido, ao longo dos tempos, objeto de controvérsias, trazendo elementos novos que aperfeiçoam o processo hermenêutico, contribuindo para a atividade do intérprete.

Paralelamente, tem-se o processo evolutivo da democracia ao longo da história, por meio do qual a

soberania popular deixa de ser apenas formal para ganhar um cunho material, como se depreende da idéia de democracia participativa.

Nesse contexto, Peter Häberle (1997) revolucionou o método interpretativo ao elaborar a teoria democrática da constituição aberta que, dentre outros aspectos, acrescenta o povo ao rol de intérpretes constitucionais. Com base na Tópica de Theodor Viehweg, o autor democratizou o processo

---

\* - Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR - Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR– Bolsista CAPES/PROSUP

de interpretação das normas constitucionais, fundamentando sua tese na democracia e no pluralismo.

A partir dessas idéias defendidas por Häberle, tentar-se-á analisar a Constituição Brasileira de 1988, especificamente os dispositivos relacionados ao pluralismo e à participação da sociedade, com o fito de averiguar a aplicação dessa teoria na ordem jurídica nacional.

Verificadas as normas constitucionais, será respondido o questionamento central do presente trabalho: a Constituição Federal de 1988 permite a utilização do método proposto por Peter Häberle?

## 1 A Democracia no Século XX

Do grego *demokratía*, democracia significa governo do povo, ou seja, o regime político fundado na soberania popular e na separação de poderes. A clássica definição de Abraham Lincoln enfatiza: governo do povo, pelo povo e para o povo.

Consolidada no final do século XVIII com o movimento constitucionalista e com o surgimento do estado liberal, especialmente após a teoria de Rousseau, no século XX, o conceito de democracia evoluiu do caráter formal – quando apenas servia de forma de sustentação e justificação de um governo – para o material – possibilitando sua realização prática.

Essas concepções democráticas são divididas por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002, p.15) em hegemônicas e não-hegemônicas. As primeiras se traduzem nas formas tradicionais: a liberal-democracia e a democracia marxista; as segundas, por eles chamadas de concepções alternativas ou contra-hegemônicas, rompem com a ideologia clássica e consideram a democracia, assim como Habermas, uma gramática de organização social e da relação entre estado e sociedade. Dessa forma, o regime democrático deixa de ser uma mera construção teórica utilizada pelos governantes para legitimar o poder e passa a ser concebida como real possibilidade de inovação social.

Em relação às características das formas contra-hegemônicas de democracia, os mencionados autores abordam o princípio de deliberação amplo, preconizado por Habermas (SANTOS; AVRITZER, 2002, p.12-17-18), e a importância dos movimentos societários para o exercício da cidadania. Considerando o cenário globalizado e a conseqüente complexidade dos problemas públicos, percebem, então, a necessidade de uma sociedade plural, capaz de garantir meios efetivos de participação popular, ou

seja, de uma re-inserção dos arranjos participativos no debate democrático.

Das conseqüências desse inovador modo de se pensar democracia, destacam os autores “a percepção da possibilidade da inovação, entendida como participação ampliada de atores sociais de diversos tipos de processo de tomadas de decisão” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p.26), e concluem determinando a finalidade dessa nova concepção:

o objetivo é associar, ao processo de fortalecimento da democracia local, formas de renovação cultural associadas a uma nova institucionalidade política que recoloca na pauta democrática as questões da pluralidade cultural e da necessidade da inclusão social (2002, p.47).

Por uma democracia inclusiva também clama Robert Dahl. Com base no princípio da igualdade, referido autor entende que as decisões públicas devem levar em consideração os interesses e a opinião de todos os envolvidos, igualmente. Acrescenta que a participação política dos cidadãos se dá com a institucionalização dos segmentos sociais, sendo um dos fatores consolidadores da democracia participativa.

A idéia de participação popular tem também um fundamento ético: a solidariedade social. O homem, enquanto ser social, deve ser também solidário. Como explica o Frei Leonardo Boff (2000, p.109-111), todos os seres estão relacionados entre si e por isso são reciprocamente solidários. Para ele, esta é a lei do universo, mas não só: a solidariedade é uma categoria política, e foi, em toda a história humana, condição essencial de desenvolvimento e sobrevivência. Ao mesmo tempo, o homem, enquanto ser de um planeta - parte de um todo - é diretamente responsável por tudo aquilo que lhe diz respeito e, para sobreviver no meio em que vive, tem o dever de ser solidário para com os outros.

Dessa foram, responsabilidade de todos e solidariedade entre todos estão intrinsecamente ligadas ao novo modelo democrático, à democracia participativa. Calcada na ética da solidariedade, a concepção democrática moderna possibilita uma efetiva e real participação do povo na gestão do Estado.

## 2 A Constituição Aberta de Peter Häberle

Pode-se resumir a contribuição de Peter Häberle (1997) para a Hermenêutica Constitucional com uma frase: Häberle democratizou o processo de interpretação das normas constitucionais.

Fundado nessa nova concepção de democracia, Peter Häberle trouxe à ciência hermenêutica a idéia

da interpretação da Constituição<sup>1</sup> como elemento de uma sociedade aberta, devendo esta ser entendida como sociedade plural, alicerçada na multiplicidade de idéia e interesses e nas diferenças existentes entre os seus elementos formadores. Segundo ele, aberta é a sociedade consagradora do pluralismo político, econômico, científico e cultural, ou seja, é a sociedade que se caracteriza pela dinamicidade e que possui regras de convivência e coexistência que são feitas considerando as desigualdades, notadamente as particularidades das minorias.

Nesse contexto, Häberle (1997) afirma que o povo, assim considerado como todas as pessoas de um Estado Democrático de Direito, sem distinções de qualquer natureza, o que inclui os estrangeiros, é interprete da Constituição. Isto porque, se o povo é soberano e titular do poder constituinte originário, nada mais justo que ele tenha o direito de participar da construção da ordem jurídica, interpretando e aplicando as normas constitucionais.

Essa idéia se confirma porque uma ordem plural e democrática não se satisfaz apenas com a atividade jurisdicional, como se ela tivesse o monopólio da interpretação e bastasse para legitimar as decisões. Assim, “a interpretação constitucional é uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos”, devendo ser feita de modo a identificar os cidadãos formadores do espaço público, a realidade em que eles vivem e as suas possibilidades e necessidades (HÄBERLE, 1997, p.19-24).

Com base no conceito de democracia participativa, Häberle considerou ainda ser a participação do povo um direito fundamental decorrente do direito fundamental à cidadania, e, como tal, não pode ser desrespeitado em nenhuma esfera pública.

Outro aspecto considerado por Häberle (1997) foi o caráter político da Constituição. Isto porque, se Constituição é a norma ápice de uma sociedade, o documento que a estrutura e define seus principais elementos e características, este fato não pode ser afastado do processo interpretativo. Como acentua Márcio Augusto Vasconcelos Diniz (2002, p.259):

a teoria pluralista de Häberle chama atenção para um dado que não se pode deixar de levar em conta, na hermenêutica constitucional. Justamente a questão da necessidade de evitar a cisão entre as dimensões normativa e política da Constituição, cuja unidade decorre do próprio conceito (de Constituição). Ela, de fato, é a lei fundamental da

sociedade e do Estado. Daí porque a jurisdição constitucional, quando a interpreta, não pode (...) menosprezar as conseqüências de suas decisões, que inevitavelmente afetam toda a comunidade.

Esse caráter político da Constituição como fato determinante para a interpretação constitucional é também ressaltado por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, na obra *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.

Com efeito, para tais autores, a Constituição é um diploma que se preocupa com o poder político que conduz o governo de uma sociedade, e tem como função primordial limitar e coordenar referido poder. E concluem: “Ora, na medida em que se põe como ‘o estatuto jurídico do fenômeno político’, a Constituição transplanta para seu bojo normativo toda a ideologia que permeia os objetos e valores políticos” (1982, p.16).

Partindo dessa idéia e, como ensina Márcio Diniz (2002, p.257), do postulado básico ‘quem vive a norma, co-interpreta-a também’, Häberle (1997) considerou a prática social - a realidade - como fator determinante à boa interpretação constitucional, e elevou o povo à categoria de intérprete, solidificando assim a soberania do cidadão e a teoria concretista denominada Constituição Aberta. Paulo Bonavides (2000, p.465-6) resume - e elogia - a teoria do doutrinador alemão:

Häberle levou a tópicos às últimas conseqüências, mediante uma série de ‘fundamentações’ e ‘legitimações’ que se aplicam excelentemente ao campo dos estudos constitucionais. Todas resultantes da democratização do processo interpretativo, que já não se cinge ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional mas se estende a todos os cidadãos.

(...)

A construção teórica de Häberle parece desdobrar-se através de três pontos principais: (...) o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, (...) o conceito de interpretação como um processo aberto e público e (...) a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída[...]

É com essa roupagem que Häberle (1997) democratiza o processo de interpretação constitucional, contribuindo para a superação da doutrina tradicional e para a conseqüente evolução dos métodos hermenêuticos. As palavras do próprio autor possibilitam uma melhor compreensão:

<sup>1</sup> Segundo Paulo Bonavides, Peter Häberle diferencia a interpretação constitucional em lata e estrita, sendo esta última a que se utiliza de métodos tradicionais. No presente trabalho, será abordada a interpretação haberliana em sentido lato.

[...]no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos.

(...)

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos (...) A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta (...) Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (1997, p. 13).

[...]até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois uma fixação da interpretação constitucional nos órgãos oficiais, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que senão reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma 'atividade' que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos a longo prazo(1997, p.24).

[...]Interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas (...) a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção (1997, p.30).

Muitos são os que criticam essa teoria por considerá-la arriscada. Isto porque seu êxito depende de uma sociedade sólida, com bases culturais e políticas fortes que ofereçam condições de prática democrática. Argumenta-se também que a interpretação constitucional perde qualidade, devido ao grande número de participantes, ou ainda que a independência do magistrado e sua vinculação à lei restam comprometidas.

É o próprio Häberle que defende sua teoria afirmando, primeiro, que a aplicação da norma constitucional resultará de uma conjugação de interpretações, pelo que se eliminam os riscos de muitas interpretações e de uma baixa qualidade da interpretação; segundo, que o juiz continuará independente e vinculado à lei, sendo obrigado apenas a considerar mais um aspecto em sua função: a realidade. E para os que afirmam ser a participação do povo um obstáculo à harmonização e à unidade da interpretação, Häberle (1997, p.51) responde: "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".

Feitas essas singelas considerações sobre a democratização interpretativa sugerida por Peter Häberle(1997), não se pode deixar de ressaltar a sua influência sobre outras teorias.

Com esse mesmo espírito, afirma o professor Eros Roberto Graus (2002, p.111) ser o direito instrumento de mudança social e sua interpretação um "processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos".

Percorrendo o mesmo caminho, Cristina Queiroz (2000, p. 351) nega que a Constituição seja o que o Tribunal Constitucional diga que ela é. Para a citada autora, faz-se necessária uma revisão da concepção jurídico-política da interpretação constitucional, o que: "só é possível no âmbito de uma interpretação construtiva que tenha em conta a globalidade do sistema jurídico, os interesses e valores fundamentais de todos aqueles que por esta possam resultar afectados".

### **3 Constituição Brasileira de 1988: constituição aberta?**

Como se depreende da teoria häberliana acima explanada, para que uma Constituição seja considerada aberta, mister contenha em seu bojo dispositivos preconizadores do pluralismo e da democracia participativa, e considere o povo como totalidade das pessoas da sociedade.

Diante disso, impende verificar se a Constituição Federal de 1988 possui referidas normas e, conseqüentemente, pode ser considerada aberta.

Com efeito, a Constituição de 1988 consagra várias espécies de pluralismo em seu texto, a saber:

- a) Preâmbulo - caracteriza a sociedade brasileira de pluralista;
- b) Art. 1º, V, - pluralismo político como fundamento da Federação brasileira;
- c) Art. 2º - é objetivo do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;
- d) Art. 5º: a Constituição prevê a inviolabilidade de consciência e de crença, bem como a livre manifestação de pensamento, artística, cultural, intelectual e de comunicação e a liberdade de reunião e associação;
- e) Art. 170 - livre iniciativa e livre concorrência (pluralismo econômico);
- f) Art. 206 - pluralismo de idéias e das instituições de ensino;

- g) Art. 215 - o pluralismo cultural;
- h) Art. 220 - pluralismo de informação.

Portanto, considerando que o pluralismo permeia toda Constituição Federal de 1988, e que *sociedade aberta* é uma sociedade plural, dinâmica e multicultural, consagradora do pluralismo e de seus desdobramentos, pode-se afirmar ser a sociedade brasileira uma sociedade plural, ou melhor, aberta.

Paralelamente, há na Carta Magna inúmeros dispositivos que atribuem responsabilidade ao povo e garantem sua efetiva participação, a saber:

a) Art 5º, XXXIV. - Assegura a Constituição o **direito de petição** aos poderes públicos **contra ilegalidade ou abuso de poder**, independentemente do pagamento de taxas:

b) Art 5º, LXX. - Por esse dispositivo, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, podem impetrar **mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados**;

c) Art 5º, LXXIII. - **qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular** que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

d) Art. 14. - O artigo em referência traz várias formas de exercício da soberania popular, a saber: **sufrágio universal, voto** direto e secreto, **plebiscito, referendo e iniciativa popular**.

e) Art. 31, § 3º - Dispõe sobre a possibilidade de **exame, apreciação e questionamento das contas municipais por qualquer pessoa**.

f) Art. 37, § 3º. - A lei disciplinará **formas de participação do usuário na administração pública** direta e indireta...

g) Art. 61, *capute* § 2º - Possibilita o art. 61 a **iniciativa das leis** complementares e ordinárias **por qualquer cidadão**, através da apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

h) Art 74, § 2. - **Qualquer cidadão**, partido político, associação ou sindicato é **parte legítima para**, na forma da lei, **denunciar irregularidades ou ilegalidades** perante o Tribunal de Contas da União.

i) Art. 144. - Dispõe sobre a **segurança pública**, trazendo-a como dever do Estado, direito e **responsabilidade de todos**.

j) Art. 198. - As **ações e serviços públicos**

**de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: III - **participação da comunidade**.

k) Art. 204. - As ações governamentais na área da **assistência social** serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: II - **participação da população**, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

l) Art. 205. - A **educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

m) Art. 225. - Impõe ao poder público e à **coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,

n) Art. 230. - **A família, a sociedade** e o Estado **têm o dever de amparar as pessoas idosas**, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Dessarte, tem-se reiteradamente na Constituição Brasileira a previsão da participação ativa do povo – este significando a totalidade dos brasileiros e estrangeiros que estão no Brasil - na vida pública, seja através de direitos à fiscalização ou à iniciativa de leis, seja por meio de deveres sociais, o que consagra a democracia participativa.

A Constituição de 1988, pois, ao prelecionar o pluralismo e a democracia participativa, permite ser caracterizada de Aberta, verificando-se a viabilidade da aplicação da teoria de Häberle na Ordem Jurídica nacional.

José Afonso da Silva (1999, p.124) concorda com essa visão, afirmando que a Constituição Brasileira

abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

Por fim, e com o escopo de reforçar esse entendimento, cita-se a manifestação dos já mencionados Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002, p.33)

[...]o Brasil e a Índia são os casos nos quais as potencialidades da democracia participativa mais claramente se manifestam.

(...)

Sendo assim, a Constituição foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos ao nível da sociedade, na institucionalidade emergente abrindo espaço para prática da democracia participativa.

## Conclusão

Com base na moderna teoria da democracia, Peter Häberle erigiu uma teoria democratizante da interpretação constitucional, considerando que o povo tem a importante função de intérprete constitucional. Para ele, os fatos reais são critérios determinantes no processo interpretativo, ou seja, a interpretação feita pelo povo deve ser considerada no momento da aplicação das normas constitucionais.

Assim, destacando a realidade social como fator essencial à atividade interpretativa, Häberle acrescentou o povo ao rol dos intérpretes constitucionais, elegendo como condição *sine qua non* a existência de uma Constituição Aberta, garantidora do pluralismo e da democracia participativa.

A teoria de Häberle estimulou a análise da Constituição Federal de 1988 na busca pelos elementos necessários à configuração de uma Constituição Aberta. Constatados inúmeros dispositivos preconizadores do pluralismo e da participação popular, não restam dúvidas de que a Constituição Brasileira de 1988 pode ser considerada Constituição Aberta, possibilitando, pois, a aplicação da teoria de Häberle no processo de interpretação das normas constitucionais pátrias.

Em outras, a interpretação constitucional realizada no Ordenamento Jurídico Brasileiro pode se utilizar do modelo häberliano e incluir o povo no rol dos intérpretes constitucionais, tornando-se mais legítima e consagrando-se como mais um veículo de expansão da democracia.

## Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. Brasília: Letraviva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa**. (Coord.) Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Riddeel, 2002.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Democratizar a democracia: os Caminhos da Democracia Participativa**. Col. Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira / Record, 2002. v.1.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.