

# Como se Lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação Constitucional

**Christine Oliveira Peter da Silva**

*Mestre em Direito e Estado pela UnB, Professora de Direito Constitucional do UniCeub, Professora de Metodologia da Pesquisa do IDP.*

SUMÁRIO: 1 Hermenêutica como nova abordagem metodológica para o direito do século XXI; 2 Premissas de uma terceira via: o positivismo na era dos princípios; 2.1 A importância do sujeito: um novo conceito de sujeito; 2.2 Sistema normativo aberto: teoria das regras e dos princípios; 2.3 Metodologia jurídica: a importância do “como fazer” enquanto critério de racionalidade do “feito” e do “por fazer”; 3 Hermenêutica concretista de Peter Häberle: uma proposta democraticamente adequada para o estado constitucional de direito do século XXI; 3.1 Método comparativo como “quinto” elemento de interpretação: proposta hermenêutico-concretizadora de Peter Häberle; 3.2 Peter Häberle e o concretismo constitucional: uma doutrina alentadora e desafiante; Referências bibliográficas.

“Se consegui enxergar mais longe é porque estava apoiado sobre ombros de gigantes.”

ISAAC NEWTON

## 1 HERMENÊUTICA COMO NOVA ABORDAGEM METODOLÓGICA PARA O DIREITO DO SÉCULO XXI

Num primeiro momento é importante esclarecer a diferença entre interpretação e hermenêutica, para que não se caia no equívoco de prescindir de uma precisão terminológica mais rigorosa, exatamente quando a proposta é buscar caminhos de controlabilidade do processo de elucidação de sentidos.

A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua fixar o sentido da norma e tornar possível a aplicação dos enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas. Já a hermenêutica jurídica apresenta-se como o ramo da ciência dedicado ao

estudo e à determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei, e não a sua aplicação ou a busca efetiva do seu significado para o caso concreto.<sup>1</sup>

O professor norte-americano RICHARD PALMER afirma que a hermenêutica é o estudo da compreensão, constituindo-se, essencialmente, da tarefa de compreender textos. A hermenêutica chega a sua dimensão mais autêntica quando deixa de ser um conjunto de artifícios e de técnicas de explicação de texto e tenta ver o problema hermenêutico dentro do horizonte de uma avaliação geral da própria interpretação.<sup>2</sup>

Assim, a hermenêutica tem como tarefa principal estabelecer parâmetros para a interpretação, fixando regras para a atividade interpretativo-concretizadora, a fim de que esta não seja realizada de acordo com a consciência de cada intérprete, permitindo o controle de tal atividade, de forma a cobrar do intérprete o respeito a alguns princípios interpretativos fundamentais (pressupostos da interpretação constitucional), bem como possibilitando o cumprimento das normas constitucionais e a sua atualização histórica.

Ora, é de todos sabido que o Direito, neste século XXI, pressiona o profissional jurídico para demandas cada vez mais interdisciplinares e de difícil compreensão em um paradigma de racionalidade lógico-sistêmica. Entretanto, o Direito ainda se coloca como uma “ciência desconfiada” em relação a mudanças, como se houvesse alguma chance de impedir o mal que elas, eventualmente, podem causar.

Não há dúvidas de que o momento é de caos. Este pode ter duas conseqüências para as ciências em geral e para o Direito em particular: a acomodação sem perspectivas, ou o desafio mediado por inúmeras possibilidades (muitas delas sutis ou recônditas). É bem verdade que ambas as vias são tortuosas, porque pressupõem a convivência no e com o caos; porém, no que tange ao tema especificamente escolhido,<sup>3</sup> somente após a colocação de algumas premissas é que se revela possível desenvolver algumas considerações.

A primeira premissa a ser destacada é a de que uma interpretação tipicamente constitucional é aquela especialmente voltada para a concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, assumindo que as normas consagradoras de direitos fundamentais trazem uma maior carga de

1 Diversos autores fazem tal distinção. Por todos, vide: Silva, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000, p. 45 e ss.

2 PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 23 e ss.

3 Vale registrar que a escolha pelo tema deste artigo é motivada pelo tema do painel de que participei no VII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, realizado em 21 e 22 de outubro de 2004, no Auditório Pedro Calmon, em Brasília/DF. O tema do painel proposto era: “Como se lê a Constituição: novas abordagens da interpretação constitucional”.

valoração, maiores dificuldades de racionalidade do processo e, principalmente, maior grau de liberdade do intérprete na conformação de seu sentido, não há como deixar de evidenciar que a sua interpretação-concretização se apresenta (plano do ser) ou deve apresentar-se (plano do dever-ser) a partir de uma metódica diferenciada em relação às demais normas jurídicas.<sup>4</sup>

A segunda premissa é a de que, num país latino americano, como o Brasil, deve-se investigar, refletir, praticar e experimentar práticas metodológicas de concretização dos direitos fundamentais adequadas à nossa realidade, sem ceder à tentação de importar teorias que pouco dizem a nós mesmos, ao nosso passado e ao nosso futuro. A contextualização histórico-cultural apresenta-se imprescindível para o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional constitucionalmente adequada à concretização dos direitos fundamentais.

A última premissa, que tem diversos desdobramentos, é a de que se vive a era do pós-positivismo, ou, como preferem alguns autores,<sup>5</sup> neoconstitucionalismo, que, na visão do professor LUÍS ROBERTO BARROSO, apresenta-se como conseqüência da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo. Por pós-positivismo pode-se entender “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana”.<sup>6</sup>

A proposta do presente trabalho é suscitar angústias e estimular a reflexão sobre as condições de possibilidade de uma empreitada metodológica, convidando a todos os profissionais da área, formados e em formação, a questionarem os seus papéis como sujeitos-intérpretes da Constituição brasileira de 1988, a qual foi feita e vive para o momento histórico presente, que clama por uma nova abordagem em termos de cultura constitucional.

- 
- 4 Aqui cabe esclarecer que a diferenciação, no plano hermenêutico, de regras de interpretação para os direitos fundamentais não constitui uma opção de valorização do objeto da investigação constitucional, pois a distinção proposta será levada a cabo em qualquer ramo do Direito no qual seja necessário trabalhar com conteúdos jusfundamentais para a resolução do problema jurídico. Ou seja, não é qualquer norma constitucional, nem qualquer caso de inconstitucionalidade que gerará demanda por uma hermenêutica especificamente destinada, mas sim toda e qualquer situação jurídica (seja em que área for) em que direitos fundamentais estejam sendo concretizados.
  - 5 O professor LENIO STRECK, com quem tive a honra de dividir o painel do VII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, realizado em 21 e 22 de outubro de 2004, no Auditório Pedro Calmon, em Brasília/DF, referido na nota anterior, afirmou preferir esta segunda expressão: neoconstitucionalismo.
  - 6 Cf. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 300.

De que adianta um seletto grupo de eminentes juristas ou ilustres “membros de Poder”<sup>7</sup> investigarem, teorizarem e concretizarem as normas constitucionais, especialmente aquelas consagradoras de direitos fundamentais, formulando uma metodologia hermenêutica sofisticada em termos de epistemologia jurídica, se os interlocutores (e aqui se está a referir principalmente aos interlocutores educados, profissionais ativos das mais diversas áreas do conhecimento) desse diálogo (que, atualmente, se realiza em um cansativo e infrutífero monólogo: o STF, com ele mesmo, e a doutrina, com ela mesma) não conseguem receber/entender a mensagem e perceber a importância de sua participação na segunda via comunicativa (a antítese da tese eventualmente produzida), sem a qual se torna impossível a conformação de uma hermenêutica adequada ao contexto histórico-cultural que se apresenta no século XXI, no qual necessariamente hão de ser concretizados os direitos fundamentais?

Este é o desafio. Vamos a ele.

## 2 PREMISSAS DE UMA TERCEIRA VIA: O POSITIVISMO NA ERA DOS PRINCÍPIOS

Feitas as considerações exortativas<sup>8</sup> estimuladoras para reflexões sobre a necessidade de uma nova abordagem metodológica do fenômeno jurídico, passa-se a esclarecer alguns pontos que se apresentam como premissas, imprescindíveis para a comunicação que se quer estabelecer nesta oportunidade.

O atual estágio de minhas pesquisas permite afirmar que há pelo menos três pontos que merecem ser destacados no contexto da proposta de

7 Entenda-se por “membros de Poder” todos os agentes políticos e seus interlocutores oficiais, como políticos do Executivo e Legislativo, bem como seus delegados e os juizes com seus assessores, que são obrigados pelas necessidades de suas rotinas de trabalho a estabelecerem os conteúdos concretos e reais das normas constitucionais.

8 Aqui já estou me valendo de minhas incursões interdisciplinares, querendo chamar a atenção do leitor para a importância da comunicação jurídica. Ao estudar comunicação, vamos encontrar as funções da linguagem, dentre elas, a persuasiva, que pode ser exortativa e autoritária. A exortativa é aquela que convida o receptor da mensagem a reagir ao estímulo da informação com base em dados pré-compartilhados. Ou seja, ao convidar o leitor a responder comigo as questões postas e a refletir sobre o seu papel no Estado Democrático de Direito – como interlocutor qualificado das instâncias decisórias de poder –, apelei para o sentimento de todos aqueles que realmente se encontram comprometidos com o desenvolvimento de uma doutrina hermenêutica séria e adequada para a concretização dos direitos fundamentais em nosso País. Com isso, afasto de meu texto aqueles leitores que não acreditam na premissa de que, para o desenvolvimento de uma nova perspectiva hermenêutica no mundo contemporâneo, se faz necessária a inclusão de um universo cada vez maior de interlocutores do poder, ou seja, pessoas que sejam conscientes de seu papel de cidadão constitucional. Sobre funções da linguagem jurídica, conferir: DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 17-37. Já no que se refere à consciência da cidadania constitucional, ler: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – sociedade aberta de intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

uma terceira via para a investigação jurídica no século XXI: o reconhecimento da importância do sujeito (perspectiva humanística, que se destaca na proposta de LUÍS ROBERTO BARROSO pela via da teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana), a abertura do sistema jurídico a normas com natureza mais abstrata e valorativa (que para o professor LUÍS ROBERTO BARROSO constitui a definição das relações entre valores, princípios e regras) e o resgate da metodologia jurídica como critério de verificação de racionalidade de nossas decisões enquanto ciência (destacando o que LUÍS ROBERTO BARROSO identifica como aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional).<sup>9</sup>

Preciosa a lição do professor LUÍS ROBERTO BARROSO sintetizando essa idéia:

“Gradativamente, diversas formulações antes dispersas ganham unidade e consistência, ao mesmo tempo em que se desenvolve o esforço teórico que procura transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos. O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade.”<sup>10</sup>

Ora, tais perspectivas impulsionam para uma análise mais aprofundada de tais premissas com a esperança de que elas norteiem as próximas da própria investigação, isso porque, sem caminhar, não há caminho, muito menos caminhada. Dessa forma, convido a todos: ao caminhar!

## 2.1 A importância do sujeito: um novo conceito de sujeito

Não se pode negar que, na história da filosofia e da ciência, a partir da segunda metade do século XX, o edifício paradigmático está sendo construído com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Diante dessa premissa, acredito que o sujeito seja o responsável pela virada paradigmática experimentada com maior delineamento neste início do século XXI.

9 Nesse sentido, conferir: BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 300

10 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 300-301.

O consenso dos pensadores, filósofos e cientistas acerca de uma mudança de paradigma, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, acabou por se tornar mais evidente com a revolução tecnológica da última década do século passado, demonstrando que há urgência em se investigar as condições de possibilidade desse novo modelo.

O desenvolvimento da temática dos direitos humanos/direitos fundamentais e a preocupação das instâncias e dos organismos internacionais com os sujeitos de nossa história mundial ainda não têm sensibilizado suficientemente (a ponto de provocar substanciais mudanças em termos de políticas internas e internacionais) as potências economicamente dominantes.

Disso tudo se pode concluir que não há mais como desprezar a participação do sujeito na construção da história, nem como condicionar a sua formação à (in)formação que lhe é prévia e consentidamente liberada. Como um pai de família não mais consegue ter controle total sobre as mensagens que os seus filhos receberão, vendo-se embaraçados em situações e questionamentos não previstos ou previsíveis no contexto da educação premeditada e planejada para aquele universo familiar, também os detentores do poder político deverão estar atentos e preparados para os questionamentos e para as cobranças de uma sociedade informada, tendo em vista que as análises e os prognósticos políticos serão cada vez mais frágeis e débeis.

O sujeito desse século XXI não pode ser o sujeito do século XIX, que buscava a sua liberdade perante os desmandos do absolutismo recém derrubado, nem o sujeito do início do século XX, que, assustado com a Revolução Industrial, lutava pela igualdade com a já conquistada boa condição de vida dos burgueses liberais. Trata-se de um sujeito do terceiro ideal da Revolução Francesa, o sujeito da solidariedade, o qual se despersonaliza, deixando a sua individualidade e abrindo mão de sua coletividade restritivista para buscar na dignidade humana o vetor de suas ponderações culturais mais pessoais, seja em que ambiente cultural tenha escolhido para viver, a vida toda ou partes dela.

Ora, o sujeito do século XXI é aquele que, apesar de ter consciência de sua posição de indivíduo, não se sustenta só nisso, pois somente como membro de uma coletividade e inserido no conceito difuso de cidadão é que ganha a força da sua liberdade e igualdade perante os demais, sempre em busca de sua dignidade como ser humano.<sup>11</sup>

---

11 É sintomática, e por vezes cansativa, a recorrência ao princípio da dignidade humana como baliza para as considerações acerca da metodologia para a solução de casos difíceis, principalmente quando envolvem questões em que se faz necessária a concretização dos direitos fundamentais. Por isso, é imprescindível um estudo mais profundo sobre este princípio, levando-se em consideração a sua aplicação nos diversos contextos culturais. Por honestidade acadêmica, precisa-se referenciar a obra do professor INGO SARLET sobre o tema: SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

## 2.2 Sistema normativo aberto: teoria das regras e dos princípios

A idéia de que as normas jurídicas podem admitir variações semânticas foi evitada duramente pelo positivismo jurídico, pois em busca de certezas, a partir do método lógico-formal, os positivistas jamais admitiriam diversas interpretações sobre um mesmo signo (texto normativo). Entretanto, nem mesmo os positivistas puderam negar a existência de normas de conteúdo mais aberto: o próprio KELSEN<sup>12</sup> admitia a norma jurídica como uma moldura dentro da qual o juiz-intérprete escolheria a melhor opção de conteúdo para a solução do caso concreto que lhe estava sendo apresentado para decisão.

É o próprio KELSEN quem afirma:

“Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.”<sup>13</sup>

A busca por uma racionalidade mais explícita e, conseqüentemente, por uma maior controlabilidade do processo de tomada de decisão já foi objeto de reflexões de vários autores, merecendo destaque entre eles RONALD DWORKIN,<sup>14</sup> o qual propôs o modelo da resposta correta, fundada na moral contextualizada historicamente, como alternativa à discricionariedade positivista.<sup>15</sup>

Nesse contexto, o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas remonta à própria abertura do ordenamento jurídico aos valores da sociedade para a qual se projeta, pois somente quando o ordenamento jurídico

12 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391.

13 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391.

14 DWORKIN anota ser esta a posição positivista de juristas como AUSTIN, HART e outros, os quais, não obstante tal posição, jamais se sentiriam satisfeitos de aceitar como ponto de vista tomar por norma o costume, apresentando-se, dessa forma, em contradição com a sua própria teoria, uma vez que, se os princípios não são jurídicos, aceitá-los como fundamento para qualquer decisão judicial, seria assumir o costume enquanto norma. Cf. nesse sentido as lições de DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989, p. 81-82.

15 Sobre o tema, conferir nosso: A interpretação constitucional e a doutrina de Ronald Dworkin. In: *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, n. 6, p. 167-180, dez. 2001.

se mostra sensível e aberto à recepção dos valores culturais da sociedade é que os princípios ganham a força normativa necessária para a sua vinculatividade.

Uma vez mais merece destaque a doutrina do professor RONALD DWORKIN, que, com proficiência peculiar, apresentou para o mundo a distinção entre normas-regras e normas-princípios, ganhando a simpatia dos mais diversos doutrinadores jurídicos.<sup>16</sup>

Não há como deixar de registrar que, mais importante do que as distinções feitas pela doutrina clássica de direito constitucional acerca das normas-regras e das normas-princípios, é a presença marcante das normas mais abertas e semanticamente mais complexas no contexto da interpretação jurídica, pois somente após a consagração dos princípios como normas jurídicas tão vinculantes quanto às regras (de conteúdo semântico mais preciso) é que se pôde desenvolver minimamente as condições necessárias para uma investigação hermenêutica mais acurada e específica para o Direito.

O professor LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que os princípios tiveram de conquistar a condição de norma jurídica, a partir da superação da doutrina de que constituíam tão-somente axiomas ou valores éticos sem qualquer eficácia para o mundo jurídico. Registra também que outra grande barreira transposta diz respeito à própria aplicabilidade dos princípios, pois a doutrina tradicional entendia que os princípios tinham apenas aplicabilidade mediata, jamais imediata, como acontecia com as regras.<sup>17</sup>

Assim, é possível concluir afirmando que, na nova dinâmica instaurada, apesar de se ter consciência de que a distinção entre regras e princípios não constitui a panacéia, em virtude das ocasiões em que as regras e os princípios desempenham papéis muito semelhantes, apresentando-se a sua distinção quase exclusivamente como uma questão de forma, não se pode negar a existência de situações nas quais uma disposição funcionará, logicamente, como uma regra e, substancialmente, como um princípio – é o caso, por exemplo, daquelas regras que contêm as expressões “razoável”, “injusto”, “significativo” etc.

16 “Apresenta-se como verdade incontestável o fato de que os princípios existem e influenciam o Direito. Os professores de Direito os ensinam, os textos jurídicos os citam, os historiadores do Direito os celebram. Entretanto, onde os princípios parecem funcionar com a sua força total, ganhando sua máxima relevância jurídica, é nos casos difíceis. Nos casos difíceis, os princípios desempenham um papel essencial para os argumentos que servem de fundamento às decisões a serem tomadas em relação a determinados direitos e obrigações jurídicas”. Nesse sentido, conferir nosso: *A interpretação constitucional e a doutrina de Ronald Dworkin*. In: *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, n. 6, p. 172, dez. 2001.

17 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 301.

Ora, conforme assinala RONALD DWORKIN, não obstante o Direito classifique algumas normas como verdadeiras regras, o seu comando semântico aberto e plurívoco faz com que cada um desses termos pressuponha que a aplicação da regra que o contém dependa, até certo ponto, de princípios ou diretrizes que transcendem a própria regra.<sup>18</sup> Para que isso não ocorra num ambiente decisionista, faz-se necessário investigar condições de possibilidade de métodos de controle do processo de tomada de decisão.

### 2.3 Metodologia jurídica: a importância do “como fazer” enquanto critério de racionalidade do “feito” e do “por fazer”

O terceiro ponto, dentre as muitas novidades da ainda mal-compreendida teoria positivista no contexto da pós-modernidade,<sup>19</sup> é o reconhecimento, já razoavelmente posto, da importância da metodologia como critério racionalizador das próprias razões da nossa ciência.

Muito apropriada a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO nesse sentido:

“Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se houver uma argumentação explicitamente apresentada. Essa evidência conduz ao problema da motivação das decisões que envolvam a técnica de ponderação, particularmente as decisões judiciais. Como é corrente toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica de ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave.”<sup>20</sup>

O primeiro grande entrave à proposta de criticar e discutir a concretização das normas constitucionais levada a cabo pelas instâncias de poder, as instituições democráticas,<sup>21</sup> é a inexistência, na tradição romano-germânica brasileira, de uma metodologia adequada para a análise e a dis-

18 Cf. nesse sentido as lições de DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989, p. 79. Cf. também: PETER, Christine Oliveira da S. A interpretação constitucional e a doutrina de Ronald Dworkin. In: *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, n. 6, p. 172, dez. 2001.

19 Aqui se está a referir ao pós-positivismo ou neoconstitucionalismo já definido e apresentado anteriormente.

20 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 314.

21 Aqui não se está a defender as instituições brasileiras a partir da afirmação categórica de que são democráticas na sua essência pragmática, ou seja, na procedimentalização e concretização de seus objetivos verificados no dia-a-dia de suas atividades, mas se está a preconizar que, nos termos da Constituição que instaura e reconhece o Estado Democrático de Direito (art. 1º), todas as instituições inseridas nesse Estado para exercício de poder (uno, indivisível e indelegável) devem estar sob a influência do dever-ser democrático. Se isso não acontece no plano da realidade, ao menos se apresenta como uma exigência expressa da norma constitucional.

cussão de casos envolvendo a interpretação das normas constitucionais. Isso talvez se deva ao fato de que, invariavelmente, os casos sejam mais complexos e complicados do que as formulações teóricas feitas pelos acadêmicos acerca de seu objeto.

A nossa tradição acadêmica sabe, com proficiência, travar embates teóricos, profundos e sofisticados, em termos epistemológicos e filosóficos. Porém, há grande dificuldade de se dissecar a vida real, o resultado da rotina jurídica das instituições e das organizações com a mesma acuidade. Em geral, os que se aventuram a essa tarefa se revelam despreparados em termos metodológicos e mais generalistas em termos filosóficos, o que descredencia as suas considerações à categoria de “meros palpiteiros”.

É óbvio que essa realidade clama por mudanças. A superação do paradigma positivista, já amplamente preconizada,<sup>22</sup> tem pelo menos uma conseqüência inafastável: a de que o discurso dogmático-científico cede lugar ao discurso dialético-retórico, o que importa dizer que o caso jurídico deixa de ter uma resposta única, correta e irrefutável, para aceitar uma tese aberta e uma antítese, numa dinâmica criativa que só terá ponto final no consenso dos interlocutores, criado no contexto de legitimidade.<sup>23</sup>

A percepção de que o processo hermenêutico está sob o crivo dos “caprichos da história” e pela inexorável força de seus acontecimentos, dá uma dimensão histórico-existencialista para a metodologia do nosso tempo, ou seja, informa que a hermenêutica e a interpretação constitucional somente se realizam a partir de casos concretos, em que se misturam texto normativo, realidade normatizada e sujeito constitucionalmente inserido no processo de compreensão e expressão do significado do texto.

A partir dessa consciência, não se travam mais os embates sobre as certezas jurídicas, nem sobre as verdades e falsidades de nossa ciência, mas sim sobre as condições de possibilidade de construções jurídicas adequadas e ponderadas, as quais têm como parâmetros as sociedades em que as normas constitucionais se projetam.

Sobre ponderação, vale a pena observar que não se trata de mera opção metodológica do intérprete escolher a sua implementação ou não no caso concreto. A ponderação apresenta-se como verdadeira exigência, cujas raízes encontram-se no fato de que a Constituição se revela como um instrumento dialético, a qual tutela valores e interesses potencialmente

22 Sobre a superação do paradigma positivista, *vide* por todos: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 17-19. Cf. também: BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização*: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 299-301.

23 Vale aqui lembrar que, na concepção positivista tradicional, não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 223-224.

conflitantes, os quais têm de ser harmonizados em face de qualquer colisão ou concorrência.<sup>24</sup>

Ainda não há um modelo pronto para se proceder à análise de casos em busca de um diálogo no processo de construção das normas constitucionais; porém, o professor CANOTILHO<sup>25</sup> oferece um caminho metodológico que acho importante reproduzir aqui, para que as palavras escritas não caiam no vazio do que elas mesmas se propõem a criticar: ausência de propostas.

Nesse contexto, toma lugar a investigação da teoria concretista proposta por PETER HÄBERLE, uma vez que se apresenta como mais um caminho, ou seja, mais uma possibilidade metodológica a ser trilhada quando se está diante dos já conhecidos “casos difíceis” de direito constitucional, especialmente ligados à temática da interpretação de princípios consagradores de direitos fundamentais. Essa é a linha da investigação daqui para frente.

### 3 HERMENÊUTICA CONCRETISTA DE PETER HÄBERLE: UMA PROPOSTA DEMOCRATICAMENTE ADEQUADA PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO DO SÉCULO XXI

É o professor PAULO BONAVIDES quem apresenta a proposta do professor HÄBERLE vinculada à concretização, afirmando que “um dos métodos de interpretação das Constituições que a tópica mais de perto influenciou nos dias atuais foi o método concretista da ‘Constituição aberta’, teorizado na Alemanha pelo professor PETER HÄBERLE, autor de importantes e inovadoras obras de direito constitucional”.<sup>26</sup>

Por honestidade acadêmica, apesar da opção expressa pela análise da problemática posta a partir das lições do professor HÄBERLE, não se pode deixar de mencionar a importante contribuição de autores como RUDOLF SMEND, THEODOR VIEHWEG, KONRAD HESSE e outros mais no direcionamento do debate inserido na reflexão hermenêutica da segunda metade do século XX, pois todos eles, de uma forma ou de outra, influenciaram a doutrina aqui exposta. PETER HÄBERLE freqüentemente, em suas obras, faz referência aos juristas de Weimar como os gigantes que, em seus ombros, o sustentaram para chegar aonde chegou.<sup>27</sup>

24 Tal observação também é compartilhada por BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 314.

25 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1046-1047.

26 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 465.

27 A genealogia acadêmica de HÄBERLE foi revelada pelo próprio autor em entrevista que concedeu a BALAGUER CALLEJÓN. Cf. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Un jurista europeo nacido en Alemania. In: *Anuario de Derecho Constitucional*, Universidad de Murcia, n. 9, p. 11, 1997.

A análise da hermenêutica constitucional, pelos rumos da doutrina do professor PETER HÄBERLE, conduz a considerações sobre o Estado e o poder, a partir da trilogia da Revolução Francesa, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade;<sup>28</sup> investiga a teoria da Constituição como ciência da cultura,<sup>29</sup> enfrenta a idéia pluralista de Constituição;<sup>30</sup> desenha os contornos de uma pedagogia constitucional<sup>31</sup> como metódica para a formação do cidadão da sociedade aberta de intérpretes da Constituição<sup>32</sup> e, por fim, se posiciona diante do método comparativo como condição de possibilidade da dinâmica hermenêutico-concretizadora das Constituições em geral e dos direitos fundamentais em particular,<sup>33</sup> no contexto de um novo constitucionalismo.

Não há como deixar de registrar que as lições do professor PETER HÄBERLE têm notória influência na construção do direito constitucional e da teoria da Constituição deste século XXI, de forma que a proposta aqui formulada, qual seja, a de analisar os novos rumos da hermenêutica constitucional a partir dos pressupostos teóricos do professor alemão, justifica-se sem maiores esforços.<sup>34</sup>

Infelizmente, não seria proveitoso tentar falar aqui sobre todas as perspectivas que se abrem na proposta metódica do professor HÄBERLE, de forma que será necessário eleger apenas um aspecto de sua teoria para trazer à reflexão. Pela especificidade do tema escolhido, optou-se pela investigação do método comparativo como quinto elemento dos métodos de interpretação da Constituição.

- 
- 28 Nesse sentido, cf. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.
- 29 Marco teórico desse tópico: HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.
- 30 As principais idéias dessa premissa são retiradas de HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución – estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.
- 31 Segundo HÄBERLE, a pedagogia constitucional é uma consequência da teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tratando-se de uma verdadeira concepção pedagógica de Constituição, a qual impõe a idéia de que a Constituição não é somente um guia para os juristas e os políticos, mas para todos os cidadãos. Cf. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 190-191.
- 32 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- 33 Sobre os problemas atuais da interpretação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, cf. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Trad. Jürgen Saligmann e César Landá. Peru: Fondo Editorial da Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 253-347.
- 34 Alguns professores de direito constitucional além fronteiras têm mesmo falado da linha de pensamento do professor HÄBERLE, sob a expressão “perfil renascentista de Häberle”, com a intenção de expressar com isso a enorme bagagem intelectual do professor alemão, que congrega em sua vasta bibliografia reflexões que envolvem filosofia, literatura, música, artes em geral e, mais de perto, o Direito. Cf. VALADÉS, Diego. Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI – estudio introductorio. In: *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. XXI e ss.

### 3.1 Método comparativo como “quinto” elemento de interpretação: proposta hermenêutico-concretizadora de Peter Häberle

Com LUÍS ROBERTO BARROSO, é importante registrar que a interpretação constitucional apresentada como novidade no contexto do pós-positivismo não se vincula a uma proposta completamente inovadora e original. Na verdade, trata-se do desenvolvimento de caminhos metódicos em busca de uma maior realização da vontade da Constituição, não querendo significar o desprezo aos métodos clássicos, mas, ao contrário, justificando a sua utilização sempre que isso se revela possível (o que não é comum nos casos difíceis).<sup>35</sup>

Em 1988, em um congresso em Madrid, HÄBERLE propôs o reconhecimento do método comparativo como quinto elemento de interpretação das normas jurídicas, acrescentando-o aos já clássicos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático propostos por SAVIGNY, a partir dos conceitos herdados dos grandes juristas romanos.<sup>36</sup>

Antes de apresentar o método comparativo, é preciso que se tenha plena noção de que a concepção häberliana de hermenêutica constitucional pluralista não apenas se orienta em busca de uma Constituição viva (*living constitution*), mas também de uma Constituição efetiva em que o texto normativo e a realidade normatizada alcancem plena sintonia, conduzindo a uma concepção de Constituição fundada na compreensão mútua, no sentido de instrumento de convivência cidadã, o que é especialmente relevante para enfrentar os problemas do Estado Constitucional de nosso tempo, extremamente complexo e naturalmente idiossincrático.<sup>37</sup>

Segundo HÄBERLE, numa teoria fundada no Estado Constitucional, revela-se irrefutavelmente importante a comparação constitucional como marco metodológico, tendo em vista que esta se apresenta como a via mediante a qual as diversas Constituições podem se comunicar entre si, possibilitando que se adquira para cada uma e todas elas uma maior eficácia, em

35 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 296.

36 SEGADO, Francisco Fernández. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. XLIII. (estudio preliminar)

37 Esta é uma observação pertinente do professor FRANCISCO SEGADO: Segado, Francisco Fernández. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo. In: Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. XLII-XLIII. (estudio preliminar)

virtude na conformação do tipo único de Estado Constitucional (Estado Constitucional cooperativo).<sup>38</sup>

A comparação jurídica deve ser praticada como comparação entre culturas. Segundo ensina o professor PETER HÄBERLE: “*Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado Constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en ‘quinto’ e indispensable método de la interpretación*”.<sup>39</sup>

O professor FRANCISCO SEGADO observa que HÄBERLE acredita poder o comparatismo constitucional produzir frutos imensuráveis tanto no plano da exegese, das modificações pela interpretação, quanto na própria realidade circundante da Constituição. Anota que, dessa forma, o direito comparado de cunho científico-cultural revela-se especialmente adequado na seara das políticas legislativa e constitucional, apresentando-se também como de grande utilidade no âmbito da simples exegese do direito constitucional vigente (direito positivo). Anota: “*las reflexiones científico-culturales procedentes del derecho constitucional comparado pueden servir, en parte, para aclarar y justificar las diferencias y, en parte también, para encontrar elementos comunes*”.<sup>40</sup>

No método comparativo que propõe, HÄBERLE tem apresentado os *standards* como critério de identificação de modelos comuns entre os diversos Estados nacionais, afirmando que cada vez mais tem surgido um conjunto maior de princípios constitucionais particulares comuns a diferentes Estados constitucionais da Europa. Anota FRANCISCO SEGADO, comentando as lições de HÄBERLE: “*Estos standards se encuentran en el substrato común de la cultura jurídica e integran ideas jurídicas paralelas, análogas o similares, y, en última instancia, abocan en determinadas concepciones de la justicia*”.<sup>41</sup>

O professor HÄBERLE acredita que o reconhecimento das Cartas de Direitos Humanos das comunidades pelos ordenamentos internos apresenta-se como um sinal da integração entre o Estado Constitucional e os direitos humanos, devendo ser ressaltado que a interpretação constitucional foi a grande responsável por isso. A partir dessa constatação, o professor

38 Apud SEGADO, Francisco Fernández. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. XLIII. (estudio preliminar)

39 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 162.

40 Apud SEGADO, Francisco Fernández. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. XLIII. (estudio preliminar)

41 SEGADO, Francisco Fernández. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. XLIV. (estudio preliminar)

HÄBERLE afirma ter o intérprete dos direitos fundamentais de levar em consideração sempre os textos universais e regionais sobre os direitos humanos, sendo a própria abertura dos conteúdos e das dimensões dos direitos fundamentais uma consequência da evolução do Estado Constitucional cooperativo.<sup>42</sup>

Assim, não se pode perder de vista que a consagração da comparação jurídica como quinto método de interpretação, no contexto do direito constitucional do Estado Constitucional, revela-se uma consequência da história da própria doutrina da interpretação jurídica. Se, no sistema elucubrado por SAVIGNY (fundador da Escola Histórica do Direito), era natural que tivesse lugar de destaque o método histórico de interpretação, da mesma forma se apresenta lógico que, no paradigma de uma teoria do Estado Constitucional cooperativo, o método comparativo se revele proeminente, considerando que constitui a via pela qual as diversas Constituições nacionais podem se comunicar entre si, a fim de conferir mais força à idéia de conformação de um tipo único de Estado Constitucional.<sup>43</sup>

Não se trata de nenhuma novidade a proposta da comparação de ordenamentos jurídicos para a conformação do Direito, porém a originalidade da proposta do professor HÄBERLE, a meu ver, é a localização da comparação constitucional como mais um elemento da tarefa investigativa do significado da norma constitucional, já antecedendo, na doutrina jurídica, a obrigatoriedade (que a história irá se incumbir de revelar) de se considerar os demais ordenamentos jurídicos na conformação de uma vontade além das fronteiras de nossa soberania como Estado Constitucional.

Por fim, é importante registrar que o método comparativo, proposto como caminho metodológico para a concretização das Constituições neste século XXI, não implica abrir mão das particularidades regionais em prol de uma ordem universal, mas sim exigir que se busque sempre, de maneira aberta e sensível, observar o tópico e o individual em contraponto com o paradigma do “outro”, confirmando-se a idéia de que se aproxima o tempo de uma maior relação entre as culturas, o que somente pode ter êxito a partir do método comparativo.<sup>44</sup>

### **3.2 Peter Häberle e o concretismo constitucional: uma doutrina alentadora e desafiante**

Aproximar-se da doutrina do professor PETER HÄBERLE é sempre instigante, seja no sentido de questionar o seu otimismo, seja na direção de

42 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 163.

43 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 164.

44 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 164-165.

aceitar os seus desafios. A proposta de uma construção constitucional comparativa como método de aceitar o outro como espelho de nossos próprios limites é algo que inspira reflexão.

O compromisso expresso do professor HÄBERLE com a perspectiva integracionista-valorativa de RUDOLF SMEND, ao lado de sua óbvia permeabilidade à doutrina concretizadora e, até certo ponto, positivista de KONRAD HESSE, traduz-se na originalidade de uma teoria realista de limites positivistas bem definidos.

Não há como negar que HÄBERLE propõe uma terceira via para o embate travado historicamente entre norma jurídica e norma moral, ao apresentar, com propriedade inigualável, premissas como irrenunciabilidade do passado, princípio da esperança e princípio da responsabilidade<sup>45</sup> enquanto condições mínimas de uma sociedade pluralista<sup>46</sup> e aberta, formada por cidadãos educados<sup>47</sup> e participativos,<sup>48</sup> os quais encontram no diálogo constitucional franqueado e plural o espaço privilegiado para definir seus padrões culturais regionais e universais.

Ora, a primeira condição para a implementação da teoria de PETER HÄBERLE em nossa realidade é a crença em sua potencialidade e o trabalho direcionado à criação de condições mínimas para a sua implementação entre nós. De nada adianta ficarmos de braços cruzados em busca de um caminho mais apropriado para a construção de nossa democracia se não estivermos dispostos a lutar por ele.

A terceira via imaginada por HÄBERLE é ousada e muito complexa, pois implica múltiplos fatores para o seu próprio estabelecimento. Entretanto, aqueles que se propõem a implementá-la encontram como maior desafio não o método comparativo em si, mas a falta de coragem de lançar para o centro da teoria democrático-pluralista a ponto de lutar pela realização da força normativa da Constituição, a partir de diálogos que, de tão plurais e tão complexos, no contexto do que se denomina Estado Constitucional Cooperativo, podem gerar a própria dissolução da idéia de Constituição e Esta-

45 Nesse sentido, conferir: HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998. Cf. também nosso: *Interpretação constitucional no século XXI: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência da doutrina de Peter Häberle*. No prelo, 2004.

46 Verificar: HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución – estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

47 Sobre a formação do cidadão educado, cf. pedagogia constitucional: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 190-191.

48 A sociedade aberta se concretiza pelo *status activus processualis*, teorizado em: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – sociedade aberta de intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

do, em prol de uma idéia universal de proteção da dignidade da pessoa humana, como compromisso de homens que, de tão humanos, reconheceram(ão) humanidade uns nos outros (compromisso com a solidariedade).

A empreitada é grandiosa. Os percalços do caminho serão tortuosos e desestimulantes, mas as condições mínimas para a sua implementação estão lançadas tanto no Brasil quanto no mundo, e agora é o momento de encontrarmos cidadãos que aceitem o desafio: experienciar a Constituição brasileira de forma irrestrita e sem qualquer jogo de preconceitos principalmente no que tange ao método, pois o método adequado é aquele que, tudo estando transparente e bem colocado no contexto histórico e cultural de nossas próprias existências como cidadãos culturalmente brasileiros, fará da argumentação constitucional algo cada vez mais próximo de nossa própria realidade.