

# A Interpretação do Direito em Sociedades Multiculturais e o Problema da Equalização Entre Direito Moral e Política

Marcio Renan Hamel\*

## Introdução

Há algum tempo, sustenta-se a necessidade de uma nova postura dos poderes instituídos do Estado Democrático de Direito no que diz respeito à interpretação do direito no interior de sociedades multiculturais, permeadas pela diversidade étnica, religiosa e de grupos sociais, ao mesmo tempo em que a tradição e os valores fundantes de outrora não ditam mais as regras da moralidade ou da própria religião. A interpretação do direito em sociedades atuais diz respeito, especificamente, à interpretação constitucional. Nesse contexto, em meio a um novo e contraditório aspecto da sociedade contemporânea, que agora não se constitui mais pela tradição ou convenção moral, mas pela diversidade cultural, étnica e religiosa, de grupos minoritários e de reivindicações sócio-jurídicas, cabe pesquisar a função e o alcance da interpretação constitucional realizada hoje pelo Poder Judiciário, muitas vezes ainda em moldes dogmáticos do ponto de vista da ciência do direito (hermenêutica tradicional).

---

\* Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense/RJ; Mestre em Direito, Cidadania e Desenvolvimento pela Unijuí/RS; Professor de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Hermenêutica e Argumentação Jurídica pela UPF/RS. E-mail: marcio@upf.br.

Ao mesmo tempo, o debate que flui no Brasil em torno da discussão sobre a jurisdição constitucional também tem encontrado defesas segmentadas acerca da teoria mais adequada a enfrentar tal problemática.

Dessa forma, o presente estudo diz respeito à efetividade das normas constitucionais, bem como seu controle e, como se dá a sua interpretação, principalmente no que diz respeito aos denominados direitos e garantias fundamentais do homem.

### 1. O debate técnico jurídico

Importante elucidação faz Sérgio Moro, logo no início da sua obra, quando sustenta que as Constituições contemporâneas não se limitam, como fizeram anteriormente as Constituições liberais, as quais preocupavam-se apenas em garantir posições jurídicas aos particulares, frente às agressões dos poderes públicos. Pois bem, as Constituições contemporâneas formulam programas aos poderes públicos, com vistas à suavizar alguns setores sociais, os quais muitas vezes ficam excluídos, e podendo até dizer, que ainda não foram atingidos pelo Estado de Bem-Estar Social. São as chamadas Constituições dirigentes.

Busca-se dessa maneira, a constitucionalização de direitos, mas, encontram ainda dificuldades, pois como ele mesmo argumenta, isto ocorre quando o homem através do direito busca a intervenção na vida em sociedade. Em que pese as dificuldades existirem, note-se que não há outra saída, de sorte que alguém deve buscar tal intervenção, o que do contrário, muitas pessoas ficariam excluídas e privadas de direitos que na grande maioria das vezes não conhecem, mas que a Carta Magna lhes assegura. Nisso, argumenta que os problemas da efetivação da Constituição existem e, cabe ao operador do direito resolvê-los, ao passo que não se pode ignorá-los.

Talvez a grande questão, é que para a efetivação dos direitos atribuídos pela constituição, necessário se faz que os poderes públicos estejam comprometidos com a efetivação e o desenvolvimento de tais direitos e normas e, não se satisfazendo com a chamada “eficácia mínima”. No momento em que a constituição impõe deveres aos poderes públicos, seja na formulação de programas, seja para imprimir ordem e conformação à realidade social e política, aqueles devem o fazer, vez que as normas constitucionais estão a eles dirigidas, cabendo-lhes imprimir a sua efetividade, ou seja, cumpri-las.

Pode-se afirmar, sem dúvida, que o chamado Estado Social ainda não conseguiu atingir o seu objetivo no Brasil, isto é, levar todos os direitos fundamentais às classes menos privilegiadas. No dizer de Streck, o Estado não está cumprindo o papel que lhe cabe, de forma que,

o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi especialmente no Brasil – pródigo com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que as apropriaram / aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo / loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1996, custou a estabilidade no emprego para milhões de brasileiros! Exemplo disto é que, enquanto os reais detentores / destinatários do dinheiro do FGTS não tem onde morar (ou se moram, moram em favelas ou bairros distantes), nossas classes médio-superiores obtiveram financiamentos (a juros subsidiados) do Banco Nacional da Habitação (sic) – depositário dos recolhimentos do FGTS – para construir casas e apartamentos na cidade e na praia... Isso para dizer o mínimo<sup>1</sup>!

Nesse ínterim, com tamanha elucidação acerca da real condição de vida para as classes baixas no Brasil, não há como se negar a defesa da efetivação das normas constitucionais a quem realmente precisa, bem como a criação de programas sociais, que não raro, a constituição atribui a tarefa a um dos poderes públicos. Todavia, como ressaltado anteriormente, sempre que se tenta intervir na vida da sociedade, acaba-se encontrando dificuldades, o que até certo ponto é compreensível, pois aqueles que estão “por cima”, não desejam ver a inversão da situação, que ora lhes é extremamente favorável.

É nesse momento, que os operadores do direito devem buscar a justiça, pois, de nada adianta o princípio da supremacia da constituição, se não houver o controle da constitucionalidade, no argumento de Sérgio Moro. A grande questão levantada em sua obra é de quem deve fazer o controle. E, atribui como resposta, que nos estados contemporâneos, deve-se fazer o controle via Poder Judiciário. Em torno dessa questão, levanta-se certa

---

1 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.22-23.

celeuma no decorrer da obra, momento em que cita autores como Alexander Hamilton e Ronald Dworkin, por exemplo.

Embora o tema pareça pacífico, em que realmente o controle deve ser realizado pelo Poder Judiciário, conveniente é expor a opinião dos autores anteriormente citados, para um melhor entendimento acerca do presente estudo. Alexander Hamilton defende que a função de controle constitucional deve ser exercida pelo Judiciário, trazendo a idéia de colocar freios ao poder; Dworkin sustenta que o Legislativo não poderia ser juiz de suas próprias limitações; Marshall diz que cabe ao Judiciário dizer o que é a lei, mas não admite o monopólio dos Tribunais em dizer “o que é o direito”; Ely diz que a função específica do Judiciário é promover o funcionamento adequado da democracia, assegurando a participação, e a mudança política, impedindo decisões ao direito de minorias que não logram participação adequada no processo político-democrático. Por fim, o autor novamente cita Hamilton, o qual argumenta que o Judiciário é “o menos perigoso” dos ramos do poder para exercer tal função<sup>2</sup>.

Como se tem conhecimento, as decisões dos órgãos Legislativos nem sempre correspondem às expectativas populares, exercendo até o papel de bloqueio dos anseios de longas camadas da população, conforme Moro. Eis o momento então da jurisprudência constitucional mostrar o seu valor, prevalecendo entre os anseios, acabando por romper o bloqueio imposto por uma elite política.

A respeito do controle de constitucionalidade das leis, Bonavides esclarece que “o ponto mais grave da questão reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade”<sup>3</sup>. Em verdade, esta é uma questão controvertida, mas os autores não negam que o controle efetivamente deve ser feito, apenas argumentam qual o poder legitimado para fazê-lo. Bonavides sustenta que as constituições são para o homem e não para o Estado, para a sociedade e na para o Poder. Há, sem dúvida, que se concordar com ele neste ponto, vez que aqueles que mais precisam da constituição, sequer sabem que a mesma existe.

Bonavides sustenta que o controle de constitucionalidade no Brasil é feito de duas maneiras: via de exceção e via de ação. A primeira é a mais

---

2 MORO, Sérgio Antônio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Lionad, 2001.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.268.

apta para promover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, quando existir lesão de direitos individuais, sempre estará aberta a via recursal ao ofendido. E a segunda, via importante, onde está legitimada a proposição de ação constitucional. Com isso, nota-se que o controle mais adequado é, sem dúvida, o controle exercido pelo Poder Judiciário.

No entender de Moro, os tribunais não podem pretender o monopólio da interpretação, pois em razão do argumento democrático, o legislador seria de uma certa maneira o interlocutor mais autorizado da própria sociedade para realmente dizer o que significa a Constituição. Todavia, a jurisprudência constitucional depende da demonstração de que a interpretação legislativa não é a mais correta, o que, de fato, acaba por legitimar a interpretação judicial. Pode-se dizer, que a interpretação constitucional, é baseada em princípios, sendo estes norteadores da aplicação normativa. Com isso, Moro faz clara distinção entre regras e princípios:

as regras regulam situações específicas e determinadas, enunciando os pressupostos necessários para sua aplicação. Já os princípios constituem ‘standards’ ou ‘diretrizes’, pontos de vista que precisam ser considerados por seus destinatários, mas que não estabelecem as condições necessárias para sua aplicação, destinando-se a uma série absolutamente indeterminada de situações<sup>4</sup>.

Com isso, o autor sustenta que a função do intérprete é otimizar os princípios, buscando a sua máxima realização. Também faz distinção entre princípios e programas e, citando Dworkin, diz que programas veiculariam objetivos comunitários a serem alcançados, sendo o princípio *standard*, decorrente de exigências éticas e de justiça. Em razão desse argumento, o autor sustenta que os juízes, bem como os legisladores, não podem permanecer alheios à constante tensão entre os direitos do indivíduo e interesses comunitários, devendo sempre que necessário, buscar o equilíbrio possível.

A hermenêutica neoconstitucional tem nos trabalhos de Ronald Dworkin a crítica norte-americana dos modelos interpretativos, ao mesmo tempo em que há certa aproximação à teoria de Herbert Hart, no que tange a uma proposta de teoria do direito. Defensor de uma postura denomina-

---

4 MORO, Sérgio Antônio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.38-39.

da de substancialista, Dworkin sugeriu uma teoria da moral prevalente a partir da tese da resposta correta. Propõe, dessa forma, uma idéia de integração do direito.

O fato de a Constituição passar a ser lida como um sistema aberto de princípios e regras, possibilitando uma transversalidade de valores jurídicos, indagações sobre justiça e respeito aos direitos fundamentais, tem especial contribuição na obra de Dworkin.

Conforme Cademartori e Duarte, Dworkin sustenta uma teoria da moralidade política, que é sua própria teoria da integridade, com base nos direitos individuais, fundamentada na idéia de um hipotético direito absoluto dos indivíduos de receberem tratamento equitativo. Ainda segundo os autores, uma das críticas que pesa sobre Dworkin se refere ao fato de que em sociedades multiculturais como as contemporâneas, a força da tradição dos seus valores fundantes resta enfraquecida, sendo que há, ao mesmo tempo, um aumento das disputas políticas, o que impede cada vez mais uma idéia de direito hegemônico<sup>5</sup>.

Ao trabalhar a ideia da decisão envolvendo os casos difíceis, Dworkin sustenta que o jurista deve trabalhar com padrões que devam ser observados, não porque promoverá uma situação econômica, política ou social considerável, mas sim porque é uma exigência de justiça ou outra dimensão pertencente à moralidade. O referido padrão é denominado por Dworkin de princípio, o qual, por sua vez, é diferente da regra<sup>6</sup>.

No que tange à distinção, Dworkin assevera que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, isto é, a regra contempla ou não contempla a situação do mundo da vida, enquanto que os princípios possuem a dimensão do peso ou importância, sendo que “quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”<sup>7</sup>.

A teoria da interpretação do direito em Dworkin tem a defesa de que a interpretação é criativa, sendo, pois, a interpretação construtiva “uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo

---

5 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009. p.119-121.

6 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.36-37.

7 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.42.

o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”<sup>8</sup>.

Além do entendimento da divisão normativa entre regras e princípios, Dworkin tem uma proposta de uma teoria moral política, amparada na defesa dos direitos individuais, com suposto direito absoluto das pessoas a serem tratadas com igual consideração e respeito. Na leitura de Cademartori e Duarte, para Dworkin, levar o direito a sério significa tomar um posicionamento específico no interior do instrumental teórico do direito que transite pelo campo moral e político<sup>9</sup>.

Conforme Moro<sup>10</sup>, interpretação e aplicação são atividades indissociáveis, sendo que a questão jurídica significa um ‘círculo hermenêutico’ entre o texto normativo e a realidade fática. Para o preenchimento do espaço deixado pela norma, pode-se valer o intérprete de argumentos históricos, políticos, filosóficos, e até mesmo da prática constitucional. E quando houver colisões entre as normas constitucionais? Pergunta o autor. Nesse caso, não havendo hierarquia jurídico-formal, defende que o intérprete deverá buscar a compatibilização dentro das possibilidades do caso concreto, onde diz que quando houver a referida colisão, deve-se resolver pela dimensão do ‘peso’, onde um dos princípios terá obrigatoriamente de ceder ao outro.

Nesse sentido, Moro esclarece que os resultados obtidos pela jurisprudência constitucional e a contribuição que esta oferece no desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais, são devidos à jurisdição constitucional. Porém, a intervenção judicial depende da fundamentação, que Peter Häberle chama de ‘reserva de consistência’:

colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador. O resultado de sua interpretação está submetido à reserva de consistência, 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<sup>11</sup>.

---

8 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2003, p.63-64.

9 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p.120.

10 MORO, Sérgio Antônio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

11 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:

Em verdade, a chamada ‘reserva de consistência’ nada mais é do que a justificação, a base de argumentação da jurisprudência constitucional para proceda a intervenção na atividade legislativa. Para tanto, é necessário que se identifique onde a constituição não está agindo, detectando assim o mau-funcionamento da democracia, sendo que apenas parte da população usufrui dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse ponto, o autor preconiza que existe um determinado preconceito em relação a grupos ou minorias, as quais sofrem preconceito ou hostilidade, necessitando dessa maneira proteção especial dos tribunais, ao passo que seus interesses e direitos estão amplamente assegurados pela Carta Magna. Porém, estes são sempre atingidos pela falta de serviços públicos, os quais poderiam de uma certa forma aliviar a sua pobreza.

Por assim resultar, cabe aos juízes o papel de contribuir para a efetivação da democracia, devendo por sua vez assegurar as condições básicas, citando como exemplo o serviço mínimo de saúde, de educação e de assistência social, para todos os excluídos, tornando-os incluídos no processo político democrático.

A efetividade de alguns direitos fundamentais, talvez seja a grande questão do presente estudo, bem como o seu público alvo. Acerca dessa efetividade, convém, novamente trazer os apontamentos de Streck:

Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social –, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. (...) Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção do Direito representado pelo Estado Democrático de Direito-desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito, entendendo-se como um modo de produção de direito (...) <sup>12</sup>.

É importante observar, no meio de tudo isto, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que nem sequer está é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição <sup>13</sup>.

---

contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p.42.

12 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.31-32.

13 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do



Ao analisar as afirmações que Lênio Streck tece em sua obra, a concordância é imediata, pois é de conhecimento geral a inefetividade das normas constitucionais para grande parte da população brasileira, principalmente aquela parcela que mais necessita dos serviços do governo. Por isso, Lênio insiste na idéia de que há uma disfunção, tanto do Direito, quanto das instituições encarregadas em aplicar a lei, em razão de a camada mais pobre não receber os serviços que tanto necessitam. A isso, ele atribui a crise da hermenêutica jurídica, que cabe aos operadores do direito como um todo, saná-la.

No entender de Moro, as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e, em razão do princípio da efetividade, é inaceitável interpretação que negue qualquer eficácia ao referido dispositivo constitucional. Nisso, cabe aos magistrados de primeiro grau, suprirem eventuais omissões legislativas, para a aplicação imediata das normas de direito fundamental.

De outro lado, para aqueles que têm medo da interpretação advinda do juiz de primeiro grau, excelente elucidação a respeito do assunto faz Peter Häberle, dizendo que a interpretação não é atividade única e exclusivamente estatal:

a análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal com o partido político que propõe um conflito entre órgãos, ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento<sup>14</sup>.

O que Häberle quer mostrar, é que a sociedade civil como um todo organizado também pode influenciar na efetivação das normas e garantias constitucionais, pois, em verdade, não se pode deixara ao alvedrio apenas do Judiciário o controle para ocorra a sua efetivação, pois como bem formula, o cidadão que interpõe recurso constitucional é intérprete da constituição.

---

direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.25.

14 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p.23-24.

Todavia, também há a obrigatoriedade dos tribunais em tornar efetivos os programas que sirvam às minorias. Nesse sentido, Moro argumenta que tanto as regras como os princípios e programas, são normas imediatamente aplicáveis, sendo os tribunais obrigados a conferi-lhes a máxima efetividade. E, em caso de ausência de lei, cabe aos juízes a realização da intermediação necessária, para tornar a norma imediatamente aplicável ao mundo dos fatos.

Em que pese a obrigatoriedade dos tribunais em dar guarida às normas constitucionais, convém salientar, que o problema da não-efetividade das disposições da constituição, torna-se preocupação de renomados juristas desse país. Bonavides demonstra a sua preocupação em relação a não aplicação das normas constitucionais, argumentando que

O problema da natureza e eficácia das normas constitucionais se prende intimamente à determinação do teor doutrinário das Constituições. Concebidas as constituições numa dimensão histórica, como cumpre, somente esta ilumina e revela a essência de seus instintos básicos, bem como a finalidade suprema que buscam<sup>15</sup>.

Note-se que no dizer de Bonavides, as Constituições representam a sua época, no que se concorda em gênero e grau, todavia, o que não pode acontecer é pensar que sempre se estará vivendo a época da sua promulgação, em que os excluídos não representavam um número tão grande quanto nos dias de hoje. O que ocorre modernamente, é que os excluídos são em número bem maior do que os incluídos e, cabe ao direito e a Constituição oferecer soluções a estas diferenças sociais existentes e tão abrangentes na sociedade atual.

Em relação à efetivação e desenvolvimento dos direitos fundamentais, será necessário haver um cuidado especial com a “reserva do possível”, pois é sabido que o Judiciário – no dizer de Moro –, não poderá tornar viável o inviável. É, também, de certa maneira, outro obstáculo à efetivação e desenvolvimento judicial dos direitos fundamentais. Em outras palavras, o Judiciário também deve saber o que é possível e o que não é possível fazer, isto é, as demandas que podem ser atendidas e as que não podem. Na verdade, isso também leva ao problema da reserva de consistência.

---

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P.200.

Com efeito, a programaticidade de algumas normas constitucionais, trouxe alguns malefícios, sendo que, em verdade, um deles é o “deixar que o poder público abrace alguma questão social”. Pode-se dizer que isto de uma certa maneira é um tanto difícil, às vezes não porque talvez faltaria vontade ao ente estatal, mas até mesmo em razão do orçamento. Nesse aspecto, Paulo Bonavides entende que

*a programaticidade* dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado Liberal e pelos juristas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais volveu à tela de debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda<sup>16</sup>.

É, sem dúvida, acertada a posição de Bonavides, ao passo que hoje, um dos grandes debates travados pelos juristas brasileiros, e porque não estrangeiros, também é a efetividade das normas constitucionais.

Em relação ao desenvolvimento e efetivação judicial das normas de direito fundamental, ainda há que se fazer a análise da classificação de tais direitos, para que o Judiciário possa efetivá-los. Assim, têm-se os chamados direitos de primeira geração, que dizem respeito nas liberdades e no direito de propriedade. Posteriormente, com o surgimento da questão social, emergem os denominados direitos sociais. E, surge ainda, uma terceira geração de direitos, que dizem respeito não ao indivíduo, mas a coletividade, que é o direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente. No dizer de Bonavides, ainda há a quarta geração de direitos:

são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência<sup>17</sup>.

Para a efetivação e desenvolvimento desses direitos, no que tange às prestações normativas, quando existir vazio legislativo, não será possível desenvolvê-las e efetivá-las, salvo quando houver espécie de atividade que substitua o caso concreto. E, com relação às prestações materiais, deve ser observado, no entender do autor, o limite da reserva do possível.

---

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.207.

17 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.525.

Toda esta celeuma deve ser pautada pela busca incessante de um princípio: o princípio da igualdade. Este é o fim principal de um sistema dito democrático, pois no dizer de Sérgio Moro, “sem um mínimo de igualdade inexistente democracia”<sup>18</sup>.

Mas, para que se possa atingir com sucesso este princípio, é necessário que não se furte a atividade de interpretação dos operadores do direito, pois são questões que também dependem de discussões filosóficas e concepções populares. Nesse sentido, foi explicitado anteriormente, que o cidadão também é um intérprete da constituição, pois no momento em que propõe uma ação constitucional, está interpretando um de seus dispositivos.

## 2. Jurisdição e legitimidade constitucional

A tese central de Häberle é a de que no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, assim como todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um conjunto fechado ou, diferentemente, fixado em *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, sendo necessário, pois, que os critérios de interpretação constitucional sejam tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade<sup>19</sup>.

Sobre esse aspecto, Peter Häberle, sustenta em sua obra que para a conformação e aplicação do direito processual constitucional resultam algumas conseqüências especiais, as quais merecem guarda:

para a conformação e a aplicação do direito processual resultam conseqüências especiais. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional. Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da

---

18 MORO, Sérgio Antônio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.113.

19 HÄBEERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p.13.

Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática<sup>20</sup>.

Como se nota, a doutrina do jurista alemão faz menção a uma maior participação na interpretação da constituição, sendo salientado, inclusive, a necessidade de novas formas de participação das potências públicas, tornando-se o direito processual constitucional parte do direito de participação democrática, o que de certa forma, traria avanços, tanto para a sociedade, quanto para os juristas.

Por outro lado, Moro argumenta que com base no princípio geral da igualdade, fortemente aliado às concepções existentes na comunidade, está autorizado o operador jurídico a responder questões como estas discutidas no presente estudo, definindo quem são os iguais e quem são os desiguais, atribuindo assim o tratamento igual ou desigual devido aos mesmos<sup>21</sup>.

Nisso, consiste que o princípio da igualdade é o norte orientador da política pública, ao passo que deve favorecer a toda a comunidade, não se esquecendo do papel da democracia. Isso se faz necessário salientar, em razão de que, sem dúvida, nas sociedades contemporâneas, o chamado Estado Social passou a atender mais os interesses de determinados grupos e categorias, esquecendo-se, por assim dizer, de grupos (minorias) carentes, as quais são desprovidas de forças políticas e jurídicas em meio à guerra social, ficando assim, excluídas do processo democrático.

A busca pela igualdade material social deve ser o ápice da democracia, entretanto, também, não se pode esquecer-se do princípio da isonomia, sendo que muitas vezes a Constituição acaba por desenvolver e efetivar norma que traga benefício a um determinado grupo social, que não aqueles necessitados. Nesse ínterim, no dizer de Moro, o que realmente é contrário à constituição é a não-contemplação legislativa de grupos que, em razão do princípio da isonomia, também são merecedores do benefício constitucional.

Novamente aqui, caberá sobremaneira ao Poder Judiciário o controle constitucional para que realmente se equilibrem os pratos da balança. Ao juiz será dada a obrigação de verificar se realmente houve a violação do

---

20 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p.46-47.

21 MORO, Sérgio Antônio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.116-117.

princípio da isonomia, baseando-se para tal tarefa no princípio da razoabilidade. Existe a defesa de que a reserva do possível não irá prevalecer nos seguintes casos: quando for direito a prestações materiais mínimas; quando o tratamento diferenciado se fizer em detrimento de grupo que mereça especial proteção em regime democrático, podendo o Judiciário usar postura mais incisiva; e, em se tratando de violação clara e insuportável do princípio da isonomia.

Ao que tudo indica, parece que para garantir realmente o desenvolvimento e a efetividade das normas constitucionais, não há como se negar a importante função da hermenêutica constitucional. Claro que, concorda-se com Moro, quando diz que é necessário cercear a atividade com garantias, para que o trabalho flua com inteligência e razoabilidade. A não atuação de ofício, a fundamentação da decisão judicial, a imparcialidade da autoridade judiciária, bem como a proibição da atividade político-partidária, são questões que devem ser levadas a risca para o bom funcionamento do Judiciário.

Pode-se afirmar, também, que é legítima a intervenção judicial na atividade legislativa, pois sempre que não forem coincidentes a interpretação legislativa e a interpretação judicial. Também é legítima a intervenção judicial no caso de mau funcionamento do sistema democrático.

Entretanto, para que isso realmente seja realizado, necessária será a interpretação correta acerca das normas e princípios constitucionais, devendo ser buscada a igualdade social, entre homens e seus diferentes grupos sociais, vez que este é o objetivo da democracia. Para tanto, concorda-se com Bonavides quando alude que,

a hermenêutica constitucional contemporânea, diante da nova metodologia concretista, poderia resumir-se, do ponto de vista daqueles que tomam parte na operação interpretativa, como uma passagem da sociedade fechada dos intérpretes da constituição a uma interpretação constitucional por via da sociedade aberta e a esta destinada<sup>22</sup>.

Com isso, destaca-se o relevante papel da hermenêutica constitucional, para que realmente sejam beneficiados aqueles grupos menos privilegiados na sociedade, pois é a estes que o Direito deve proteger e igualar aos mais favorecidos. Eis a função social da hermenêutica:

---

22 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.468.

consoante já observei, a doutrina exerce uma função de vanguarda, pois, (...), além de ela dizer o que as normas jurídicas efetivamente significam ou passam a significar ao longo de sua aplicação no tempo, cabe-lhe enunciar os princípios gerais que presidem a vigência e eficácia das normas jurídicas, bem como conceber os modelos hermenêuticos destinados a preencher as lacunas do sistema normativo (...)»<sup>23</sup>.

Este é um importante papel da hermenêutica nas sociedades contemporâneas, principalmente em casos especiais como aqueles aqui apresentados, e tão necessários à camada social médio-baixa, imprimindo assim, por meio do Poder Judiciário, o real desenvolvimento e eficácia das normas constitucionais. Por derradeiro, importante frisar, quão necessário e esperançoso é o trabalho dos operadores do direito, na busca de uma sociedade mais justa e fraterna.

No entanto, a fim de se buscar a legitimidade da interpretação e da jurisdição constitucional, cabe, em algumas situações, a institucionalização de procedimentos políticos, por meio dos quais os cidadãos possam perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições de vida justas. Para Habermas, somente as condições processuais da gênese democrática das leis podem assegurar a legitimidade do direito. De fato, tal compreensão se configura em uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional. Nesta perspectiva, Habermas entende que o tribunal tem que tomar precauções para manter intactos os canais para o processo inclusivo de formação e opinião da vontade, ante uma comunidade jurídica democrática auto-organizada. Aqui, os direitos de comunhão e de participação constitutivos para a formação democrática da vontade adquirem lugar de destaque<sup>24</sup>. Para o filósofo alemão,

o modelo deliberativo da prática de legislação não deve cuidar apenas da validade ética das leis. Ao invés disso, a complexa pretensão de validade de normas jurídicas pode ser entendida como a pretensão de levar em conta, em primeiro lugar, os interesses parciais afirmados estrategicamente, de modo

---

23 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p.107.

24 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.326-327.

que estes se cominem com o bem comum; em segundo lugar, de recuperar princípios universalistas de justiça no horizonte de uma forma de vida cunhada por constelações particulares de valores<sup>25</sup>.

Com os apontamentos feitos pela teoria do discurso há um novo e desafiador espaço para pensar a interpretação e a jurisdição constitucional, qual seja o espaço popular das massas, sendo que ao lado do avanço da hermenêutica constitucional se está diante de uma revolução do Estado Democrático de Direito.

A teoria do discurso, conforme Habermas<sup>26</sup> descobre o caráter derivativo de defesa conferido ao Estado, quando tão-somente a constituição de um poder estatal pode fazer com que o direito a iguais liberdades subjetivas se transmita também à relação que os parceiros do direito, inicialmente socializados de modo horizontal, mantêm com o executivo do Estado. Habermas tece críticas aos posicionamentos teóricos da teoria da argumentação de Alexy, sustentando que aqueles que pretendem diluir a Constituição numa ordem de valores desconhecem seu caráter jurídico específico, pois, enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, bem como as regras morais, são formados segundo o modelo normativo de ação obrigatório e não ante o modelo de bens atraentes. Da mesma forma, os direitos fundamentais não podem cair sob uma análise dos custos e vantagens, devendo ser levado a sério o seu sentido deontológico:

a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública

---

25 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.351.

26 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.311-318.



dos cidadãos. [...] Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição<sup>27</sup>.

Quanto ao próprio discurso racional, Habermas reconhece que as exigências de verdade não se deixam solucionar definitivamente, todavia, será tão-somente por meio de argumentos que nos deixamos convencer da verdade das afirmações problemáticas, de forma que:

A aceitabilidade racional depende de um procedimento que não protege “nossos” argumentos contra ninguém nem contra nada. O processo de argumentação como tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas<sup>28</sup>.

Em relação à teoria de Dworkin, Habermas entende que o filósofo norte-americano ao buscar uma solução à legitimidade do direito entrega o problema a uma teoria pretensiosa que permite, em casos difíceis, fundamentar as decisões singulares ante o contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído<sup>29</sup>. Para Habermas, Dworkin estaria preocupado com uma teoria do direito e não com uma teoria da justiça, entretanto, “é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige do participante a assunção da perspectiva de todos os outros”<sup>30</sup>.

Habermas interpreta que o próprio Dworkin reconhece o núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, ao vislumbrar o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às liberdades comunicativas.

---

27 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.326.

28 HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p.59.

29 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.261-262.

30 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.277.

No entender de Marcelo Cattoni<sup>31</sup>, o constitucionalismo democrático precisa de uma proposta de jurisdição constitucional compromissada com a democracia, capaz de garantir as condições processuais para o exercício da cidadania. Dessa forma, a teoria do discurso assume uma função importante no atual estágio do Estado Democrático de Direito, podendo estabelecer, de fato, a emancipação social, atribuindo ao Direito (via Judiciário) um novo e profícuo papel: o de garantir os meios procedimentais de participação democrática na gênese democrata das leis, garantindo a legitimidade do direito moderno.

A nova função do Poder Judiciário aloca o modelo deliberativo da prática de legislação não só frente ao aspecto ético das leis, mas também diante dos interesses parciais afirmados estrategicamente, ao mesmo tempo em que recupera princípios universalistas de justiça no horizonte de uma forma de vida cunhada por constelações particulares de valores, nas próprias palavras de Habermas<sup>32</sup>. No momento em que a jurisdição consegue levar em conta os aspectos da aplicação, permite que emirjam diferentes tipos de argumentos existentes no processo de normatização, o que confere uma base racional à legitimidade do Direito.

### Conclusão: para um novo caminho hermenêutico

A partir das reflexões abordadas, pode-se sugerir que as sociedades contemporâneas permeadas pela diferença cultural de raça, de etnias, de religiões e de várias formas de vida particulares, cada vez mais deverão se apegar a um Estado de Direito capaz de suportar e acomodar os interesses contrapostos, bem como direitos constitucionalmente assegurados.

Precisa-se, sem dúvida, caminhar para uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, em sociedades tão marcadas pelas diferenças e minorias excluídas, no que as propostas de Peter Häberle e Jürgen Habermas podem ser significativas e decisivas para a legitimidade do direito e o respeito ao outro e, em cada pessoa em particular.

---

31 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> Acesso em 10.12.2005. p.09.

32 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.351.

A partir do texto de Habermas sobre o direito e a democracia se tem a potencialidade participativa por meio da deliberação pública, onde os tribunais podem garantir o espaço à participação, enquanto em Häberle se tem a defesa de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, com ampliação do círculo de intérpretes como consequência da necessidade de integração da realidade do processo interpretativo. Outros elementos são comuns nos autores, tais como a idéia de que o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico, bem como de que o processo político é um processo de comunicação que envolve todos.

### Referências bibliográficas

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social*. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> Acesso em 10.12.2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destrancendentalizada*. Tradução de Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Recebido em março de 2014

Aprovado em julho de 2014