

A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR SEUS DESTINATÁRIOS ESPECÍFICOS

Daniel Nicory do Prado*

RESUMO

O presente trabalho trata da interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos, tendo como marco teórico as teses de Peter Häberle, apresentadas na obra “**Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**” que, a partir da constatação inicial de que todo aquele cuja vida é regida por uma Constituição é seu legítimo intérprete, conclui que as pressões e expectativas sociais acerca da atividade jurisdicional, manifestadas na esfera pública de discussão, não são somente ameaças à independência dos magistrados, e sim parte importante da legitimação de suas decisões, impedindo o livre arbítrio judicial. Häberle foi fortemente influenciado pela pensamento de Karl Popper, epistemólogo austríaco, autor de **A sociedade aberta e seus inimigos**. Popper formula uma tese sobre o conhecimento humano batizada de falibilismo, dando continuidade a uma tradição ocidental iniciada por um filósofo grego pré-socrático, que, transposta para a teoria política, é uma teoria da democracia: as regras de conduta vigentes são modelos imperfeitos de regulação da convivência social, podendo ser continuamente aperfeiçoadas pela contribuição de todos os indivíduos da sociedade, submetidos àquelas normas, pela sua discussão racional no espaço público. Conclui-se que os destinatários específicos dos direitos fundamentais não são apenas os seus titulares, mas os indivíduos ou grupos concretamente desfavorecidos por seu exercício, devendo a fixação do conteúdo dos mesmos advir de uma síntese de todas as visões em jogo.

PALAVRAS CHAVES: HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL; “SOCIEDADE ABERTA”; DIREITOS FUNDAMENTAIS; DESTINATÁRIOS ESPECÍFICOS; ESFERA PÚBLICA PLURALISTA;

* Defensor Público do Estado da Bahia, Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, membro suplente do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia.

ABSTRACT

This work intended to analyze the interpretation given for the fundamental rights by their own holders, oriented by Peter Häberle's thoughts described on his book “**Constitutional Hermeneutics: the open society of constitutional interpreters**”, according to which, as every individual whose life is ruled by a Constitution is legitimate to interpret it, is important to consider that social expectations and pressures manifested via public opinion aren't merely threats to the judges' independence, but also work as part of their legitimation to decide, avoiding potential abuses. Häberle was deeply influenced by Karl Popper, an austrian epistemologist, author of **The Open Society and its Enemies**, who formulated a theory concerning the human knowledge named “fallibilism”, based on an ancient western tradition begun by a greek presocratic philosopher, that, transposed to political studies, can be seen as a theory of democracy: current laws are flawed models for social behaviour regulation, that always can be improved by any individual contribution, as long as they are discussed on the open society, by all legitimate means. Concluding, not only the concrete holders of fundamental rights are legitimate to determine or to question their precise meaning, but also those individuals or groups who were directly affected by their exercise.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS; “OPEN SOCIETY”; FUNDAMENTAL RIGHTS; PUBLIC OPINION;

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos, considerando as questões levantadas por Peter Häberle em “**Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**”.

Foram levados em consideração a legitimidade de tal interpretação, o papel das pessoas e dos grupos contra os quais os direitos fundamentais são exercidos, a vinculação do legislador e do juiz aos conteúdos fixados pela sociedade civil no debate democrático, e as possíveis conseqüências da disparidade de forças entre os atores envolvidos nessa discussão.

1 – A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

1.1. As sucintas teses de Peter Häberle

A análise aqui desenvolvida teve como ponto de partida as reflexões de Peter Häberle, na obra “**Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**”¹, para quem o estudo a respeito dos participantes da interpretação constitucional foi negligenciado pela Ciência Jurídica, cuja atenção se voltou principalmente às tarefas, aos objetivos e aos métodos da interpretação². Pode-se concluir, a partir de seu raciocínio, que as exigências de democratização dos Estados, que culminaram no estabelecimento do sufrágio universal e de eleições diretas e periódicas para o parlamento em quase todas as nações do ocidente, não foram acompanhadas pela democratização da hermenêutica constitucional.

Por isso, a partir da proposição fundamental de que todo aquele cuja vida é regida por uma Constituição é seu legítimo intérprete³, Häberle formula diversas teses destinadas à construção de uma teoria democrática da interpretação constitucional. Apesar do impacto inicial que sua proposta causa, quando comparada à teoria jurídica tradicional, Häberle é até cauteloso com suas formulações, ao deixar claro que a “palavra final” em termos de interpretação continua a ser da Corte Constitucional, e que os indivíduos, os grupos de interesses e a “opinião pública democrática” cumprem primordialmente o papel de “pré-intérpretes”, “intérpretes indiretos ou a longo prazo”⁴.

O objetivo do autor não é propriamente subverter o entendimento corrente acerca da interpretação constitucional, mas apenas indicar que uma Ciência Jurídica que pretenda levar em conta a realidade constitucional não pode se reduzir à análise do trabalho dos “intérpretes ‘corporativos’ da Constituição”.

A obra funciona como um pertinente alerta para a “casta” dos juristas, que se crê detentora do monopólio do conhecimento válido a respeito dos textos normativos,

¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. 1. reim. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

² Ibidem. p. 11.

³ Ibidem. p. 15.

⁴ Ibidem, p. 24.

mantendo um discurso tipicamente totalitário, que desqualifica a opinião do “leigo” e poda sensivelmente as possibilidades do debate democrático, muitas vezes reduzido aos momentos institucionalizados de manifestação da vontade por meio da eleição dos representantes.

As teses que mais interessam ao presente trabalho, a respeito de uma interpretação aberta e pluralista da Constituição, são as seguintes: primeiro, a que indica a relevância da interpretação das normas de direitos fundamentais por seus destinatários específicos, como, no exemplo de Häberle, “a própria concepção do artista para a interpretação aberta da garantia da liberdade artística”⁵; segundo, a constatação de que as pressões externas e as expectativas sociais em torno da decisão do juiz não constituem simplesmente uma ameaça à sua independência, pelo contrário, são parte de sua legitimação, e essa independência, que já foi uma garantia de suma importância contra o poder do soberano, passa a ser, numa sociedade autenticamente democrática e pluralista, apenas tolerável, e somente porque outras forças da esfera pública contribuem para a construção da norma geral⁶.

1.2. A inspiração na epistemologia falibilista de Karl Popper

A obra de Peter Häberle está intimamente relacionada com o pensamento de Karl Popper, começar pelo título (“a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”), que evoca o conceito de “sociedade aberta” popularizado pelo epistemólogo austríaco⁷.

Desta forma, não é possível compreender a extensão da proposta de Häberle sem uma razoável familiarização com a epistemologia e a filosofia política popperianas. O autor austríaco fundamenta todo o seu pensamento na constatação inicial de que o ser humano é essencialmente falível. Em linhas gerais, isso leva a uma teoria da ciência batizada de “falibilismo”, segundo a qual o conhecimento não deixa nunca de ser hipotético, não passando de um conjunto de explicações imperfeitas sobre a realidade, que devem ser submetidas a testes contínuos e cada vez mais rigorosos, que levarão, cedo ou tarde, à sua superação. Tal forma de entender o conhecimento humano remonta

⁵ Ibidem, p. 16.

⁶ Ibidem, p. 31-32.

⁷ POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. 2v.

a uma antiga tradição, inaugurada pelo filósofo grego pré-socrático Xenófanes⁸.

Levando em conta as pretensões de “objetividade” e “veracidade” presentes em qualquer discurso científico, Popper filia-se à tradição filosófica ocidental que entende a verdade como “correspondência entre os fatos e as afirmações que sobre eles são feitas”, porém propondo uma interessante correção de rumo: para que a “verdade-correspondência” faça algum sentido, é preciso que se pressuponha a existência de uma realidade objetiva, comum a todos os seres humanos, para além das inúmeras percepções individuais. No entanto, como o ser humano é essencialmente falível, não é possível alcançar a perfeita correspondência entre os fatos e as afirmações que sobre eles fazemos, e, ainda que seja dada a alguém a sorte da perfeita correspondência, ninguém terá como sabê-lo. Por isso, todo o conhecimento humano não passa de um conjunto de explicações imperfeitas, formuladas acerca de uma realidade impossível de abarcar em toda a sua complexidade e, como tal, sempre sujeitas a reformulação, pela crítica e pelo teste daquelas afirmações (teorias)⁹.

Karl Popper afirma que, grosso modo, existem três espécies de filósofos: os “verificacionistas”, que acreditam na razão humana como instrumento de alcance da verdade; os céticos, que são “verificacionistas” desiludidos pelo fato de a verdade ser inalcançável; e os “falsificacionistas”, que, apesar de saberem-na inalcançável em sua plenitude, acreditam ser possível aprender com os próprios erros. Presumivelmente, Popper filia-se à terceira corrente.

Por isso, o método científico, em sua concepção, consiste na formulação de hipóteses acerca de problemas do conhecimento, e principalmente na submissão dessas hipóteses aos mais rigorosos testes que o pesquisador possa conceber, tanto pela comparação entre explicações rivais para um mesmo fenômeno, como pelo teste de sua correspondência com a realidade. A concepção popperiana de ciência exige que uma teoria, para poder ser qualificada de científica, possa ser desmentida por certos acontecimentos. O processo de testagem das hipóteses consiste na busca desses acontecimentos que, ao se verificarem, terão o poder de desmenti-la. Se uma hipótese resistir aos testes propostos pelo pesquisador, ela poderá ser aceita, sempre

⁸ Idem. Science: Conjectures and Refutations. In: _____. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 43-86.

⁹ Idem. Truth, Rationality and the Growth of Scientific Knowledge. In: _____. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 291-338.

provisoriamente, pela comunidade científica, como “verdadeira”. Em suma, o que demonstra o caráter científico de uma hipótese (de uma teoria) é a sua refutabilidade.¹⁰

1.3. O ideal da “sociedade aberta” em Karl Popper

Transposto para a teoria política, o falibilismo de Popper é uma teoria da democracia: sendo inalcançável a verdade, todos os indivíduos de uma sociedade estão habilitados a propor modificações nas regras de conduta dessa mesma sociedade, e é apenas no espaço público do debate e da crítica recíproca que se conseguirá uma aproximação gradual do ideal democrático, com a superação ou a preservação das regras de conduta postas em questão. Esse é o ideal da “sociedade aberta”.

Para esclarecer o conceito de “sociedade aberta”, Popper o contrapõe às sociedades tribais, em que as regras de conduta social são tabus, emanam de uma fonte sobrenatural, ou da “ordem natural das coisas”, não podendo, num ou noutro caso, ser discutidas ou modificadas racionalmente. Disso não deflui que haja um imobilismo completo das sociedades fechadas, mas apenas que a alteração das regras de conduta é mais custosa, mais imprevisível, e assume o tom de uma verdadeira “conversão religiosa”, com a substituição de um tabu por outro. Oposta à feição totalitária e opressivamente orgânica das sociedades fechadas, a sociedade aberta é fragmentada, abstrata, baseada na razão, na individualidade e na competição¹¹.

1.4. Hermenêutica constitucional, conhecimento e democracia

Desta forma, a grande contribuição de Peter Häberle consiste na demonstração de que uma sociedade não será verdadeiramente democrática enquanto o modelo de interpretação constitucional continuar sendo o de uma “sociedade fechada”, monopolizada pela “casta dos juristas”.

Por conseqüência, pouco ou nada adiantará a discussão e a produção de um texto normativo por meio do processo legislativo formal, com a participação, pelo menos potencial, de todos os atingidos, se o momento crucial da interpretação/aplicação desse texto às realidades concretas não levar em consideração o entendimento e as

¹⁰ Idem. On the Status of Science and of Metaphysics. In: _____. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 249-271.

¹¹ Idem. **A sociedade aberta e seus inimigos**: o fascínio de Platão. Tradução de Milton Amado. v.1. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 187-191

expectativas dos grupos sociais diretamente interessados em sua incidência.

Peter Häberle deixa claro o seu espanto, ao longo do trabalho, com o fato de uma questão tão premente ter passado despercebida para a teoria constitucional tradicional. No entanto, essa omissão não surpreende a ninguém que entenda a Ciência Jurídica como um produto típico do paradigma da modernidade, durante a vigência do qual se atribuiu à ciência o *status* de única forma válida de conhecimento, e se entendeu o senso comum como um erro, como uma deficiência de compreensão, ou como uma mistificação simplificadora da realidade.

O mais curioso é que o discurso do jurista profissional sequer consegue ter sustentação científica; ao contrário, de acordo com a análise de Luiz Alberto Warat, embora o “jurista de ofício” desqualifique, como “mero senso comum”, a opinião do leigo, está ele próprio influenciado por um conjunto de hábitos e convenções inconscientemente aceitas que ocultam a origem política das definições normativas, sem consistência epistemológica, constituindo, nas palavras do autor, um “senso comum teórico”¹².

O que diferencia o “senso comum teórico dos juristas” do senso comum do “leigo”, cuja reabilitação Peter Häberle defende, como condição indispensável para uma autêntica democratização da sociedade, é a estreita vinculação do primeiro às relações de poder vigentes, seja na estrutura do Estado, seja no verdadeiro oligopólio da linguagem jurídica, perpetuado nas faculdades de direito e na prática judiciária cotidiana.

Partindo dessas premissas (e mais, da premissa de que o único direito válido é a norma emanada do Estado), é natural que a teoria constitucional tenha desprezado completamente qualquer contribuição para a fixação do conteúdo do texto

¹² WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito:** Interpretação da lei, temas para uma reformulação. v.1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 15-16: “Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder. Em sentido mais restrito podemos falar também de senso comum teórico dos juristas para pôr em relevo o fato de que no Direito não se contam os limites precisos entre o saber comum e a ciência. Apesar dos esforços dos últimos anos para aproximar o conhecimento do Direito a uma lógica formal das ciências, a epistemologia jurídica é inexistente fora de círculos reduzidos e de escassa penetração dentro dos círculos profissionais clássicos. Assim resulta muito difícil aceitar para as práticas científicas do Direito a tradicional diferença entre 'doxa' e 'episteme'.”

constitucional que não viesse do rol dos intérpretes legitimados, pelo próprio Estado, a exercer esse papel¹³. Dito isso, sem o declarar em nenhum momento, Häberle parece compartilhar de uma concepção pós-moderna de ciência e de direito¹⁴.

2 – A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR SEUS DESTINATÁRIOS ESPECÍFICOS

2.1. Os destinatários das normas de direitos fundamentais

Se “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”¹⁵, é uma decorrência lógica, para a fixação do conteúdo das normas de direitos fundamentais, a relevância da compreensão dos seus destinatários específicos.

Quem são, afinal, os destinatários das normas de direitos fundamentais? Em princípio, todos os indivíduos e, destacadamente, o próprio Estado, considerando que, em regra, as normas que reconhecem direitos fundamentais aos cidadãos impõem-lhe, em contrapartida, deveres, ora de abstenção (sobretudo para permitir o exercício dos direitos de primeira geração, das “liberdades públicas”), ora de intervenção (sobretudo para viabilizar o exercício dos direitos de segunda geração, “sociais, econômicos e culturais”, que costumam demandar serviços e políticas públicas).

No entanto, não é demasiado recordar que, para além dos deveres impostos ao Estado, o exercício dos direitos fundamentais muitas vezes resulta em potenciais ou efetivos prejuízos a interesses igualmente relevantes de outros indivíduos e grupos, podendo provocar um dos problemas mais discutidos pela teoria constitucional contemporânea: o da “colisão entre direitos fundamentais”¹⁶.

Desta forma, uma interpretação aberta e pluralista das normas de direitos fundamentais deve ser resultado da participação de todos os seus destinatários, tanto dos

¹³ HÄBERLE. Op. Cit. p. 33-34.

¹⁴ cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Concepção Pós-Moderna de Direito. In: _____. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 119-188.

¹⁵ HÄBERLE. Op. Cit. p. 15.

¹⁶ cf. PAUL, Ana Carolina Gluck. Aspectos teóricos e práticos da colisão entre Direitos Fundamentais. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI. XV Encontro Preparatório do CONPEDI. **Anais Eletrônicos...** Recife: CONPEDI, 2005. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_ana_carolina_gluck_paul.pdf> Acesso em: 26 nov. 2007.

indivíduos ou grupos agraciados com a positivação daqueles direitos, como dos indivíduos ou grupos concretamente desfavorecidos pelo seu exercício, além, é claro, da participação dos entes públicos concretamente obrigados à sua garantia e efetivação.

Por exemplo, uma discussão sobre as limitações constitucionais ao direito de propriedade rural não será completa se deixar de levar em conta, além do entendimento dos latifundiários, dos médios e pequenos proprietários rurais, a opinião dos movimentos de luta pela terra, diretamente afetados pela existência do latifúndio e interessados na desapropriação de áreas improdutivas para fins de reforma agrária.

Além disso, no caso da liberdade de imprensa, podem-se vislumbrar, de plano, pelo menos dois pontos de conflito: a colisão da liberdade de imprensa com a presunção de inocência, garantida aos acusados em geral, sempre que os meios de comunicação noticiam a prática de crimes e revelam o nome e a imagem de investigados, indiciados e réus no processo penal; e o choque mais abrangente entre a liberdade de imprensa e o direito à imagem e à privacidade, entre outros, com a exposição excessiva da vida íntima das celebridades¹⁷.

Apesar da riqueza e da agudeza do problema da colisão entre direitos fundamentais, Peter Häberle, na obra que serviu de base para a presente investigação, tratou apenas da influência da interpretação dada pelos titulares daqueles direitos, ainda assim de forma superficial, omitindo-se quanto à legitimidade ou à pertinência da interpretação dos indivíduos prejudicados pelo seu exercício¹⁸.

A possibilidade de uma interpretação “bilateral” das normas de direitos fundamentais, considerando tanto as expectativas dos titulares daqueles direitos, como dos indivíduos e grupos desfavorecidos pelo seu exercício, também foi percebida por Manoel Jorge e Silva Neto que, ao tratar das normas constitucionais trabalhistas, entendeu que a aplicação da teoria de Peter Häberle teria como consequência

não apenas a interpretação por parte dos sindicatos profissionais, mas também pelos representativos de categoria econômica, fazendo com que a multiplicidade dos interesses envolvidos no processo de interpretação, ao invés de formalizar uma conclusão ‘grupal’ ou ‘parcial’, torne bem mais

¹⁷ cf. GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁸ São exemplos dados pelo autor: a liberdade religiosa interpretada pelas organizações religiosas, a liberdade artística interpretada pelos artistas, e a liberdade científica interpretada pelos cientistas. Cf. HÄBERLE. Op. Cit. p. 15-16.

democrático o processo de extração de um conteúdo da norma sob exame¹⁹.

2.2. A esfera pública de discussão.

Muito embora a interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos pareça não trazer maiores dificuldades teóricas, uma vez aceita a tese principal de Häberle, é importante ter em mente que nem sempre a esfera pública de discussão é acessível, na mesma medida, a todos os grupos interessados.

O que se pode entender por “esfera pública pluralista”, o grande espaço comum de discussão da norma constitucional, segundo Peter Häberle, a partir da qual é possível extrair interpretações calcadas nas necessidades e possibilidades da comunidade²⁰, cuja influência sobre o processo formal de interpretação torna a sociedade verdadeiramente aberta e livre? Embora ele não a conceitue expressamente ao longo do escrito, é possível compreendê-la a partir da idéia de “opinião pública democrática e pluralista”, trazida pelo autor em seu “catálogo sistemático de intérpretes”, e composta por:

media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa dos leitores, as cartas de leitores, de outro), as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora de seu âmbito de atuação organizada, as igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais.²¹

Em suma, a “esfera pública pluralista” é composta por todos os espaços, formalizados ou não, de discussão política, a que pode ser acrescentada, além dos exemplos trazidos por Häberle, a Internet, que não existia à época da publicação da edição alemã, cuja popularização ampliou o alcance e aumentou vertiginosamente a capacidade de articulação entre os demais espaços públicos, criando as condições para a existência, pela primeira vez na história, de um autêntico espaço mundial de discussão.

Karl Popper, numa conferência sobre o tema, propôs uma descrição da opinião pública notavelmente parecida com a trazida por Häberle:

¹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 1999. p. 32.

²⁰ HÄBERLE. Op. Cit. p. 43.

²¹ Idem. p. 22.

There are two main forms of public opinion; institutionalized and non-institutionalized.

Examples of institutions serving or influencing public opinion: the press (including Letters to the Editor); political parties; societies like the Mont Pèlerin Society; Universities; book-publishing; broadcasting; theatre; cinema; television.

Examples of non-institutionalized public opinion: what people say in railway carriages and other public places about the latest news, or about foreigners, or about 'coloured men'; or what they say about one another across the dinner table. (This may even become institutionalized)²².

O grau de democracia de uma sociedade pode muito bem ser aferido a partir da análise da “esfera pública”, do seu grau de subordinação a qualquer espécie de poder (político ou econômico), e da influência das manifestações nela veiculadas sobre as decisões jurídicas tomadas nos processos formais de interpretação constitucional, aqui compreendidos tanto o processo legislativo como o controle de constitucionalidade, concreto ou abstrato, das leis pelo Poder Judiciário.

Além disso, o grau de democracia *na* esfera pública é um problema crucial para uma interpretação aberta e pluralista da Constituição. É novamente Popper quem faz esse alerta, ao tratar das mais freqüentes ameaças à liberdade de formação da opinião pública: os monopólios e oligopólios editoriais; as formas estatais e privadas, veladas ou explícitas, de censura; a manipulação ou o planejamento por “gabinetes de relações públicas”; o ataque estatal e privado à independência das universidades.

Como é impossível manter um espaço público e plural de discussão que não esteja ameaçado por forças que pretendam descaracterizá-lo em seu pluralismo (até porque a censura às teses anti-democráticas seria também, paradoxalmente, uma limitação intolerável da pluralidade daquele próprio espaço), Popper trata de questionar dois mitos muito difundidos envolvendo a opinião pública: o primeiro, de que “a voz do povo é a voz de Deus”; o segundo, de que a opinião pública, embora seja primordialmente conservadora, tem sensibilidade para, aos poucos, ir aceitando os apelos dos reformistas até defendê-los como proposições válidas para orientar as regras

²² “Existem duas formas principais de opinião pública; institucionalizada e não-institucionalizada. Exemplos de instituições que servem à ou influenciam a opinião pública: a imprensa (incluindo as “Cartas dos Leitores”); partidos políticos; sociedades como a Mont Pèlerin Society [NT: local da conferência ministrada pelo autor]; Universidades; editoras; radiodifusão; teatro; cinema; televisão. Exemplos de opinião pública não-institucionalizada: as conversas em vagões de trem ou em outros espaços públicos sobre as últimas notícias, sobre os estrangeiros, sobre ‘homens de cor’; ou o que as pessoas dizem umas das outras na mesa de jantar (o que pode se tornar inclusive institucionalizado).” POPPER, Karl. *Public Opinion and Liberal Principles*. In: _____. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimpr. London; New York: Routledge, 2006. p. 475.

de conduta social, ou seja, a tese de que a opinião pública consegue evoluir, porém lentamente, até alcançar a “verdade”²³.

Quanto ao primeiro “mito”, o autor austríaco mantém-se fiel à sua epistemologia falibilista: se a verdade é inalcançável em sua plenitude, mesmo a opinião da maioria, o consenso ou a unanimidade são discutíveis e poderão, cedo ou tarde, ser superados, visto que não são nada além de hipóteses largamente aceitas pela comunidade a que foram apresentadas.

Quanto ao segundo “mito”, Popper parece contradizer sua própria tese, segundo a qual, embora a verdade seja inalcançável, é possível aproximar-se dela por meio da crítica racional das hipóteses postas em discussão pela comunidade científica. No entanto, ele mesmo opta por não transpor as suas conclusões da teoria do conhecimento para a teoria política, no que diz respeito especificamente à opinião pública:

Public opinion should be distinguished from the publicity of free and critical discussion which is (or should be) the rule in science, and which includes the discussion of questions of justice and other moral issues. Public opinion is influenced by, but neither the result of, nor under the control of, discussions of this kind.²⁴

Portanto, pode-se entender que a fixação do conteúdo das normas de direitos fundamentais na esfera pública de discussão é um passo indispensável para uma autêntica democratização da sociedade, pautada numa interpretação pluralista e aberta da Constituição. No entanto, aceitar a resposta da “opinião pública” a um determinado problema jurídico como verdadeira, por si só, será um erro tão grave quanto o cometido pela a teoria jurídica tradicional, que só dá valor à opinião dos intérpretes “corporativos” da Constituição. Nenhum totalitarismo, seja da “casta dos juristas”, seja da “opinião pública”, pode estar na base da interpretação constitucional desenvolvida numa sociedade aberta.

2.3. Vinculação do juiz e do legislador aos conteúdos fixados pela sociedade aberta

²³ Ibidem. p. 467-470.

²⁴ “A opinião pública deve ser distinguida da discussão livre e crítica que norteia (ou deveria nortear) a ciência, e que inclui a discussão de questões morais e de justiça. A opinião pública é influenciada por, mas não é nem resultado de, nem está sob o controle de, discussões dessa natureza.” Ibidem. p. 476.

Prosseguindo na análise, Häberle ressalta que o próprio juiz (ou qualquer outro agente legitimado pelo Estado, como o legislador, perante a Constituição) interpreta a Constituição na esfera pública pluralista²⁵ (as regras da publicidade e da fundamentação obrigatórias das decisões judiciais representam exatamente a garantia de sua discutibilidade por todos os interessados) e, mesmo quando não estiver sujeita a nenhuma espécie de controle técnico (como é o caso da Corte Constitucional), a sua decisão será influenciada pela opinião pública²⁶.

Disso decorre a segunda tese de Häberle que interessa diretamente ao presente trabalho: as necessidades e as expectativas manifestadas na opinião pública não constituem apenas uma ameaça à independência dos juizes, “essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial”²⁷.

Mesmo as teorias positivistas poderiam aceitar esse entendimento de Häberle, considerando que, diante da indeterminação normativa (ou da “moldura” popularizada por Hans Kelsen), o “poder discricionário” do juiz²⁸, ao decidir um caso (inclusive no controle abstrato de constitucionalidade), não seria exercido de forma “livre”, e sim orientado e condicionado justamente pelas expectativas e necessidades dos grupos sociais interessados, no momento histórico da tomada da decisão jurídica.

Um exemplo marcante da influência da esfera pública sobre a decisão jurídica dos magistrados foi a manifestação do ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, segundo o qual a corte teria recebido a denúncia do “mensalão” com a “faca no pescoço”, diante do grande interesse da sociedade no resultado do julgamento. No entanto, a rápida reação dos demais ministros à declaração de Lewandowski, negando terem se sentido pressionados pela sociedade (um deles, curiosamente, traduziu a obra de Häberle para o português), demonstra a resistência que a maioria dos juízes ainda têm ao analisar o peso da opinião pública sobre suas

²⁵ HÄBERLE. Op. Cit. p. 30-32, p. 41-43.

²⁶ Ibidem. p. 26. Nota 38: “Para o legislador, existe o controle 'técnico' da Corte Constitucional e o controle 'não-técnico' exercido por meio de eleições, pela capacidade de sustentação de coalizões e pelo processo interno de formação de vontade político-partidária. Para o juiz da Corte Constitucional não existe um controle técnico; Ele tem a sua conduta 'regulada' pelo 'espaço público' (*die Öffentlichkeit*). A esfera pública estrutura-se, porém, para ele, com fundamento em sua concepção profissional, sua socialização na ciência do Direito Constitucional, a expectativa de conduta profissional a que se encontra submetido (...).”

²⁷ Ibidem. p. 31-32.

²⁸ cf., entre outros, KELSEN, Hans. A Interpretação. In: _____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 463-473; DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

decisões, compreendendo-a, como já foi visto, apenas como uma ameaça à sua independência²⁹.

Por outro lado, é bastante evidente a influência da fixação do conteúdo das normas de direitos fundamentais pela opinião pública sobre a tomada de decisões no parlamento: embora não haja, no sistema jurídico brasileiro, o instituto da revogação do mandato popular, ou “recall”, o processo político e os interesses eleitorais dos parlamentares levam-nos a se afastar de interpretações reconhecidamente impopulares ou rejeitadas por setores sociais importantes³⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos realizados permitem as seguintes conclusões:

A partir da constatação inicial de que todo aquele cuja vida é regida por uma Constituição deve ser considerado seu legítimo intérprete, Peter Häberle definiu os traços fundamentais de uma teoria democrática da interpretação constitucional;

A Hermenêutica Constitucional de Häberle está intimamente relacionada com o pensamento de Karl Popper, a começar pelo emprego da expressão “sociedade aberta”, popularizada pelo epistemólogo austríaco;

Popper sistematizou uma teoria do conhecimento batizada de “falibilismo”, assentada numa tradição que remonta ao filósofo grego pré-socrático Xenófanes, segundo a qual o ser humano é essencialmente falível, portanto todo o conhecimento por ele produzido não passa de um conjunto de explicações imperfeitas a respeito de uma realidade impossível de abarcar em toda a sua complexidade. Sendo assim, o aperfeiçoamento das teorias só é conseguido com a submissão das mesmas aos mais rigorosos testes que possam ser formulados pelo investigador, tanto em sua correspondência com a realidade, como em comparação com teorias rivais. Para tanto, um dos mais férteis momentos é a discussão crítica das mesmas pela comunidade científica;

Transposta para a teoria política, a epistemologia de Popper é uma teoria da democracia: as regras de conduta vigentes são modelos imperfeitos de regulação da

²⁹ GIRALDI, Renata. Ministros negam ter julgado mensalão com “faca no pescoço”. **Folha Online**. 30 set. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u324362.shtml>> Acesso em: 27 nov. 2007.

³⁰ HÄBERLE. Op. Cit. p. 26.

convivência social, podendo ser continuamente aperfeiçoadas pela contribuição de todos os indivíduos da sociedade, submetidos àquelas normas, pela sua discussão racional no espaço público;

“Sociedades abertas”, segundo Popper, são aquelas que permitem a discussão e a modificação racional das regras de conduta, em oposição às “sociedades fechadas”, nas quais as regras de conduta são tabus, e a sua modificação é muito mais imprevisível, muito mais custosa, e normalmente assume um tom de “conversão religiosa”;

De acordo com Peter Häberle, não haverá uma autêntica democratização da sociedade, mesmo que a produção dos textos normativos se dê por meio do processo legislativo formal, com a participação, pelo menos potencial, de todos os atingidos, se o momento crucial da interpretação/aplicação desse texto às realidades concretas não levar em consideração o entendimento e as expectativas dos grupos sociais diretamente interessados em sua incidência;

As teses mais relevantes da teoria de Häberle, para os propósitos do presente trabalho, são: a) a que indica a importância da interpretação das normas de direitos fundamentais por seus destinatários específicos; e b) a que entende as expectativas e pressões sociais, em face das decisões dos juízes, não apenas como ameaça à sua independência, mas também como componente importante de sua legitimação;

São destinatários específicos das normas de direitos fundamentais não apenas os seus titulares, mas também os indivíduos ou grupos contra os quais esses direitos são concretamente exercidos;

Quando o exercício de um direito fundamental implica um potencial ou efetivo prejuízo a interesses igualmente relevantes de outros indivíduos ou grupos, pode-se estar diante do que se convencionou a chamar de “colisão de direitos fundamentais”. No caso específico da liberdade de imprensa, constatam-se pelo menos dois pontos de conflito: a) da liberdade de imprensa com a presunção de inocência e; b) da liberdade de imprensa com os direitos à imagem e à privacidade;

A esfera pública de discussão, em que o conteúdo das normas de direitos fundamentais é fixado, nas “sociedades abertas”, é composta por todos os espaços, formalizados ou não, de discussão política, de que são exemplos os meios de

comunicação, a *internet*, as associações, os movimentos sociais e outros espaços de socialização (escolas, universidades, igrejas, estações de transporte público, etc.);

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FIORIN, José Luiz. Teoria e Metodologia nos estudos discursivos de tradição francesa. In: SILVA, Denize Elena Garcia da; VIEIRA, Josênia Antunes. (org.). **Análise do discurso: percursos teóricos e metodológicos**. Brasília: Plano; Oficina Editorial Instituto de Letras – UNB, 2002. p. 39-73.

GIRALDI, Renata. Ministros negam ter julgado mensalão com “faca no pescoço”. **Folha Online**. 30 set. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u324362.shtml>> Acesso em: 27 nov. 2007.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. 1. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MATEUCCI, Nicola. Opinião pública. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v.2. 12. ed. Brasília: UNB, 2004. p. 842-845.

MOTA, Marcel Moraes. **Pós-positivismo e restrições de Direitos Fundamentais**. Fortaleza: OMNI, 2006.

NOGUEIRA, Claudiana da Silva. Intertextualidade no discurso jornalístico sobre a velhice. In: SILVA, Denize Elena Garcia da; VIEIRA, Josênia Antunes. (org.). **Análise do discurso: percursos teóricos e metodológicos**. Brasília: Plano; Oficina Editorial Instituto de Letras – UNB, 2002. p. 221-244.

PAUL, Ana Carolina Gluck. Aspectos teóricos e práticos da colisão entre Direitos Fundamentais. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 15, 2005. **Anais Eletrônicos...** Recife: CONPEDI, 2005. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_ana_carolina_gluck_paul.pdf> Acesso em: 26 nov. 2007

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Tradução de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. 2v.

_____. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge.** 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Concepção Pós-Moderna de Direito. In: _____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 119-188.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional.** São Paulo: LTr, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito: Interpretação da lei, temas para uma reformulação.** v.1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.