

# A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO NO SÉCULO XXI

## UMA HOMENAGEM A PETER HÄBERLE<sup>1</sup>

RAÚL GUSTAVO FERREYRA<sup>2</sup>

“— Oh! Virgílio, tu és aquela fonte  
Donde em rio caudal brota a eloquência?”

DANTE, *Divina Comédia*, Inferno, I

### PRELIMINAR

Dividirei a dissertação em três partes. Na primeira delas, abordo a “sociedade aberta” concebida por Karl R. Popper em 1945<sup>3</sup>. Na segunda parte, abordarei as características elementares que Peter Häberle apresentou sobre a atividade interpretativa constitucional em 1975, original e pioneiramente a partir do desenvolvimento popperiano. Por fim, na terceira parte, direi algumas palavras sobre a sociedade aberta no contexto constitucional --- porque a Constituição aberta é a obra-prima da sociedade aberta.

### I. UMA SOCIEDADE ABERTA

Os modelos contemporâneos de “Estado” se apresentam e se desenvolvem como ente que se ordena por meio de determinadas pautas de associação política. O Estado implica um aparato de controle e dominação, de centralização do poder e de gestão discricionária da economia, das finanças, do meio ambiente, da saúde, da cultura e da educação. Um ente que, sob o prisma estritamente jurídico, congrega uma cidadania que habita e vive dentro de um território delimitado no qual se exerce um poder soberano, tudo isso fundamentado por uma Constituição. Este modelo de sociedade política e jurídica, que se insere

---

<sup>1</sup> Palestra para o XXVIII Congresso Internacional de Direito Constitucional, Brasília, 21 a 23 de outubro de 2025, organizado pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

<sup>2</sup> Advogado. Professor de Direito Constitucional, Faculdade de Direito (FD), Universidade de Buenos Aires (UBA). Doutor em Direito (UBA). Pós-doutorado em Direito FD pela UBA. Membro fundador do Centro Hans Kelsen de Estudos sobre Jurisdição Constitucional do IDP. (ORCID 0000-0001-5089-8136)

<sup>3</sup> Popper, Karl R: *The Open Society and Its Enemies*, Routledge et al, Londres.

numa comunidade de cidadãos livres e iguais, deveria favorecer, por meio da Lei fundamental que lhe enforma, um controle responsável de uma paz duradoura e relativa. Como sistema agregador da cidadania, o Estado é a entidade mais bem-sucedida inventada pelo homem.

A sociedade política e jurídica chamada “Estado” deve coexistir com uma sociedade aberta da qual se origina e a qual o justifica. A sociedade como um todo é meio circundante de um Estado e de sua Lei fundamental. Se é assim, o Estado não pode dissolver ou anular a sociedade civil.

Existem ideias que são imbatíveis, em particular quando a sobriedade e o rigor científico são formulados de modo completo em poucas palavras. Uma dessas ideias é a “sociedade aberta” de Popper:

Se quisermos continuar sendo humanos, então só haverá um caminho, o da sociedade aberta. Devemos prosseguir rumo ao desconhecido, ao incerto e ao instável, servindo-nos da razão de que dispomos, para obter a segurança e a liberdade a que aspiramos.<sup>4</sup>

A abordagem de Popper é crucial na história do pensamento universal. Graças à libertação de todas as suas faculdades racionais, o ser humano dirigirá sua existência na comunidade. O método popperiano baseia-se na razão, na crítica, na conjectura, na refutação e no debate constante. Ele tomou emprestado um termo (“société ouverte”), resgatou-o do misticismo irracionalista de Henry Bergson para transformá-lo, com um campo semântico completamente diferente, no conceito central de sua defesa racional da democracia.

A “sociedade aberta” é um conjunto mais ou menos estável de cidadãos. Nela, é garantido a todos a possibilidade de poder pensar, programar sua vida e conduzir seu itinerário pessoal e existencial, sem nenhum tipo de influência para além do próprio juízo racionalmente elaborado antes de agir. Uma “sociedade aberta” é aquela contrária a uma sociedade fechada, na qual, sob qualquer mecanismo irracional, despótico ou totalitário, se anula a individualidade do cidadão e se pretende levar adiante um projeto com traços autoritários ou assumidamente absolutistas.

Para Popper, precisamos de “instituições” sempre que o alcance de determinado objetivo requeira uma força superior àquela dos nossos

---

<sup>4</sup> V. POPPER, Karl, *A sociedade aberta e seus inimigos*, Madri, Paidós, p. 195.

músculos. O desenho dessas instituições exige o conhecimento das uniformidades sociais que limitam o alcance dos fins a que se destinam e o fato de que elas nascerão para o estabelecimento da observância de certas normas concebidas com um objetivo determinado<sup>5</sup>.

Seguindo os passos de Popper, posso afirmar, aqui, que a Constituição é o mais impressionante artefato humano até hoje criado para regulamentar por escrito, ordenada e institucionalizadamente (incluindo sua própria mudança), a convivência dos cidadãos e cidadãs na comunidade. A Lei Fundamental é o idioma da razão para uma paz relativa, comprometida, duradoura... será assim pelo menos até que o ser humano invente um instrumento superior em todas as suas funções.

## **II. A PERSPECTIVA DE HÄBERLE SOBRE A ATIVIDADE INTERPRETATIVA CONSTITUCIONAL**

Para Peter Häberle, o documento constitucional significa a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. É também guia para o cidadão; assim, a Lei Fundamental é um texto jurídico e também a expressão de um estágio de desenvolvimento cultural; um meio por excelência, talvez um paradigma, para a representação cultural do povo diante de si mesmo, no próprio espelho de seu patrimônio cultural e no fundamento de suas esperanças.

A Constituição é a própria ordem do “processo público” livre, onde se organiza a “abertura da Constituição” que contém a democracia<sup>6</sup>.

Vejamos, então, agora, o aporte häberliano para interpretar essa Constituição.

*Primeiro.* Publicado sob o título *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation* (Juristen Zeitung, 1975, pp. 297-305), e posteriormente integrado como capítulo quinto, com um apêndice, no volume *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlim, 1978, pp. 155-181. A versão em língua portuguesa aqui utilizada foi publicada sob o título *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos*

---

<sup>5</sup> POPPER, Karl, *A sociedade aberta e seus inimigos*, p. 76.

<sup>6</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, com “Estudo introdutório” de Diego Valadés, Instituto de Investigaciones Jurídicas da UNAM, México, 2003, pp. 3, 5 e 118.

*Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição* (doravante “SADIC”), Fabris, Porto Alegre, 1997, com tradução magistral de Gilmar Ferreira Mendes.

*Segundo.* A influência de Popper sobre a tese de Häberle é notável: a adoção de seu racionalismo crítico, o conceito de ciência, sua teoria democrática liberal e pluralista, que se baseia no postulado dos poderes separados. Assim, para Häberle, a tarefa principal consiste, em geral, em desenvolver, a partir da teoria e da prática constitucional, a teoria da ciência de Popper, incorporando-a à teoria democrática e, ao mesmo tempo, à teoria normativa e interpretativa em particular. (“SADIC”, nota de rodapé número 70, na p. 40).

*Terceiro.* O autor começou seu texto com uma observação radical e genuína; afirmou que a hermenêutica constitucional havia levantado até ali dois questionamentos: um, relacionado com as “funções e objetivos” e o outro relacionado com os “métodos” (procedimentos). E assim foi estabelecido um precioso ponto de partida: segundo Häberle, descuidou-se do problema do relacionamento sistemático com um terceiro ponto, inédito: o dos “participantes” da atividade interpretativa constitucional (“SADIC” p. 11).

*Quarto.* Sua tese: nos processos de interpretação *constitucional* estão potencialmente inseridos *todos* os órgãos estatais, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e grupos. Não há *numerus clausus* dos intérpretes constitucionais! (“SADIC”, p. 12 e 13).

*Quinto.* Tabela provisória dos participantes na interpretação constitucional:

1. As funções estatais: a) funções de decisão vinculativa em última instância: o *Tribunal Constitucional Federal* e b) funções a que se refere a Lei Fundamental de Bonn para uma decisão vinculativa, mas passível de revisão: a *jurisprudência*, o *legislativo*, (dependendo do âmbito, em diferentes graus:) o *executivo*, especialmente na (pré-) formulação dos interesses públicos.
2. Os *participantes* – não necessariamente estatais – nas decisões de 1 a) e b); por exemplo: demandante e demandado, peritos, associações, partidos políticos, representantes de interesses em audiências, lobistas
3. A *publicidade* democrática – pluralista –, o processo político como “grande estimulador”: os meios de comunicação (imprensa, rádio, televisão) que são participantes processuais não no sentido estrito. As

igrejas, os teatros, as editoras, os centros de formação de adultos, os pedagogos, as associações de pais.

4. (a classificar entre 1., 2., 3. da forma que ainda deve ser esclarecida) a *teoria do Direito constitucional*; possui uma posição especial, porque tematiza a participação das outras forças e ela própria também participa em vários níveis. (“SADIC”, pp. 20/22).

*Sexto.* Para Häberle, a norma não é algo pré-estabelecido, simples e acabado; levanta-se a questão daqueles que participam pessoal e funcionalmente em seu “desenvolvimento”, as forças ativas da “*lei na ação pública*”; sua proposta: personalização e pluralismo da interpretação constitucional. (“SADIC”, pp. 30 e 31).

*Sétimo.* O processo de interpretação constitucional proposto por Häberle amplia o raio interpretativo da norma, graças a todos os “intérpretes da sociedade aberta”. Eles são participantes essenciais nos procedimentos de “*trial and error*” no processo de determinar o Direito. A sociedade torna-se precisamente aberta e livre, uma vez que todos potencialmente e atualmente realizam (ou podem realizar) aportes para a atividade interpretativa constitucional. Interpretar juridicamente a Constituição apenas torna público a realidade social pluralista, as necessidades e possibilidades da comunidade, que estão antes, dentro e atrás dos textos constitucionais. (“SADIC”, pp. 42 e 43)

*Oitavo.* Até aqui, limitou-se a descrever as linhas básicas da tese de Häberle. O próprio autor admitiu que suas ideias foram debatidas pela doutrina. As discussões foram importantes e justificadas.

*Nono.* Uma das objeções mais penetrantes foi dirigida ao núcleo da tese. Assim, expôs-se que, ao ampliar-se o número de participantes do fato da interpretação, isso levaria, contra a vontade do próprio autor, à dissolução do próprio conceito que se tem acerca da Lei fundamental, como que um golpe conspiratório contra seus postulados, afinal a certeza é propriedade elementar do Direito. Naturalmente, não vou defender aqui o autor, mas devo dizer que, no próprio texto da “SADIC”, os críticos encontrariam a resposta de Häberle: “a democracia é o império dos cidadãos”. Assim, o quantificador universal “todos” utilizado pelo jurista tedesco é inquestionável. Além disso, pode-se dizer que a assertiva de Häberle sobre o pluralismo consolida e ratifica os objetivos de unir, direcionar e integrar uma Constituição.

*Décimo.* Outra crítica, também mordaz, sugere que ampliar o círculo dos intérpretes tiraria a institucionalidade das decisões tomadas pelos órgãos constituídos. A esse respeito, a tese de Häberle é muito clara; ele distingue claramente os “intérpretes institucionais” (que podem aderir aos efeitos da coisa julgada e seus efeitos às suas determinações, caso seja jurisdiccional) daqueles intérpretes que carecem dessa qualidade. O fato de existirem máximos responsáveis institucionais não impede, mas alimenta, o fato de que a Escritura Constitucional, para concretizar seu objeto de regulamentação jurídica, deve ser conhecida por todos; esse pluralismo, no âmbito de uma sociedade aberta, neutraliza a crítica à tese de Häberle.

### **III. ¿ O INIMIGO INTERNO DA CONSTITUIÇÃO?**

Faço um pequeno balanço. Tal como antecipado no final da primeira parte, o conceito explicitado de Lei Fundamental, aqui, pode ser ampliado: ela é também um artefato que possui até quatro corpos: sua composição, suas garantias, sua estrutura democrática. Uma sociedade aberta se comporta como o “ambiente”, o meio circundante, o quarto corpo, ou seja, a própria periferia do sistema da Constituição democrática do tipo de Estado configurado por uma Lei Fundamental que procuraria uma determinada paz relativa na comunidade de cidadãos e cidadãs.

Os pensamentos sobre uma “sociedade aberta” são elementares. Uma comunidade civil aberta é um modelo para além dos modelos. Deveria encaixar-se no ambiente do sistema da Constituição, ao ser integrada por uma cidadania que exerce, com liberdade e igualdade, suas razões acerca de como construir certa sociedade política. Essa sociedade aberta é o ambiente emblemático de um Estado do tipo constituído por uma Lei fundamental que promove a paz. Ao mesmo tempo, seriam suas regras supremas que deveriam abrir caminho para as livres determinações pessoais de cada cidadão. O caminho dos caminhos!

Assim, note-se a influência significativa do ambiente do sistema constitucional. Os limites de uma lei fundamental que até assegura a paz, mas no interior de uma sociedade política cuja sociedade civil não está comprometida em incluir socialmente fariam com que algumas das possibilidades regulatórias da Escritura Fundamental se dissipassem. A unidade política do Estado, fundamentada constitucionalmente,

inclusive quanto ao uso do monopólio da força, exige, além disso, um senso de solidariedade comprometida na sociedade aberta de seus cidadãos. A ausência de solidariedade na comunidade cidadã induz a uma desigualdade manifesta e à exclusão de uma parte muito importante da cidadania do gozo de serviços vitais e bens existentes ou a serem criados.

No seio de uma sociedade aberta, as decisões que visam a igualdade fundamental da cidadania devem ser tomadas para favorecer uma inclusão mais robusta. O bem-estar geral de todos e cada um dos cidadãos de uma sociedade aberta, sem dúvida, fortalecerá a paz de uma comunidade. A igualdade social é uma dívida a ser quitada que atormenta o presente e prenuncia um futuro cheio de desvantagens para a maioria dos cidadãos de nossas sociedades civis. Dois modelos de comunidade se confrontam, tentando se configurar e, na maioria das vezes, lutando entre si: uma comunidade inclusiva, com cidadãos cuja pretensão geral constitui uma determinada igualdade; e outra excludente, com uma cidadania de baixa ou nula intensidade para os despossuídos e de alta intensidade para aqueles que desfrutam do conjunto de vantagens.<sup>7</sup> Em definitiva, a pobreza e a vulnerabilidade social no âmbito do sistema constitucional não incentivam uma sociedade aberta à sua cidadania.

As sociedades abertas também enfrentam outro desafio colossal: a tolerância em relação aos intolerantes. A decisão em relação àqueles que, graças ao método democrático, agem contra ela e se constituem em seus predadores. Há quem os apelide de “inimigos da democracia constitucional”, com todos os riscos que isso envolve.

A Constituição institui um sistema de princípios e regras para uma sociedade aberta do tipo Estado democrático de Direito. Esse arranjo normativo pode ser mais ou menos eficaz. Assim, no âmbito dos processos públicos ordenados, a Constituição pode assumir uma “dupla face<sup>8</sup>”: seu cumprimento e, também, uma dose muito importante de antinormatividade produzida basicamente por seu descumprimento

---

<sup>7</sup> V. ZAFFARONI, E. Raúl, *O direito latino-americano na fase superior do colonialismo*, op. cit., p. 49.

<sup>8</sup> MERKL, Adolf Julius, “Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes”, *Gesammelte Schriften*, Erster Band: Grundlagen des Rechts. Erster Teilband, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 227-252.

manifesto. Essa ineficácia pode assumir diferentes graus, inclusive exasperantes. No entanto, há uma terceira instância, que já não será a “dupla face da Constituição”, em que as práticas efetivas eletrizam ou paralisam sua estrutura regulatória. Refiro-me a outra hipótese: a ruína do edifício jurídico, que resultará na demolição do processo democrático e de sua sociedade aberta. Seu colapso.

De fato, do ponto de vista da teoria da Constituição, é necessário distinguir adequadamente os estados de coisas, mesmo os inconstitucionais. No entanto, o enterro da Constituição democrática, com conseqüente queda da sociedade aberta que lhe serve de ambiente, se apresenta como uma situação difícilíssima.

Essas pessoas hostis não se interessam (nem agora, nem depois) por uma dupla face da Constituição. Sua hostilidade pode ser comparada àquela dos malditos impostores que lutam contra a juridicidade estatal. Um monstro que corrói o interior do edifício estatal para provocar sua queda. E se o Estado cair, cairá seu fundamento: a Constituição. Essa espécie de gente tem um objetivo: alcançar a totalidade do poder público (*suma*), com poderes extraordinários, em total desprezo pelo Direito e pela racionalidade. O inimigo busca o estabelecimento da ilegalidade, a anarquia, a instauração de uma luta de todos contra todos, na qual prevaleceria, talvez, o mais forte, após desintegrar a sociedade e suas instituições.

Tenho de aceitar os riscos inerentes a teorizar sobre a existência de um inimigo interno, porque isso implica cair numa bipolaridade de funcionamento complexo e de solucionamento mais difícil ainda. O sistema constitucional, ao estruturar todos os seus processos públicos por meio do princípio democrático, também se concebe como o sistema que organiza e ordena a tolerância. A Lei Fundamental, portanto, é uma regra que ordena e tenta harmonizar a tolerância na comunidade. Certamente, admitir a existência de um inimigo interno seria intolerante para uma democracia constitucional tolerante; ou seja, destruiria seus próprios alicerces. Em outras palavras: a categoria jurídica de inimigo interno deve sempre ser estranha ao Estado constitucional de Direito e só pode ser admitida na regulamentação do Direito da guerra e com suas limitações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, em virtude de que essas regras não privam o inimigo bélico externo da

condição de pessoa<sup>9</sup>. Portanto, a concepção de um inimigo só se liga ao Estado absoluto, antidemocrático e autoritário; exatamente o contrário de uma racionalização crítica como a que se pretende e se postula aqui para um Estado de Direito constitucional. Em suma, a aceitação da bipolaridade “amigo e inimigo”<sup>10</sup> levaria a teoria da Constituição ao seu colapso, porque distinguir entre cidadãos e inimigos, em algum lugar, tem que negar ou limitar a condição dos direitos da personalidade dos segundos; nesse caminho, o Estado constitucional cortará o próprio tronco da sua árvore, que se apoia no reconhecimento da unidade e da dignidade da pessoa humana, com a divisão e o exercício racional e controlado que dela emana como implicação ou consequência soberana.

Diante desses perigos, a regra deve ser a tolerância, mesmo com os intolerantes, apesar de que, com certeza, eles tentarão colocar em risco a liberdade, a igualdade e a solidariedade da comunidade. Se chegasse o caso fatal, temerário, remoto e insustentável de que os intolerantes, em suas tarefas ilimitadas, absolutas e irracionais, tentassem quebrar ou quebrassem com seu comportamento o sistema normativo constitucional, a própria existência do princípio democrático teria que administrar a resposta e dar solução imediata pela via aplicativa da ordem jurídica vigente para isolar o inimigo. Uma Constituição que canaliza e garante a democracia deveria providenciar a defesa da ordem instituída e pôr fim a uma intolerância tão ilimitada quanto irresistível e absoluta, para garantir a coexistência pacífica dos tolerantes e dos intolerantes que não se inclinam para sua ruptura manifesta e violenta.

## **EPÍLOGO**

Agora volto a leitura e o olhar para o verso dantesco que jaz na epígrafe deste Escrito: “És tu aquele Virgílio e aquela fonte de onde brota o caudal de eloquência?” A resposta a essa pergunta, no âmbito do constitucionalismo moderno, encontra-se na sinergia de dois grandes pensadores. As idealidades da “sociedade aberta” de Popper inspiraram

---

<sup>9</sup> Zaffaroni, E. Raúl, *O inimigo no Direito Penal*, Ibañez, Bogotá, 2006, p. 20 e 21.

<sup>10</sup> A contraposição entre amigo e inimigo abrange, talvez, toda a história da humanidade. Apenas para os fins deste “escrito”, tenho em consideração o plano de Carl Schmitt. Em 1927, em seu *Conceito do Político* (Struhart y Cía, Buenos Aires, 2002), ele expressou que a distinção propriamente política é a distinção entre amigo e inimigo e que os povos se agrupam em função do antagonismo amigo-inimigo. Minhas ideias a favor da tolerância irrestrita e da coexistência pacífica são diametralmente opostas às de Schmitt, embora, com exclusividade, quando penso no par “amigo/inimigo”, devo admitir que o faço sob esse modelo tenebroso para os fins desta dissertação.

em Peter Häberle uma nova fonte de eloquência para o Direito. Essa fonte não é outra senão o processo inesgotável e democrático da crítica racional que ambos os autores nos legaram. No século XXI, é na sociedade aberta de intérpretes que reside, em última instância, a eloquência de uma Constituição viva e democrática.

A contribuição de Peter Häberle é um dos maiores contributos para a democratização da hermenêutica constitucional. Além disso, ao reforçar o pluralismo, ela se torna espada e escudo contra qualquer forma de autocracia.

Uma Constituição, especialmente na América do Sul, precisa regular tudo o que for regulável e seus agentes, especialmente os servidores públicos, devem observar os mandamentos constitucionais idoneamente. Uma Constituição aberta para uma “sociedade aberta” “inabalavelmente orientada para o constitucionalismo da liberdade e da justiça igualitária de inspiração social”<sup>11</sup>. No entanto, deve-se admitir que muitas vezes aquilo que foi regulamentado poderia permanecer imune ao efeito das regras, razão pela qual a Constituição assumiria uma dupla face tão penosa e preocupante.

Resta, finalmente, no âmbito da sociedade aberta, a tolerância para com os intolerantes e o grande debate em voga sobre o que fazer, como proceder, quando esse intolerante se torna inimigo e quer, sem rodeios, esvaziar a força normativa da Constituição e, com isso, quebrar o princípio da paz comunitária. O Estado constitucional de direito baseia-se na supremacia constitucional e no desenvolvimento do princípio da legalidade, razão pela qual um abandono, mesmo que parcial, de tais fins, o enviaria para o domínio do vale-tudo. Além disso, se a “Constituição aberta” se assemelhasse ou adotasse os processos tentados pelo inimigo, nesse afastamento perderia para sempre a maior propriedade de sua possível existência: a força da razão... e fracassaria, com estrondo, na medida em que se rebaixaria a pura força da irracionalidade. Por fim, algo mais do que um consolo e esperança; toda autoridade usurpada da soberania do povo será ineficaz e seus atos nulos, como pontificou Juan Bautista Alberdi, em 1852, em seu projeto de

---

<sup>11</sup> Bonavides, Paulo, *A constituição aberta*, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 16

Constituição para a Argentina, porque quebrada ficaria a cadeia de validade no Estado democrático de Direito<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> El autor agradece por el valioso diálogo a Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Sávio Peixoto Maia, Carolina Cyrillo, Pablo Ali, Enrique Morales, Mario Cámpora y Andrés Pérez Velasco