

## DESCOMPASSOS ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O PLANO FÁTICO QUANTO ÀS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS: BUSCA POR SOLUÇÕES E VETORES INTERPRETATIVOS

*DIFFERENCES BETWEEN THE CONSTITUTION AND THE FACTUAL PLAN AS  
REGARDS SOCIAL RIGHTS RULES: SEARCH FOR SOLUTIONS AND  
INTERPRETATIVE VECTORS*

Rafael José Nadim de Lazari\*  
Dalson Gustavo Batista\*\*

**RESUMO:** Através dos métodos lógico e dedutivo, e valendo-se da doutrina e da jurisprudência como fontes de pesquisa, este estudo busca demonstrar o atual distanciamento entre o Texto Constitucional e a realidade cotidiana no tocante às normas consagradoras de direitos sociais, notadamente por conta do fenômeno da simbologia constitucional. Como forma específica de abordar o problema, propõe-se a mais ampla participação no processo interpretativo, a fim de instrumentalizar o aplicador do Direito (no caso, o magistrado) em suas decisões judiciais. Neste sentido, serão dados alguns exemplos, como é o caso das audiências públicas, como meios de assegurar uma reaproximação da Constituição com a realidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalização simbólica; normas programáticas; sociedade aberta de intérpretes; interpretação plural.

**ABSTRACT:** Through logical and deductive methods, and using doctrine and jurisprudence as sources of research, this study seeks to demonstrate the current distance between the Constitutional Text and everyday reality regarding the consecrative norms of social rights, notably because of the phenomenon of the constitutional symbology. As a specific way of approaching the problem, it is proposed to have a broader participation in the interpretative process, in order to instrumentalize the applicator of the Law (in this case, the magistrate) in its judicial decisions. In this sense, some examples will be given, as is the case of public hearings, as means of ensuring a rapprochement of the Constitution with reality.

**KEY-WORDS:** Symbolic constitutionalisation; programmatic rules;. open society of interpreters; plural interpretation.

\* Advogado e consultor jurídico. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Constitucional da Rede LFG de Ensino. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, Vipjus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Membro da ABDPro - Associação Brasileira de Direito Processual. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior.

\*\* Advogado e consultor jurídico.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca demonstrar a necessidade da adoção de critérios hermenêuticos em relação à determinação do conteúdo das normas de direitos sociais. Se está consagrado que normas abarcadas por cláusulas pétreas não podem ter seu conteúdo restringido ou limitado, de que maneira será estipulado *o seu sentido*? Uma atuação judicial excessivamente benéfica - que ignora as condições fáticas limitativas, mas ao mesmo tempo obedece a Constituição literalmente - acabará por sepultar totalmente a eficácia do preceito normativo, que ironicamente, visava cumprir.

Nesse sentido, restará claro que o encarceramento do Estado pelas cláusulas pétreas, caso interpretado com a expansividade demandada pelo instituto, gerará a ineficácia dos preceitos tão solenemente protegidos, através da massificação de demandas sociais pela via heterônoma de concretização normativa.

Ademais, haverá a proposição, ainda que sumária, de um procedimento capaz de informar parâmetros de atuação seguros ao intérprete constitucional investido na jurisdição. Nesse aspecto, será abordada uma maior participação popular e institucional no processo decisório, salutar para que o magistrado atue com amparo - fático e técnico - mais robusto do que a sua experiência ordinária da vida comum.

Por derradeiro, para viabilização da pesquisa em lume, será utilizado o método dedutivo, acrescido de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, havendo também análise de normas constitucionais e procedimentais relevantes para o desenvolvimento do tema em comento.

## 2. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Com base nas obras de Hesse - *“A força normativa da Constituição”* - e de Lassalle - *“A essência da Constituição”* -, bem como no conceito de *“constitucionalização simbólica”* apresentado pelo professor Marcelo Neves no ano de 1992, será demonstrado de que maneira a atuação judicial brasileira poderá contribuir para a hipertrofia da função simbólica do Texto Constitucional pátrio.

Nessa linha de raciocínio, ressalte-se que a obra de Lassalle não será tomada no sentido original dado pelo autor, que, fundamentado casuisticamente (Constituição Prussiana de 1850), conclui que todas as Constituições escritas somente traduzem a expressão dos fatores reais de poder. Na realidade, é mais razoável reconhecer que existe a possibilidade da norma escrita

influir e modificar a realidade, através de alguns pressupostos necessários, como fez Hesse ao estabelecer os elementos da força normativa da Constituição. No entanto, a situação descrita por Lassalle não é totalmente ineficaz, fazendo-se existente em momentos como naqueles delineados a seguir.

## 2.1 DEFINIÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Dentro da polissemia que envolve o vocábulo “*símbolo*”, destaca-se o sentido antropológico desenvolvido por Strauss (NEVES, 2016, p. 7-8), bem como o desenvolvido no âmbito da psicanálise e da psicologia analítica (NEVES, 2016, p. 9). Também estão presentes concepções derivadas da semiótica, da lógica, e da sociologia. No entanto, o termo tomado em sua acepção jurídica deve ser compreendido ao lado da ação instrumental e da ação expressiva que emanam do texto legal.

No agir instrumental, há uma conduta conscientemente dirigida a um fim específico. Não se deseja que o resultado seja imediatamente alcançado, mas se espera que venha a calhar em algum momento, através daquilo que se dispôs na norma (NEVES, 2016, p. 22). Na atitude expressiva a ação em si é confundida com a satisfação do desejo a ser alcançado, de modo que possui finalidade em si mesma (NEVES, 2016, p. 22). Por fim, a ação simbólica estabelece nominalmente elementos de agir instrumental, mas não carrega consigo a intenção sincera de alcançar o resultado manifesto por ela estabelecido, criando também elementos de sentido mediato e impreciso, que preponderam sobre o a relação “meio-fim” aparentada por sua faceta instrumental (NEVES, 2016, p. 22).

Para que se caracterize a atuação hipertrófica do agir simbólico sobre as demais formas de irradiação de sentido da Constituição Federal, cumpre, anteriormente, realizar um breve esboço sobre a Legislação simbólica e suas três variantes fundamentais.

## 2.2 A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

Neves, com apoio em Kindermann (2016, p. 33), aponta três modelos pelos quais a legislação simbólica opera: *confirmação de valores sociais*, *legislação álibi*, e *legislação como forma de compromisso dilatatório*. Na *confirmação de valores sociais*, existe um conflito de valores entre determinados grupos da sociedade, de modo que o Estado toma uma posição através de sua atuação legiferante. No entanto, a eficácia do que se dispõe através da norma é

inócua. A confirmação de valores sociais busca apenas assegurar a um dos grupos litigantes a percepção de que seus interesses são moralmente superiores, já que apoiados pelo próprio Estado. Pouco importa a real produção de efeitos da norma.

Na *legislação álibi*, não se procura confirmar valores de um determinado grupo, mas suscitar o sentimento comum de confiança no Estado. Logo, é realizada uma produção legislativa com base nos anseios sociais, mas sem efetivação prática. Tal comportamento lastreia-se na expectativa comum de que a norma veicule o que instrumentalmente expõe.

Já na *legislação como fórmula de compromisso dilatório*, também existe um conflito social que é objeto da norma. No entanto, nessa modalidade, o lapso temporal concretizador do texto normativo é muito longo, sendo certo que o consenso não se dá pela relação estabelecida instrumentalmente, mas justamente pela sua concretização incerta. Dessa forma, um grupo sente-se confortável por ter seus interesses confirmados pelo Estado, enquanto o outro se mantém relativamente despreocupado, pois sabe da vagarosidade para o cumprimento da norma.

Nesse esteio, a norma simbólica possui vasta predominância de ineficácia, vez que não consegue impor as suas disposições textuais, seja pela via autônoma ou heterônoma. Mas não se pode tratar toda norma ineficaz como simbólica, até porque sua eficácia raramente se estabelece de modo pleno e acabado imediatamente, sendo necessário certo lapso temporal de amoldagem fática aos preceitos veiculados (que não se confunde com a fórmula de compromisso dilatório, onde o lapso temporal não é para adaptação, e sim para manutenção do *status quo*).

Assim, Neves (2016, p. 51-53) estabelece também como efeito típico da norma simbólica a sua *falta de vigência social*, que é desacreditada pela sociedade como um instrumento capaz de veicular suas expectativas normativas gerais. Também há um efeito positivo da norma simbólica, que possui grande relevância no agir envolto por caracteres políticos, tendo sua eficácia ligada à manutenção do poder e ao descarregamento das responsabilidades atribuídas ao Estado.

Aqui, já é importante notar que a legislação simbólica vai em sentido oposto ao da Constituição defendida por Hesse em sua obra “*A força normativa da Constituição*”. Na realidade, um dos pressupostos de verificação da força normativa da Constituição, ou seja, sua observância fática, é a “*vontade de Constituição*”, tendo dentre seus elementos práticos a ideia de que deve haver um consenso geral de conformação ao conteúdo da legislação (HESSE, 1991, p. 21 -22), consenso este que, inclusive, pressupõe ser impedida a verificação de vantagens pontuais em detrimento daquilo que se estabelece na norma. *Com a legislação simbólica se dá*

*exatamente o inverso*: a sociedade nega à norma sua característica generalizadora das expectativas normativas, sendo comum o sentimento de apatia ou desinteresse pelo seu conteúdo.

### 2.3 SOBRE COMO O SIMBOLISMO CHEGA À CONSTITUIÇÃO

Delimitado o conceito de legislação simbólica, deve-se apontar agora sua perspectiva constitucional. Ferdinand Lassalle, na “*essência da Constituição*” (2016, p. 17-19), estabelece que lei e Constituição, apesar de guardarem elementos semelhantes, são separados pela função de fundamento existencial do próprio sistema jurídico que envolve o Texto Constitucional. Nesse passo, Lassalle compreende que a norma maior não seria mais do que o conjunto dos fatores reais de poder que imperam em determinado território. Dessa maneira, a Constituição propriamente dita corresponderia à soma das entidades e indivíduos capazes de exercer influência sobre a sociedade, sendo até mesmo o seio social um fator de poder, porém desorganizado. O autor também define que além da Constituição real, existe uma Constituição escrita, que seria um elemento sintetizador dos já citados fatores reais de poder, capaz de legitimá-los perante a sociedade, graças à feição jurídica (normativa) que possui, em especial os atributos de imperatividade e coercibilidade (2016, p. 18-26). Levando em conta uma perspectiva ideal do conceito de Constituição, Lassalle recai em equívoco, vez que as Constituições são necessariamente arraigadas na limitação do poder. Contudo, um avanço de raciocínio poderá levar à conclusão de que as definições estabelecidas pelo autor podem ter sentido *quando descrevem o que uma Constituição pode se tornar*.

Tomando a acepção comum de Constituição, tem-se um instrumento jurídico que fundamenta a existência de outras normas com sua base necessária na limitação do arbítrio. Dessa maneira, a escolha da obediência a uma norma maior e às outras secundárias que a ela se amoldam mostra-se mais viável do que o convívio corriqueiro com os desmandos de um déspota. Nesse sentido, Neves (2016, p. 65-67) estabelece o processo de diferenciação entre *direito (norma jurídica)* e *política (poder em sua forma “pura”)* como a ideia de constitucionalização, de tal modo que a predominância do poder como elemento legitimador das relações passa a ser substituída pela normatividade. Apesar de ser influenciada pelas relações de poder típicas do sistema político, a Constituição consegue manter a autonomia do sistema jurídico e de seu código “lícito/ilícito”, *controlando as tensões decorrentes da política*. Sendo o alicerce do sistema jurídico, cabe ao Texto Constitucional balizar os pressupostos de

aplicação e os conteúdos da norma, sem que seja necessária a intervenção imediata de outros sistemas, como o político (NEVES, 2016, p. 69-74).

Nesse caminho, uma Constituição instrumental seria aquela com predominante concretização fática das normas por ela veiculadas, além da verificação de sua eficácia social. É importante que se tenha em mente que a norma constitucional está além do simples texto, colimando-se com a própria realidade. De tal modo, existe um preceito estático, que em contato com o tegumento social produzirá seus efeitos, e através dos instrumentos de atualização normativa será também influenciado pela sociedade (NEVES, 2016, p. 84-85). Caso tal situação seja negada, estar-se-á diante da ausência de eficácia social, e, portanto, não haverá presença de função instrumental no Texto Constitucional.

Por seu turno, uma norma constitucional simbólica é aquela que, primeiramente, não possui normatividade. Os preceitos não se realizam no plano fático (sejam eles imperativos ou de organização), e também não existe em meio aos cidadãos a consciência de que o Texto Constitucional veicule suas aspirações de cunho geral, sendo visto com *indiferença*, ou como um *mero instrumento de imbróglio*. Disso decorre uma falência do código normativo na sociedade, que será suplantado por outros critérios de organização, como fatores de religião, raça, economia, política etc.

Em segundo lugar, a Constituição simbólica possui relevante função político-ideológica. Assim, seu papel positivo reside em manter uma resposta às exigências políticas concretas. E isso é realizado através “[...] *da criação de um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas*” (NEVES, 2016, p. 98). Esse comportamento, para o viés político, possui grande valia: existe uma promessa de mudança da realidade lançada pelos agentes estatais, ou a própria vanglória destes em relação à conquista de direitos fundamentais somente dispostos textualmente. Por outro lado, essa promessa não possui a mínima base social para sair do plano literal, e as coisas continuam a ser como eram, de modo indefinido. São garganteadas pelos agentes do Estado as disposições constitucionais, inclusive aquelas ligadas aos direitos fundamentais, à separação de Poderes, e às eleições democráticas (NEVES, 2016, p. 99), como garantias conquistadas através de seu árduo esforço. Pouco importa se existe a repercussão da norma na práxis: mais vale a propaganda de sua forma abstrata, ou a incessante promessa de sua efetivação num momento posterior indefinido.

Feita essa exposição, mostra-se mais intuitiva a concepção “escatológica” de Constituição apresentada por Lassalle. Tomando sua compreensão bipartida de Constituição, a “*Constituição escrita*” é esboçada como um documento garantidor de vários direitos

fundamentais e diversas garantias individuais. Contudo, o sentido da “*Constituição escrita*” passa a ser determinado pelos fatores reais de poder organizados, ou seja, daqueles que manipulam o Estado e demais agentes que possuem capacidade de influência direta no seio da sociedade. *Assim, a Carta Magna não mais representa um instrumento de resistência ao poder, mas tão somente uma via de conformidade aos que o possuem.*

É também interessante o fato de que a conformidade da Constituição escrita com a Constituição real, estabelecida por Lassalle como um pressuposto básico para o sucesso da primeira, mostrou-se equivocado. Na verdade, tal ocorrência deriva da capacidade de persuasão dos detentores do poder, e da credulidade ingênua da sociedade nos discursos apresentados. É nesse sentido que Neves estabelece (2016, p. 99):

Daí decorre uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que, se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Nessa perspectiva, *a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem os seus limites, podendo inverter-se, contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista* (grifo nosso).

No caso brasileiro, a “tomada de consciência” em relação ao simbolismo constitucional faz-se presente, mas de modo fragmentado e inconsistente. A sociedade demonstra seu descontentamento com o panorama político, inclusive impulsionando alterações faticamente relevantes, mas sem atinar-se à amplitude e à verdadeira origem do problema. Como se não bastasse, os utentes da constitucionalização simbólica possuem relevante vantagem em relação ao meio social na consecução de seus objetivos, pois como bem lembra Lassalle, estes têm em mãos uma força organizada. Embora o autor exemplifique a organização das forças como um aspecto militar, estabelecendo que o Exército, se “[...] *está organizado, pode reunir-se a qualquer hora do dia ou da noite, funciona com uma disciplina única e pode ser utilizado a qualquer momento que dele se necessite*” (2016, p. 29), também existem outros fatores de poder com grande organização, como grupos econômicos, partidos políticos, ONGs e a própria mídia. Por sua vez, a sociedade genericamente considerada não possui os meios de coordenação destes fatores, e sofre as consequências da falta de organização no plano jurídico.

No entanto, não é descartada a possibilidade de uma reação social aos fatos ocorridos. O próprio Lassalle (2016, p. 30) dispõe que:

A população, um dia, cansada de ver os assuntos nacionais tão mal administrados e pior regidos e que tudo é feito contra sua vontade e os interesses gerais da nação, pode se levantar contra o poder organizado, opondo-lhe sua formidável supremacia, embora desorganizada.

Ultrapassada a fase de definição conceitual da constitucionalização simbólica, será realizada uma explanação sobre como a falta de critérios na atuação judiciária pode asseverar um contexto de simbolismo constitucional, especialmente no tocante aos direitos sociais e ao pluralismo político.

### 3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A ATUAÇÃO JUDICIAL

É certo que as cláusulas pétreas - e, portanto, inclusive os direitos sociais -, não podem ter seu conteúdo suprimido ou reduzido, mas ainda assim deverão ser regulamentados e definidos, em virtude da característica genérica da Constituição. Contudo, surge aí um problema: a interpretação da norma acarretará, em alguns casos, na restrição destes direitos. E tal atividade, embora constitucionalmente vedada ao Legislativo, deverá ser realizada pelos aplicadores da lei, inclusive por conta das vicissitudes fáticas a que ela se subsume. Se for negado tal juízo de valor aos magistrados, o Estado deverá subsidiar todos os pleitos relacionados a todos os direitos sociais, o que se mostra claramente impossível. Todavia, por outro lado, caso haja excessivo esvaziamento do conteúdo da norma analisada, esta perderá sua essência, tornando-se inútil. Eis o paradoxo.

Assim, o *status* pétreo de uma norma deve guardar identidade somente com seu *núcleo básico de sentido*. Isso não quer dizer que ante as demandas sociais o Estado somente deva conceder aquilo determinado como o básico, mas que tão somente o núcleo básico dos direitos fundamentais (e, portanto, dos direitos sociais) seja intocável. O restante, em razão dos pressupostos fáticos de incidência da norma, pode ser manejado pelo magistrado. Caso se entenda em sentido contrário, estar-se-á diante de uma contribuição à função simbólica da Constituição.

Num primeiro momento, o êxito na demanda individual gera, de fato, eficácia normativa pela via heterônoma. No entanto, o atendimento das demandas judiciais sem que se observe os pressupostos de ordem fática acabará por gerar descompassos maiores ainda, que cedo ou tarde, repercutirão no contexto social. Por isso é que se deve lembrar das lições de Konrad Hesse (1991, p. 14-15):

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não devem ser desconsideradas.

No contexto brasileiro, é fácil visualizar o descalabro que poderia ser causado num ambiente de livres concessões às demandas sociais. Caso a via jurisdicional seja compreendida como alternativa à dureza dos fatos, haverá a massificação de processos com o fito de obtenção de benesses das mais variadas escalas. Nesse diapasão, a concessão desmedida dos pedidos formulados, sem levar em conta a limitação de recursos disponíveis, acabaria por piorar a situação, uma vez que as decisões judiciais também estão umbilicalmente ligadas ao panorama fático a que se dirigem. Embora a violação dos limites de concretização possa ocorrer pontualmente sem problemas de grande significância, é certo que sua extensão demasiada acabaria por sepultar totalmente a eficácia do preceito normativo, que sucumbiria ante a impossibilidade de generalização.

Desta feita, reconhece-se que a atuação judiciária precisa de parâmetros para que não faça a ordem jurídica e os demais sistemas sociais sucumbirem ante a discrepância entre o que concedem e aquilo que pode ser concedido. A seguir, ver-se-ão formulações hipotéticas que possibilitem o estabelecimento destes critérios, respeitando-se o pluralismo político e o princípio democrático.

### **3.1 CRITÉRIOS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL: ENTRE A FORÇA NORMATIVA E O PLURALISMO POLÍTICO**

Dentro de uma perspectiva dialético-cultural do sentido de Constituição, se aduz que a Norma Fundamental, um “dever ser”, é conceituada como uma conexão ideal de sentido, que, no entanto, é condicionada pelo ser, dele recebendo seu significado social (NEVES, 2016, p. 64). Essa acepção considera como norma não só o enunciado literal e o seu sentido imediato, mas vai além: *reconhece que a Constituição só passa a existir no momento que atinge a realidade e demonstra seus resultados.*

Nesse sentido, é de grande valia a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Häberle. Por ela, o autor reconhece a necessidade de que a realidade deve possuir maior integração ao procedimento interpretativo (HÄBERLE, 2014, p. 12). Para tanto,

disserta que não devem somente participar do procedimento de interpretação da norma aqueles que tradicionalmente estão “aptos” a realizá-lo, mas também os mais variados setores da sociedade, pois “[...] qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é essencial conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição” (HÄBERLE, 2014, p. 12). Além disso, a interpretação das normas também deve se conformar a uma perspectiva democrática, vez que, se num primeiro momento é dever do povo produzir o conteúdo normativo, também ele deverá ter possibilidades de decisão sobre o real sentido que essa norma deverá ter no caso concreto.

### 3.2 A VIABILIZAÇÃO PRÁTICA DA INTERPRETAÇÃO PLURAL

Sobre os sujeitos legitimados ao processo interpretativo, Häberle (2014, p. 7-8) estabelece um *catálogo provisório* em sua obra, determinando os atores com base na práxis constitucional alemã. Contudo, como bem observou Lazari, o presente rol deve ser “abrasileirado” (2012, p. 181). Num primeiro momento, podem ser considerados os próprios legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (LAZARI, 2012, p. 182). Isso se justifica, pois, se tais sujeitos estão aptos a questionar a existência de uma norma em relação à Constituição, deflagrando um procedimento que poderá redundar na própria anulação do ato ou na mudança de sua interpretação, também poderão ser convocados a discutir parâmetros sobre a definição de sentido desses enunciados normativos, já que quem pode o “mais”, também pode o “menos”.

Em segundo lugar, os membros do Conselho da República também merecem destaque na função interpretativa da Constituição. Considerando a legitimidade para opinar sobre questões relativas à estabilidade das instituições democráticas (art. 90, II, CF), aqui também cabe o raciocínio anterior: se existe aptidão para que seus membros tenham influência em situações que compreendam instabilidade institucional, também poderão influir opinativamente em discussões casuísticas que façam parte do dia a dia institucional.

Também é de suma importância que tomem parte do procedimento interpretativo tanto os membros do CNJ como os membros do CNMP. Se são tidos como elementos que pautarão pela dimensão fiscalizatória dos respectivos setores institucionais, poderão também atuar como seus representantes no procedimento opinativo, já que, num panorama de “representatividade institucional” relacionado ao pluralismo de intérpretes, há que se reconhecer que aqueles que realizam a correição da práxis possuem, ao menos em termos ideais, maior sensibilidade em

relação ao que seria uma prática correta. A partir disso, serão emitidos os preceitos opinativos das referidas instituições a que se vinculam.

As entidades autárquicas institucionais também devem ser consideradas, já que representam a particularização de certas atividades típicas da Administração Pública, através da personalidade jurídica própria que possuem, acrescida à gestão administrativa e financeira descentralizadas. A sua presença é imprescindível por trazer elementos de sustentação baseados também na práxis estatal, mas deve-se observar, no entanto, que sua legitimação deverá ser vinculada à temática por elas abarcada.

De forma mais abrangente, o *amicus curiae* (LAZARI, 2012, p. 182) possui pertinência como intérprete pelo seu conhecimento específico relacionado com a matéria discutida, que transcende a perspectiva meramente jurídica sobre os fatos que serão julgados.

Nada obstante, a sociedade como um todo deveria ser considerada, ao menos em termos ideais. O princípio democrático regente permite que através de uma analogia da legitimação popular para propositura de projetos de lei (art. 61, §2º, CF), possa ser pensada também a participação do povo dessa forma (LAZARI, 2012, p. 182-183).

### 3.3 OS LIMITES DE ATUAÇÃO DOS INTÉRPRETES

Ao menos no estado de coisas atual, é impossível que se proceda à realização de um modelo decisório baseado puramente na democracia direta. Analisando a Constituição Federal, tem-se que os Poderes estabelecidos são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º). Em relação à jurisdição, esta é função típica do Poder Judiciário, que pelo princípio da indelegabilidade não poderá transferir suas atribuições de cunho decisório. Existem situações em que a Constituição permite que outros órgãos ou poderes exerçam a função jurisdicional, mas uma vez atribuída a função ao seu sujeito correlato, este não poderá delegá-la ao seu bel prazer.

Ademais, a presunção de modificação da realidade através de comandos constitucionais, incluída no ideal de força normativa, poderia restar totalmente prejudicada, diante de um número acentuado de interpretações e de intérpretes. Em última análise, a pluralidade inerente ao multiinterpretativismo raramente gerará um consenso, de modo que haverá uma inviabilização prática da implementação das conclusões dos vários agentes interpretativos, vez que não raras vezes guardarão divergências entre si em relação ao tema discutido. No entanto, como bem aponta Lazari (2012, p. 184), a atuação dos intérpretes deve consubstanciar um

contraponto entre a força normativa da Constituição e a necessária participação do corpo social nas decisões e no procedimento de formação da norma.

Nessa esteira, a confluência dessas duas instâncias seria aceitável da seguinte maneira: aos intérpretes seria dada a possibilidade do estabelecimento de parâmetros para a atuação jurisdicional (LAZARI, 2012, p. 184). Assim, dentro de um contexto decisório, os novos atores constitucionais deveriam agir na determinação dos conceitos genéricos que permeiam a Constituição Federal. De tal forma, as conclusões oriundas do procedimento serviriam como elemento para a convicção do magistrado. Contudo, ao juiz não seria imposta a obrigatoriedade observância de tais critérios, mas tão somente a necessidade de levá-los em conta no julgamento que proferirá. Poderia o magistrado, inclusive, decidir de modo contrário ao “parecer” dos intérpretes, mas seria imperioso que do *decisum* constasse a fundamentação da contrariedade. É o que diz Antonio Cabral (2007, p. 50), em raciocínio análogo estabelecido nas audiências públicas (sobre as quais se falará adiante):

Assim, surge outro importante efeito da audiência pública, aquele de impor ônus argumentativo (*Argumentationslast*), caso desejem os órgãos administrativos e judiciais afastar-se da conclusão popular. Isso ocorre, porque, às vezes, o ordenamento estabelece um primado apriorístico (*prima facie Vorrang*) de certos valores, interesses e direitos em detrimento de outros. Assim, quando observada essa “hierarquia” valorativa, para que o magistrado faça prevalecer o bem, valor ou direito que não aquele *prima facie* prevalente, deve haver razões mais fortes (*stärkere Grund*) do que as que seriam necessárias para justificar a decisão em benefício do interesse privilegiado pela ordem jurídica.

Estabelecido o papel dos novos intérpretes constitucionais, passa-se ao desenvolvimento do novo procedimento especificado.

### **3.4 O PROCEDIMENTO DA INTERPRETAÇÃO PLURAL: INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA, INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM COMO ELEMENTOS DE FILTRAGEM DE QUESTÕES RELEVANTES**

Levando em conta que não existe possibilidade de que todas as questões judicializadas sejam discutidas pelos intérpretes, deve existir certa filtragem em relação aos conteúdos de primeira relevância que farão parte da pauta de discussões dos agentes interpretativos, como se verá a seguir.

Com a inovação processual civil de 2015, foram criados instrumentos de uniformização de jurisprudência, dentre os quais estão o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, com previsão nos arts. 976 a 987 do Código de Processo Civil, tem cabimento quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e, simultaneamente, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Tal instrumento processual, muito embora pensado para casos de uniformização jurisprudencial, também poderá ser utilizado para a ampliação da interpretação constitucional, na seletividade dos assuntos que serão abordados.

Sobre o Incidente de Assunção de Competência, previsto no art. 947 do CPC, também é um meio de uniformização de jurisprudência, calcado numa relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem a necessidade de repetição em muitos processos.

Por fim, também pode-se aferir a relevância temática das questões através do julgamento de Recursos Repetitivos, previsto nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC. Tal modelo de uniformização jurisprudencial se justifica como filtro de questões notáveis por ser um espelho das controvérsias que mais permeiam os Tribunais Superiores. Aqui, o único critério objetivo para que ocorra a afetação é a pura e simples repetição dos recursos, que sendo verificada gerará certeza de que a matéria esboçada deverá ser objeto de apreciação pelos intérpretes.

### 3.5 UM PARALELO COM AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Estabelecidas as formas de captação dos assuntos mais relevantes ao procedimento interpretativo, deve-se demonstrar a forma de concretização do referido instituto. Para tanto, buscou-se adaptar o procedimento de interpretação ao que já se tem de semelhante nesse sentido: as audiências públicas previstas na Lei nº 9.868/1999, bem como na Lei nº 9.882/1999, que possuem a função precípua de providenciar um melhor supedâneo probatório, relativo a determinada área de conhecimento técnico que esteja pautada na discussão ajuizada. Nesse sentido, as audiências “[...] servem ao objetivo de compensar déficits epistêmicos de tomadores de decisão, que precisam determinar como o direito deve lidar com problemas que não são propriamente jurídicos” (LEAL, HERDY, MASSADAS, 2018, p. 335).

No entanto, a partir da Emenda nº 29 de 2009, o Regimento Interno do STF passou a admitir a figura das audiências públicas em todas as discussões que envolvessem repercussão geral e interesse público, estando ou não no âmbito do controle de constitucionalidade

concentrado. Também a amplitude dos participantes das audiências públicas aumentou consideravelmente. Assim, ganha vida a teoria propalada Häberle. Nas palavras de Bruno Carazza dos Santos (2016, p. 30):

Além da necessidade de estender a compreensão da realidade colocada nos autos para além do mundo estritamente jurídico, permitindo uma prestação jurisdicional mais condizente com a prática, os despachos de convocação da audiência pública também demonstram uma preocupação bastante clara no trabalho de Peter Häberle: Efetuar uma *interpretação que seja apoiada na legitimidade*. Ao convocar especialistas no assunto e a comunidade afetada pela futura decisão judicial para opinarem perante a Corte, os relatores *procuram revestir seu exercício hermenêutico de maior legitimidade social, esclarecendo não apenas as peculiaridades técnicas envolvidas, mas também os vários pontos de vista dos cidadãos envolvidos [...]* (grifo nosso).

Embora as audiências públicas possuam afinidade com a interpretação plural, e seja admissível que uma adaptação aconteça, existem pontos cruciais que não podem se repetir num ambiente de interpretação democrática. Em sua versão originária, o instituto das audiências públicas somente poderia vir a lume por determinação do relator do processo de controle de constitucionalidade concentrado. No entanto, através da Emenda Regimental nº 29 de 2009, o Regimento Interno do STF passou a facultar ao Presidente da Corte a convocação das audiências, de modo que não seria mais necessário que a discussão pautada fosse objeto de ADI, ADPF ou ADC, desde que presentes os requisitos de repercussão geral e interesse relevante da matéria. Também há a necessidade de que o Presidente, através de um juízo de conveniência, convoque a audiência. E é aí que mora a primeira incompatibilidade entre o procedimento das audiências públicas e aquele que se construirá para efetivação da interpretação plural: *a interpretação plural carrega consigo a necessária ampliação democrática no processo decisório*. Assim, não pode ficar vinculada ao juízo discricionário do magistrado, pois como forma de participação popular nos desdobramentos do poder, deverá possuir regras objetivas para sua verificação.

Em segundo lugar, deve-se atentar para os critérios de escolha dos legitimados a exarar a opinião sobre a matéria em debate. Gabriela Miranda Duarte (2017, p. 96) aponta que, em suma, foram utilizados três meios para tal determinação: o *convite*, a *indicação* e a *inscrição*. Tratando-se da primeira hipótese, o rol dos participantes é determinado pelo Ministro que convocou a audiência pública, sendo seguida a regra geral de pertinência temática; no segundo caso, a participação dos legitimados se dá por determinação dos litigantes do processo, que

deverão apontar, segundo seus critérios, participantes com autoridade e experiência na matéria disputada; por fim, a inscrição é a forma mais aberta de determinação dos participantes da referida audiência (aqui, aqueles que possuem interesse sobre o assunto debatido devem manifestá-lo através do envio de mensagens eletrônicas; nesse caso, a divulgação da audiência se dá no Diário Oficial da União, bem como em endereços eletrônicos como o da própria Corte e de noticiários de grande abrangência) (DUARTE, 2017, p. 98). No entanto, o procedimento da inscrição não possui parâmetros claros sobre a quantidade de participantes e o critério de escolha dos mesmos. Com efeito, o que se vê é que essa normatização se dá através de juízos de razoabilidade tecidos por cada Ministro.

Ora, o procedimento de escolha delineado pelo convite também é limitado pela discricionariedade do magistrado. Mesmo que se admita que no desenrolar das audiências públicas os Ministros tenham optado por critérios pautados pela pertinência temática, o próprio juízo sobre a relevância temática é feito pelo Presidente do Tribunal, que pode inclusive optar por critérios mais ou menos abrangentes que este, ao seu livre arbítrio. A indicação revela idêntico vício, com a diferença de que a discricionariedade que antes repousava sobre um único magistrado agora se divide entre os litigantes do processo.

Sobre a inscrição, embora seja o meio de acesso mais aberto ao público, também padece de limitações, inclusive originadas de sua própria abertura. O método da inscrição nada mais faz do que gerar uma lista de pretensos candidatos ao debate, para que novamente seja exposta ao crivo discricionário do magistrado. Trata-se apenas de um convite com uma lista predefinida de “convidados”.

Demonstradas as compatibilidades e incompatibilidades entre o procedimento das audiências públicas e o próprio instituto da interpretação plural, é imperioso que se delimite uma estrutura procedimental que observe as peculiaridades do referido instituto, como se verá adiante.

### **3.6 A ORGANIZAÇÃO DOS INTÉRPRETES E ASPECTOS PROCEDIMENTAIS SECUNDÁRIOS**

A divergência de opiniões e a grande pluralidade de intérpretes - no caso do quociente eleitoral - demonstram-se como obstáculos à consideração de cada perspectiva individual sobre o caso pautado. Isto posto, cada órgão ou estrutura organizada que fará parte do procedimento deverá, em prazo oportuno, exarar sua perspectiva sobre o assunto debatido. Ao final disso, caberá a convocação popular, para que se manifeste favoravelmente ou em desacordo com as

medidas propostas pelos demais legitimados. Assim, o elemento popular se incumbiria de legitimar ou não os pareceres formulados pelos demais pares durante o procedimento, de maneira que durante a interpretação judiciária, o magistrado deveria atribuir maior relevância aos pareceres revestidos de maior adesão.

Sobre a apreciação dos argumentos interpretativos nas decisões proferidas pelos órgãos judiciais, tem-se que, a despeito da relação das questões relevantes com determinada área específica da prestação jurisdicional civil, deve-se admitir que, pela natureza constitucional dos direitos discutidos, as opiniões formuladas devem ser utilizadas além do seu “compartimento” jurisdicional inicial.

Em relação à sede jurisdicional de realização do procedimento descrito, sendo função precípua do STF a guarda da Constituição, e considerando sua sobreposição territorial e hierárquica aos demais tribunais, tem-se que este é o foro mais apropriado para que se desenvolva a atuação pluralística dos intérpretes. Haverá, assim, o funcionamento do órgão de interpretação ante a Excelsa Corte, de modo que a demanda continuará a ser julgada por seus correlatos órgãos jurisdicionais. Isso importará numa aplicabilidade irradiante dos pareceres emitidos pelos intérpretes, podendo ser utilizados por todos os órgãos que eventualmente possuírem sob sua esfera de decisão as matérias pautadas no instante da interpretação.

Por derradeiro, no tocante à atualização dos assuntos pautados, a revisão das questões discutidas caminha na mesma senda de sua própria definição. Se o seu apontamento reside em momentos processuais que delineiam a relevância dos casos debatidos, é claro que, se determinada questão mostrar-se influenciada por novo acontecimento fático, novas demandas judiciais com base no assunto afetado serão aforadas continuamente, o que certamente repercutirá nos instrumentos de captação já elencados.

#### 4. CONCLUSÃO

Demonstrou-se que caso exista uma atuação judicial desmesurada em relação à concessão dos direitos sociais, haverá a acentuação de um panorama simbólico constitucional, já que num contexto de aglomeração de demandas sociais, e existindo a pura e simples observância do critério expansivo insculpido nas cláusulas pétreas, irromperá, de início, uma aparente concretização normativa pela via heterônoma, que dará lugar à bancarrota estatal, posto que a generalização de concessões em discordância com a realidade fática gerará uma situação econômica e socialmente insustentável.

Ademais, apresentou-se como solução parcial à intensificação do simbolismo pela atuação jurisdicional a adoção de novos critérios para a definição do conteúdo dos direitos sociais. Nessa toada, foi dito que tais critérios deveriam ser tomados a partir de um panorama democrático, por questões de legitimidade política, tendo em vista que o próprio povo, detentor do poder por excelência, também deveria influir no modo particularizado de sua efetivação demonstrado pela atuação judiciária. Em segundo lugar, por motivos de maior contato com o plano fático, tais atores teriam maiores condições de atestar as possibilidades de efetivação do conteúdo da norma, estabilizando as pretensões existentes com as possibilidades limitantes.

## REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, ano 06, n. 24/25, p. 41-65, jul-dez/2007.

DUARTE, Gabriela Miranda. *Audiência pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena para o dissenso?* Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. *Revista oficial do programa de mestrado em direito constitucional da Escola de Direito de Brasília - Instituto Brasiliense de Direito Público*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, ano 9, n. 60, p. 25-50, nov-dez/2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2016.

LAZARI, Rafael de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de investigações constitucionais*. Curitiba, s/a, n. 1, p. 331-372, jan-abr/2018.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

SANTOS, Bruno Carazza dos. Peter Häberle e as audiências públicas no STF: um balanço de oito anos. *Revista direito e liberdade*. Natal, ano 18, n. 3, p. 13-46, set-dez/2016.

Encaminhado em 01/07/19

Aprovado em 18/03/20