

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A SOCIEDADE ABERTA DOS
INTERPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO
PLURALISTA E “PROCEDIMENTAL” DA CONSTITUIÇÃO.**

(Influência do “Pensamento Jurídico do Possível” nas decisões do Supremo Tribunal Federal contribuindo para a formação do Direito Constitucional Brasileiro.)

José Guilherme Barcellos de Garcia Hudson¹

RESUMO

O artigo versa sobre a importância da teoria do pensamento do possível e as suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro. Através de uma exposição jurisprudencial e doutrinária, buscar-se-á demonstrar a importância do pensamento do professor Peter Häberle para o desenvolvimento de um direito constitucional no território nacional, verificando-se as decisões da Corte Constitucional e as mudanças legislativas, em especial com a criação do *amicus curiae*. A partir de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, tanto pátria como em direito comparado, procurando averiguar, sem a pretensão de exaurir o assunto, os aspectos jurídicos, que envolvem a teoria do pensamento do possível, regras de interpretação e processo da interpretação constitucional

Palavras-chave: Constituição. Direito constitucional. Peter Häberle. Hermenêutica. Teoria do Pensamento do Possível. Sociedade aberta de interpretes. Abertura constitucional. Amicus curiae.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUCRS, aprovada com grau máximo pela banca examinadora, composta pelo orientador Prof. Dr Carlos Alberto Molinaro, Prof^a. Dr^a. Regina Linden Ruaro e Prof. Dr. Álvaro Vinícius Paranhos Severo, em 8 de julho de 2016

INTRODUÇÃO

Muitas são as razões para se desenvolver o tema objeto deste artigo. Talvez, em primeiro lugar, situe-se o fato de a nossa Constituição ser tão nova, pois foi somente em 1988 que tivemos uma Constituição que rompeu todos os paradigmas e foi chamada de Constituição Cidadã, colocando o homem com direitos e garantias na frente da organização do Estado. Mas essa motivação nem de longe é a única e provavelmente não haverá de ser a mais importante. A nossa sociedade, nos tempos em que vivemos, de constantes mudanças e avanços sociais, não pode ficar a mercê da omissão do Poder Legislativo, nem tão pouco do engessamento do Poder Judiciário na lei.

De outro lado, a questão debatida é sumamente palpitante, despertando argumentos apaixonados até de colorido político. Diz com o Estado Democrático de Direito e com as garantias constitucionais concedidas ao cidadão. Há, no pano de fundo do proscênio jurídico, um confronto entre se interpretar para o cidadão ou se interpretar conforme o modelo positivista do século passado.² Esse embate filosófico, que sustenta a discussão jurídica, talvez jamais encontre solução definitiva, mas é imperioso que a encontre para o tempo em que se vive, à luz dos avanços tecnológicos e da realidade das ruas.

Ainda, acerca da profundidade da questão debatida, percebe-se que não se resolve exclusivamente em torno da mera aplicação dos dispositivos legais atualmente em vigor, exigindo profunda reflexão em torno dos princípios constitucionais que orientam o sistema, dos valores fundamentais à natureza humana, e mesmo das convicções ideológicas predominantes que devem informar a solução a ser adotada. E principalmente dos métodos de interpretação postos neste século.

Para o enfrentamento do tema proposto, não bastou o exame da legislação, a prospecção de toda a doutrina que trata do assunto, a conferência do direito comparado, exigindo a reflexão própria de quem, coerente com o seu tempo e com os valores em vigor – mas sempre em constante mutação – procura encontrar aquele *Norte*, aquelas orientações que melhor se coadunam com a exigência da evolução civilizatória.

² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

À vista disso, o primeiro capítulo deste trabalho abordará a evolução da hermenêutica constitucional. Através de uma digressão histórica, demonstrando as modificações, decorrentes do desenvolvimento. Passando pelo código civil Frances e sua importância para a época, os modelos de interpretação da escola exegética francesa até os avanços trazidos pela nova escola de interpretação.

Percorre se as teorias trazidas por Peter Häberle, como a influência da sociedade aberta dos interpretes da constituição, exemplificando e explicando o alcance dessa teoria na interpretação constitucional. A importância de uma sociedade pluralista e a importância da interpretação das pessoas que vivem diariamente a experiência constitucional.

Também no capítulo primeiro apresenta se a importância do pensamento jurídico do possível, uma crítica ao método de interpretação positivista (que acreditava que toda a vida em sociedade estava regulada pelo código) e se exemplifica e se desvenda a importância da teoria do pensamento do possível para o Constitucionalismo Brasileiro.

No terceiro capítulo já com a base das teorias do professor Peter Häberle, se busca como esta teoria teve presença no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente busca se a intersecção entre os *amicus curiae* e o método de interpretação pluralista. Investiga se a participação da sociedade através dos *amicus curiae* na Corte Constitucional é uma maneira interpretativa, na teoria de Peter Häberle. Também essa mesma análise acontece no caso das audiências públicas, que o Supremo Tribunal Federal vai ao encontro do povo para, que uma vez formada a convicção com a ajuda de vários setores da sociedade firmará a convicção sobre a interpretação Constitucional.

Procura se encontrar essa presença de Häberle, não somente no Supremo Tribunal, mas no campo do Legislativo através da edição de leis que viabilizem a sociedade aberta.

Também neste capítulo através de uma análise jurisprudencial mostra a importância de Peter Häberle, na Corte Suprema. Seja uma presença no campo argumentativo ou no campo procedimental. No campo argumentativo a influência do pensamento do possível é a que mais sacramenta o pensamento do professor Peter Häberle. Procurar-se-á analisar de que maneira se enquadra este pensamento com o direito constitucional brasileiro.

Por fim, através dos ensinamentos do professor Peter Häberle, procura se chegar ao meio termo entre o direito constitucional do Direito Comparado e um constitucionalismo com fortes influências brasileiras.

1 HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL

2.1 METODOS DE INTERPRETAÇÃO

A Revolução Francesa acabou com os privilégios da nobreza e do clero e garantiu a igualdade de todos, os direitos foram fixados pela lei, e tornando todos iguais perante essa. Com a publicação do Código Civil de Napoleão, se pensou que toda a vida em sociedade estaria regulada pelo Código, sendo assim foram revogados todos os usos e costumes vigentes. A lei passou a ser a única fonte de Direito e começaram a surgir grandes discussões sobre a melhor maneira de se interpretar os textos. Assim, no século XIX surge a “Escola da Exegese”, para esta a solução de todos os dilemas humanos já estava positivado no Código. A lei era tudo, de tal modo que a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para aprender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações. O jurista deveria olhar somente os textos, utilizando dos usos e costumes somente quando o texto determinasse.

Segundo SAVIGNY:

El elemento gramatical de La interpretación tiene por objeto La palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comunique con el nuestro. Consiste, por consiguiente, em la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador.

El elemento lógico tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea la relación em la que se hallan SUS diversas partes.

El elemento histórico tiene por objeto la situación de la reacción jurídica regulada por reglas jurídicas em el momento de la promulgación de la ley. Esta debía intervenir em aquella de determinada manera; y el mencionado elemento ha de evidenciar el modo de aquella intervención; lo que por aquella ley se ha introducido de nuevo em el Derecho.

El elemento sistemático, por último, se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas

dentro de una magna unidad. Este plexo se hallaba lo mismo que el contexto histórico em la mente del legislador; y por consiguiente no conoceremos por completo su pensamiento, si no esclareceremos la relación en la cual la ley se encuentra con todo el sistema jurídico y el modo em que Ella debía intervenir eficazmente em el mismo.³

Ao interprete cabia analisar o dispositivo legal e deter-se sobre a literalidade do texto. O primeiro passo do interprete é diante do texto legal captar o seu pleno valor, extrair a vontade do legislador, indagando as proposições do ponto de vista sintático.

Depois de fazer a análise gramatical, ocorre o trabalho logico (buscar a sua finalidade)⁴, o texto legal, tem que ter um sentido logico, nesse passo se cuida do valor logico das frases,⁵ abstraindo o seu lugar no todo e analisando o seu sentido somente. No terceiro passo cabe analisar o conjunto de artigos, que deve ser interpretado observando este todo, sua colocação sistemática.

A interpretação histórica, busca trazer a situação enfrentada pelo parlamento na época da feitura da lei e extrair o sentido que os legisladores queriam dar para determinada situação. Fazendo este retrocesso busca-se prever de que forma a lei estaria regulando os fatos atuais.

Segundo Karl Larenz:

O intérprete deve colocar-se em espírito na posição de legislador e repetir em si, artificialmente, a atividade deste, ou seja, deixar que a lei brote como que de novo no seu pensamento. Como os quatro elementos da interpretação, voltam a apontar-se o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. Mas já não se trata aqui de quatro espécies de interpretação, e sim de diferentes atividades que têm de proceder em conjunto, se se pretende que a interpretação chegue a seu termo.⁶

O método tópico-problemático nasce após a Segunda Guerra Mundial. O positivismo jurídico entrou em descrédito por causa dos governos totalitários na Alemanha e na Itália. Novas formas de pensar o direito começaram a surgir quando

³ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. La Ciencia del Derecho, Editorial Lousada S/A, Buenos Aires, 1949, p.83

⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 277

⁵ _____. Filosofia e teoria política: ensaios. São Paulo: Saraiva, 2010

⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbekian, 3ªedição, Lisboa, 1997, p. 15.

a atuação desses governos foi justificada conforme a visão positivista da época: fiel cumprimento à lei do seu país. Tendo em vista que usos e costumes eram elementos externos ao Direito e internos somente quando este assim determinasse, tais regimes tinham como respaldo as leis emanadas por autoridades competentes e perfeitamente válidas.

Os métodos da escola tradicional foram revisados por Theodor Viehweg em 1953 e assim foi criado o método tópico-problemático. Nesse método de interpretação a busca pelo o que é justo somente será alcançada se o interprete atuar em cima do caso concreto, ou seja, partir do problema e buscar a solução mais adequada, permitindo vários pontos de vista para a solução do caso concreto.

Com o método de Theodor Viehweg ocorre o rompimento do positivismo jurídico, pois as soluções dos problemas não estarão mais somente nos textos legais. Na tópica se aborda o problema de diversos ângulos, observada a lei, mas não mais somente essa, agora se observa também qualquer outro tipo de solução que resolva a demanda.⁷

A questão agora é observada a partir do problema, o sistema jurídico não é mais senhor absoluto e o princípio. O problema torna-se o ponto de partida para toda a atividade interpretativa.

Passa-se a valorizar a importância do problema e conseqüentemente a busca mais adequada para o caso concreto. As ideias trazidas por Theodor Viehweg vieram para revolucionar todo o pensamento hermenêutico de então e influenciar os novos pensadores.

2.1. “SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO” INTERPRETAÇÃO PLURALISTA⁸

Talvez Peter Häberle tenha sido o maior entusiasta da tópica desenvolvida por Theodor Viehweg, para aquele a nova hermenêutica constitucional não se tratava de um fim, mas sim um começo. A interpretação para Häberle deve ser feita

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

por uma sociedade aberta, ou seja, todos os que vivem a sociedade constitucional tem o direito de interpretá-la.

Quando lançou “A sociedade aberta dos interpretes da Constituição” o professor Peter Häberle buscou uma revisão do modelo de interpretação constitucional, ainda não se tinha indagado sobre os participantes do processo de interpretação pluralista, ou seja, toda a interpretação emanada das pessoas que vivem a Constituição e não somente dos interpretes jurídicos desta os as pessoas que enfrentam diretamente a lide processual.

Segundo o professor HÄBERLE:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potencias públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação Constitucional tem sido até agora conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os interpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potencias públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.⁹

A teoria de Peter Häberle, da legitimidade para qualquer um dar a sua interpretação sobre o que vive, e não garante o monopólio dos interpretes jurídicos sobre a Constituição. Desta forma, a solução para o problema não virá somente dos legitimados pelo Diploma Maior, mas também as pessoas sem legitimidade formal terão direito de serem ouvidas.

A teoria trazida pelo professor Peter Häberle, parte do pressuposto que a Constituição é um projeto que ainda não está pronto, um projeto em continuo desenvolvimento, um projeto aberto. A constituição é vista como um processo

⁹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

público em constante modificação, é sempre um resultado temporário, ou seja, passa por um processo de interpretação numa sociedade plural e aberta, contando com a participação de todos, e essa discussão é o que garante a legitimidade. Segundo o professor, Häberle, “somente assim a Carta Política será também uma constituição aberta, de uma sociedade aberta e verdadeiramente democrática”.

Sobre essa teoria da constituição como processo público, CANOTILHO asseverou:

A legislação constitucional e a interpretação da constituição estariam, assim, mais próximas do que a ideologia e dogmática do poder constituinte pretendem fazer crer. A lei constitucional e a interpretação constitucional republicana acontecem numa sociedade pluralista aberta como obra de todos os participantes (homens concretos ou grupos), neles se encontram elementos de diálogo e de conflitos, de continuidade e descontinuidade, de tese e antítese. A ênfase na “abertura”, “publicidade” e “pluralidade” do processo de interpretação conduz a teoria haberliana a um dos seus elementos caracterizadores: a constituição é ela mesmo um “processo” e daí a sua insistência no “processo” em vez de conteúdo, na compressão “pluralística normativo-processual”, nas “alternativas”, na “pluralização da legislação constitucional”, na pluralidade de intérpretes na força normativa da publicidade.¹⁰

Os participantes do processo de interpretação constitucional têm papel fundamental na teoria de Häberle. Ele divide o quadro de intérpretes em quatro.¹¹

No primeiro grupo estão os intérpretes com funções estatais que podem ser determinados pela Corte Constitucional, que tem decisão vinculante e os órgãos de decisão vinculantes que podem serem submetidos a um controle pelo judiciário, legislativo e até mesmo pelo executivo. São os órgãos que detêm a competência formal vinculada pela Constituição.

O segundo grupo de intérpretes são os participantes do processo. Seja no campo de decisão no caso da Corte Constitucional e nos órgãos estatais com decisões vinculantes que podem passar por revisão, que não necessariamente os

¹⁰ CANOTILHO, José. Joaquim. Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador Contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra Limitada. 1994. P. 91,

¹¹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 19 a 23.

órgãos do Estado, ou seja, o autor e réu de uma demanda e que provocam o diálogo jurídico. Nesse grupo são as partes diretamente interessadas na demanda proposta, são os participantes do processo, da lide processual e que não são os órgãos do Estado, ou seja, que não fazem parte do primeiro grupo, mas participam diretamente do processo posto a julgamento. Também fazem parte do segundo grupo, os que não fazem parte diretamente do processo, mas podem no decorrer deste virem a se manifestar no processo, são os que podem serem chamados pela Corte Constitucional para participar do feito, podem participar aqui os pareceristas, os peritos e representantes políticos, os grupos de pressão organizado e os interessados que podem virem a ser parte numa demanda futura.

O terceiro grupo de intérpretes é a opinião pública democrática e pluralista. Neste grupo são os casos de processos em que causam grande repercussão para a sociedade e muitas vezes ganham grande divulgação por parte da mídia. Por ocorrer essa grande divulgação pela mídia e a opinião pública demonstrar interesse em determinados julgamento, é natural que também se emitam as opiniões mais variadas, mas não menos importantes. Essas manifestações de interpretações são a concretização da teoria de Peter Häberle, pois é a interpretação da sociedade, a sociedade como interessada direta naquele determinado julgamento, naquela determinada causa constitucional. E por manifestar esse interesse acabasse produzindo a opinião e moldando os rumos do pensamento e manifestações as mais diversas. Este terceiro grupo diferisse do primeiro e do segundo, pois não está ligado diretamente no processo, são ligados por viverem a constituição, mas não por terem participação no julgamento em sentido estrito.¹²

E o quarto e último grupo, mas não menos importante é o grupo da doutrina, que participa dos três grupos anteriores. A força da doutrina é a instancia de reflexão, pois muitas vezes faz a análise crítica dos três outros grupos e ao fazer esta também estão interpretando. Também está sendo participante da sociedade aberta e pluralista da constituição.

Fica claro que a interpretação não se trata só de matéria estatal, ou seja, somente dos órgãos com competência para interpretar. Numa sociedade aberta e plural todas as forças da sociedade podem participar da interpretação da

¹² HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 21

Constituição que regula a sua vivencia. E essa maior participação popular é o que acaba legitimando a própria Constituição, pois a participação de diferentes grupos cumpre uma função de integração do que diz os órgãos competentes para interpretar e a sociedade que vive o dia a dia dessa Constituição.

2.1. TEORIA DO PENSAMENTO DO POSSIVEL

Talvez essa seja a teoria desenvolvida pelo jurista alemão que mais encontre eco no Supremo Tribunal Federal e em decorrência influenciando o direito brasileiro.

Como já foi visto no capítulo anterior, já foi superado o pensamento de interpretação fechado, as teorias que Savigny apresentou foram reavisadas por Theodor Viehweg e este influenciou o pensamento de Peter Häberle.

A Constituição numa sociedade aberta e pluralista está em constante modificação, o pensamento está sempre com múltiplas possibilidades.

Häberle, já afirmou que o “pensamento jurídico do possível” é expressão, consequência, pressuposto e limite de uma interpretação constitucional aberta.

O ministro da Suprema Corte, Gilmar Mendes, citando Häberle, explica:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.¹³

Para a liberdade da coisa pública é imperioso que a liberdade de alternativas seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas e estas alternativas também comportam outras alternativas. Quanto mais plural for a

¹³MENDES, Gilmar.Ferreira. “A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-Häberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=4> Acesso em: 01 de fev. 2016.

sociedade, mais possibilidades existirão, criando assim um maior número de alternativas.

Com a teoria do pensamento do possível a Carta Política estará sempre atual, estará sempre andando junto com a realidade por ela regulada. É o rompimento total com as práticas positivistas da época da criação do Código Civil Frances.

A teoria permite não somente a atualização do presente constitucional, mas também sedimenta o caminho para as possibilidades do futuro.

Sobre este aspecto afirma o Ministro da Suprema Corte, Gilmar Mendes:

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: “o pensamento do possível” indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. “O pensamento do possível” depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível.

Segundo a lição de Scheuner, citada por Häberle, a Constituição, para ter preservada sua força regulatória em uma sociedade pluralista, não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como “projeto” (“Entwurf”) em desenvolvimento contínuo.¹⁴

O passado o presente e o futuro conseguem se ligar, através da interpretação, fazendo com que a realidade constitucional seja a mais semelhante com a realidade de fato. A norma da Constituição quando cotejada com a realidade e eventuais mudanças sociais tornasse uma norma com significado diferente do passado e mas continua sendo ligada no passado, presente e futuro, ocorre o que se chama de evolução na interpretação.

Esse método interpretativo, não somente é voltado para um constitucionalismo de garantias e preocupado com direitos fundamentais como se adequa com o momento Constitucional vivido no Brasil.

¹⁴ MENDES, Gilmar.Ferreira. “A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-Häberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=4> Acesso em: 01 de fev. 2016.

Veremos no próximo capítulo como sistema Constitucional Brasileiro está fechado com o método de interpretação da Constituição do constitucionalista alemão Peter Häberle. Levando sempre por primeiro o primado do social sobre o estatal.

2 FORMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO COM INFLUENCIA DE PETER HÄBERLE

3.1 AMIGOS DA CORTE “AMICUS CURIAE”

Depois de mostrar “a comunidade aberta de interpretes” e “o pensamento jurídico do possível” fica claro a importância do constitucionalista alemão Peter Häberle para o avanço do constitucionalismo mundial.

As teorias de Häberle provocam grande influência no Brasil, não somente no âmbito do poder judiciário, mas também no poder legislativo.

A lei 9.868/99 é a presença direta de Peter Häberle, na formulação de um Constitucionalismo Brasileiro. Com o advento da referida lei ocorre a possibilidade do Tribunal Constitucional admitir a intervenção de *amicus curiae*, para que busque participação técnica e popular inferindo sobre temas constitucionais.

Esse modelo possibilita a presença da sociedade diretamente no campo do Tribunal e também possibilita ao Tribunal alcançar todos os elementos técnicos para a apreciação da causa posta para julgamento. Possibilita que mais de um agente público interprete a Constituição.

Versa o parágrafo 2º no artigo 7º da referida lei:

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.¹⁵

Em processos de natureza Constitucional no Brasil existe procedimento que oferece a possibilidade que ocorra a pluralidade de sujeitos.

Também a mesma lei no artigo 9º e parágrafos seguintes:

¹⁵ BRASIL, Lei nº 9.868/99, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.¹⁶

A Corte Máxima pode pedir esclarecimentos em casos que tenha dúvida em matéria ou questão de fato.

Também existe a possibilidade com o advento da lei já mencionada de os Ministros da Corte Suprema convocarem audiências públicas, fazendo assim o debate com a sociedade. Ou seja, aqui fica claro que o Legislador e o Tribunal Constitucional optaram por abrigar o entendimento do professor alemão e dar total validade ao pensamento pluralista.

Em várias oportunidades a Suprema Corte já se utilizou de audiências públicas e de *amicus curiae*.

Talvez o julgamento mais emblemático foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-DF¹⁷, no qual se julgou a pesquisa científica com células troncos e que contou com a presença de especialistas do Brasil inteiro. Foi uma decisão que pode se afirmar que foi produzida de forma plural, pois, a Corte Constitucional buscou a presença de toda a sociedade no julgamento.

Outras audiências públicas fizeram parte de julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ BRASIL, Lei nº 9.868/99, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.

¹⁷ STF, Pleno, ADI nº 3.510/DF, Rel. Min Carlos Britto, julgamento. 29.5.2008

Outro julgamento de grande clamor popular foi o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-DF que restou assim ementada:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencefálico e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.¹⁸

Tanto no primeiro quanto no segundo julgamento, pode se verificar a presença de todos os grupos de interpretes mencionados por Peter Häberle.

O primeiro grupo dos que detêm competência para julgar, o Órgão Estatal, no caso a Corte Constitucional. O segundo grupo, as partes diretamente interessadas, que propuseram a ação, até aqui nada de novo, mas já, dentro do segundo grupo pode se notar a presença dos amicus curiae, que sustentam no próprio campo do processo ajudando o primeiro grupo a decidir. O terceiro grupo a opinião pública através da mídia que deu grande atenção a ambos os casos e a TV Justiça que transmitiu os julgamentos. E o quarto grupo dos doutrinadores que estão presentes nos três grupos, mas também, além de participarem dos outros grupos, fazem a crítica.

¹⁸ STF - ADPF: 54 DF , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-01 PP-00021.

Essas mudanças legislativas permitindo as audiências públicas e “os amigos da corte” só mostram como o constitucionalismo brasileiro foi fortemente marcado pelo constitucionalista alemão Peter Häberle e suas teorias, principalmente da sociedade pluralista. .

3.1. PENSAMENTO JURIDICO DO POSSIVEL NOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já foi visto, pensamento jurídico do possível é quando numa sociedade pluralista há mais de uma alternativa as vezes, quartas e quintas possibilidades.¹⁹

Na mesma esteira do legislativo criando leis para agasalhar e legitimar uma sociedade que é plural, com uma constituição que não é fechada, o Supremo Tribunal, também, assim como o legislativo, tem se mostrado alinhado com a doutrina de Häberle. E não é difícil, em mais de um julgado da Suprema Corte poder analisar toda o exercício argumentativo alcançando as teorias haberlianas, mais precisamente a teoria do pensamento do possível

No julgamento da ADI 1.289 que julgou a questão temporária para entrar na lista sêxtupla para preencher o quinto nos tribunais regionais e estaduais restou assim ementado:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juizes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado “pensamento jurídico do possível”. 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado

¹⁹HÄBERLE, Peter. Os problemas da verdade no Estado Constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada.²⁰

A Corte Constitucional entendeu dentro das possibilidades de pensamento, adotar a decisão que mais se aproximava dos princípios constitucionais no caso concreto.

De quando em vez o Supremo Tribunal Federal se depara com questões que trazem à baila o pensamento jurídico do possível. Geralmente a hipótese acontece quando ocorre uma lacuna constitucional, ou seja, na falta de regulamentação, na omissão do poder legislativo.

Talvez o exemplo mais recente foi da ADPF 132-RJ que restou assim ementada:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente

²⁰ STF, Pleno, ADI-EI nº 1.289-4/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 3.4.2003.

proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal *locus* institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE

ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização

da técnica de interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.²¹

No caso foi dito expressamente que se utilizava a teoria do pensamento em possibilidades, para que ocorrendo uma omissão do legislativo, a Corte Constitucional tenha legitimidade para assim julgar.

Retirasse do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Passo a analisar outro aspecto que me parece importante de ser mencionado para a solução deste caso – e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões.

É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico.

Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

A propósito da questão ora debatida, avivou-me a memória a reflexão de Gustavo Zagrebelsky, ao tratar sobre o ethos da Constituição na sociedade moderna, em seu célebre trabalho sobre "O Direito Dúctil – il diritto mitte", no qual ele diz o seguinte:

“As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma” (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3ª Edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999. p. 13).

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do

²¹ (STF - ADPF: 132 RJ , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001). .

possível” expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se numa “teoria constitucional datolerância” (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 6).²²

No Brasil não existia a previsão legislativa para casamento de pessoas do mesmo sexo. O Legislador silenciou sobre o tema, nada tratou. Num constitucionalismo aberto, a interpretação é sempre em possibilidades e sempre acompanhando a realidade. O pensamento em alternativas busca fugir da escola exegética francesa, que estava sempre grudada, engessada ao que dizia a lei, para o bem e para o mal, não importando os costumes e a mudança social. Conclui então o Ministro Gilmar Mendes:

Lembro-me de já ter destacado essa questão do pensamento do possível para resolver, à época, dois casos importantes, um aqui no Supremo Tribunal Federal e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Primeiramente, no âmbito do STF, tratava-se de um caso muito mais técnico, aquela hipótese que se colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de juiz dos Tribunais Regionais do Trabalho. Ressaltei à época que a Constituição era muito clara. Dizia que eles só poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu-se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho Superior do Ministério Público editou uma resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

Essas indicações foram feitas e foram compostas listas sêxtuplas da seguinte maneira: o Presidente da República escolheu os juízes do trabalho – hoje denominados desembargadores do trabalho, com base nessa norma – e houve, então o ajuizamento de uma ADI proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil contra essa norma do Conselho Superior do Ministério Público. E o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, dizendo que era evidente que ela contrariava a

²² ibdem

literalidade do texto constitucional. O Procurador-Geral da República à época – o Dr. Geraldo Brindeiro – opôs embargos infringentes na linha do nosso Regimento – na ocasião eram permitidos os embargos infringentes. Coube a mim, então, fazer o relato e trazer o voto desses embargos infringentes, que foram admitidos porque a decisão fora, ainda, à luz do Regimento Interno vigente e antes do advento da Lei nº 9.868/99.

Eu trouxe, então, essas considerações para dizer que, naquele caso, era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público, quer dizer, à falta de procuradores com mais de dez anos, nomeiam-se outros. Até porque, do contrário, as alternativas eram dramáticas: ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a deia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria cumprida, ou haveria indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de checks and balances que está no texto constitucional.

Assim, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então, esse argumento que destacava essa leitura, esse chamado "pensamento do possível" e, também, a possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação.²³

Outro julgamento não tão emblemático quando o da união homoafetiva, mas também claríssimo quanto a teoria do doutrinador alemão é o RE 147.776 que resta assim ementado:

Ementa: Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen. art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição — ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia

²³ ibdem.

limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo artigo 68, C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do artigo 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado —, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o artigo 68, C. Pr. Pen será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328..²⁴

No caso que foi posto para julgamento no Supremo Tribunal, mais uma vez ocorreu uma lacuna constitucional, que não agasalhou as situações jurídicas num momento anterior a constituição de 1988, a solução foi interpretar a norma constitucional de maneira transitória, ou seja, diante da excepcionalidade do caso se impunha a aplicação do pensamento do possível.

Tanto a interpretação de mais agentes sociais quanto a teoria do pensamento jurídico do possível andam juntos no Supremo Tribunal Federal. Inúmeros são os casos que a Corte Constitucional que se utiliza da teoria do pensamento do possível.

Também no julgamento da ADPF 132 o ministro Gilmar Mendes, cita Perelman, que explica com grande clareza a interpretação em possibilidades:

"Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões. Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever. Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade. Ora, há fatos que a sabedoria

²⁴ RECrIm 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, 238, p. 390.

humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos". (Vanwelkenhuysen, *Le problème des lacunes en droit*, cit., pp. 348-349). (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit., p.106). Nessa linha, destaco a conclusão de Perelman: "Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, contra legem. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas 'pela força dos acontecimentos', 'por força maior', 'pela necessidade'". (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit. p. 107).²⁵

Resta clara a influência de Häberle, tanto no Supremo Tribunal federal, quanto no legislativo. O Constitucionalismo aberto abriga este tipo de método hermenêutico, que está influenciando e muito a formação de um constitucionalismo puramente brasileiro. Estes novos caminhos de interpretação são cada vez mais sentidos não somente nos campos das instituições, mas também nos campos daqueles interpretes citados por Häberle, ou seja, o próprio povo que vive a Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constitucionalismo Brasileiro ainda está engatinhando, a Carta Federal de 1988 foi a quebra de paradigmas, muda-se a ideia de sociedade brasileira. O homem agora é o protagonista da vida em sociedade, é colocado como o centro da Constituição, direitos e garantias são ressaltados como nunca antes, logo a pluralidade da essência humana começa a tomar destaque em todo ordenamento pátrio. Também a Constituição Cidadã adotou o modelo jurídico aberto e trouxe a necessidade de avançar no campo do estudo da interpretação jurídica e inserindo novos meios de leitura do texto constitucional. Os modelos de interpretação de Savigny são os pontos de partida da interpretação, mas esta não pode terminar

²⁵ STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001).

naquela. É também da nova ordem Constitucional dar maior participação popular para a sociedade.

Com esse novo universo Constitucional, fica claro que novos métodos de interpretação devem ser experimentados. E o modelo que mais se coaduna com uma Constituição aberta e plural é o método desenvolvido pelo grande constitucionalista alemão Peter Häberle. A sociedade aberta dos interpretes da constituição traz para o campo da pratica da constituição todos aqueles que vivem sob aquela ordem constitucional e extrai dos agentes que vivem essa constituição, suas interpretações. Quem vive a Constituição tem condições de interpretá-la, uma sociedade plural é isso, está aberta para uma porção de possibilidades, o número de possibilidades será tão grande tal qual seja o número de interpretes.

Quanto maior for o número de interpretes da Constituição, maior será o debate, maior serão as possibilidades de alternativas discutidas, chegando mais facilmente num sentido ideal da Constituição.

Tudo quanto foi analisado aqui, fica claro que existe no ordenamento jurídico brasileiro uma forte influência do professor Peter Häberle, tanto no campo do que circunda o Poder Judiciário, quanto o campo de atuação do Poder Legislativo. Ambos os Poderes entenderam o seu papel no novo modelo constitucional brasileiro, entenderam que com a Constituição Cidadã, precisam criar alternativas para a sociedade chegar cada vez mais perto da vivencia constitucional, precisam criar mecanismos que torne toda a sociedade agente ativo do modelo constitucional vigente.

O Poder Legislativo, com base na sociedade aberta de interpretes, e com seu pluralismo de participantes da Constituição através da Lei^{9.868/99} garantiu a figura do *amicus curiae* e institucionalizou no Supremo Tribunal Federal a possibilidades de convocar as audiências públicas. Permite que agentes que interpretam a Constituição e antes eram excluídos desse feito intervenham no julgamento de demandas constitucionais. A qualquer momento na fase de instrução do processo o *amicus curiae* pode solicitar sua intervenção. Os “amigos da corte” tem uma função pública, pois representam quem quer e tiver algo para ser dito. Tanto as audiências públicas quanto os *amicus curiae* tem a função de ajudar a Corte Constitucional a melhor decidir, possibilitando o maior número de informações da sociedade que vive a Constituição chegue a Corte Máxima Brasileira que é quem

detêm competência formal para dar a última palavra em interpretação da Carta Federal.

O Poder Judiciário, assim como o Poder Legislativo tem mostrado grande preocupação com o modelo constitucional vigente. Como foi visto a forte presença da doutrina do direito comparado na jurisprudência da Suprema Corte Brasileira revela que o Tribunal continua se atualizando e não está parado no tempo, assim como ensina a teoria de Peter Häberle, sobre as possibilidades de interpretação estão sendo fortemente usadas pelos membros da Corte Constitucional. A Corte Suprema tem se mostrado inteiramente aberta para uma interpretação pluralística. Ficou claro que vários julgados aqui apresentados que os Ministros Constitucionais estão sensíveis para esse novo rumo interpretativo que está sendo tomado. Não há que se falar mais em um projeto fechado de Constituição. Hoje a ideia de Constituição aberta as diversas possibilidades está sedimentado sempre para reconhecer direitos e garantias individuais.

Com essa inserção das teorias de Peter Häberle, que se mostram mais que teorias, mas já realidades Constitucionais Brasileira, há um nascimento de um direito Constitucional puramente brasileiro. As Constituições anteriores, mesmo que algumas estivessem sobre a influência da Constituição de Weimar no que diz respeito a vida em sociedade é inegável que com o Diploma Maior de 1988 foi um grande divisor de águas, pois nunca antes se havia colocado os direitos e deveres de forma tão clara e expressa. Essa forma de pensar a Constituição é o que permite a inserção dos pensamentos de Peter Häberle no Direito Brasileiro. E a formação e rumo que este direito está tomando.

O momento vivido hoje é diferente do de ontem e o de amanhã será diferente do de hoje, mas uma coisa é certa, que a Constituição terá o seu fluxo sempre para abrir e alargar direitos e garantias e sempre com um grande caminho de debate, pois, conforme maior for a sociedade maior será as possibilidades de interpretação e maior a chance do acerto.

Não resta alternativa, senão aplaudir com ênfase as ideias do constitucionalista alemão Peter Häberle, as novidades incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, auspiciam uma democracia mais forte e igual para todos viventes deste Constitucionalismo Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998

ALVES, José. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Direito e Interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora. Universidade de Brasília 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 de fev. 2016.

_____. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 12 de fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Britto. 29 de maio de 2008. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 24 de fev. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1289-4 Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 03 de abril de 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324427&pgl=1&pgF=100000>>. Acesso em: 24 de fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. 27 de abril de 2005. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> >. Acesso em: 24 de fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Britto. 05 de maio de 2011. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em: 24 de fev. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 147776-8 São Paulo. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 19 de maio de 1998. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=210449> >. Acesso em: 24 de fev. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982

_____. **Estudos sobre os direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed.Coimbra: Almedina, 2001.

COELHO, Inocêncio Martires. **As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, Ministério da Justiça, ano 50, n. 189, p.25-37, jan./jun. 1998.

_____. **Konrad Hesse/ Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder**. *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, ano II, n.7, p.21-33, 2005

_____. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

COLOMBO, Carlos Alberto. **Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal: violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política.** In: Democracia & Mundo do Trabalho. n 3, dez.2001. Porto Alegre: Camargo Coelho Maineri e Advogados Associados S/C, 2001.

CORRÊA, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DALARI, Dalmo. **Constituição e Constituinte.** São Paulo: Saraiva, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Ensaio e Discursos sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Sobre a Prestação Jurisdicional- Direito Penal.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia- entre facticidade e validade.** Vol I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HECK, Luis Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimentos dos princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997

LOUREIRO, Maria Fernanda; CARNEIRO, Maria Francisca. **Hermenêutica como método de aplicação do direito constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. “**A influência do pensamento de Peter Häberle no STF**”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=4> Acesso em: 01 de fev. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PINTO, Ferreira Luiz. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1983

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Filosofia e teoria política: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2010

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **La Ciencia del Derecho**, Buenos Aires: Editorial Lousada S/A, 1949

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e Concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.