



**REFLEXÕES SOBRE A “SOCIEDADE ABERTA DOS
INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO” DE PETER
HÄBERLE NO CONTEXTO BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO**

MARCELO RAIMUNDO DA SILVA

Marcelo Raimundo da Silva¹

Reflexões sobre a “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle no contexto brasileiro contemporâneo

1ª Edição

Belém-PA
Home Editora
2023

¹ Advogado, Mestre em Ciência Política. Analista Legislativo na Assembleia Legislativa do Estado do Amapá/ALAP

© 2023 Edição brasileira
by Home Editora

© 2023 Texto
by Autor

Todos os direitos reservados

Home Editora
CNPJ: 39.242.488/0002-80
www.homeeditora.com
contato@homeeditora.com
Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque Verde, Belém - PA, 66635-110

Editor-Chefe

Prof. Dr. Ednilson Ramalho

Diagramação e capa

Autores

Revisão de texto

Autor

Bibliotecária

Janaina Ramos

Produtor editorial

Laiane Borges

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)



R332

Reflexões sobre a “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle no contexto brasileiro contemporâneo / Marcelo Raimundo da Silva -Belém: Home, 2023.

16 x 23 cm
Livro em pdf.

ISBN 978-65-85712-56-9
DOI 10.46898/home.44d61bd1-2801-4bfc-a325-4c4366368dd8

1. Ciências Sociais. I. Silva, Marcelo Raimundo da II. Título.

CDD 300

Índice para catálogo sistemático

I. Ciências Sociais.



Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s) autor(es).
Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-SemDerivações 4.0 Internacional.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA
(Editor-Chefe)

Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA

Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP

Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA

Prof^a. Dra. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG

Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ

Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF

Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA

Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA

Prof. Dr. José Moraes Souto Filho-FIS

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL

Prof^a. Dra. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA

Profa. Dra. Dayse Marinho Martins-IEMA

Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM

Prof^a. Dra. Elane da Silva Barbosa-UERN

“Acreditamos que um mundo melhor se faz com a difusão do conhecimento científico”.

Equipe Home Editora

“People can be deceived by appeals intended to destroy democracy in the name of democracy. Dissenters who believe in the democratic creed may unwittingly advocate or legitimists may insist on preserving rules of the game destined to have unforeseen and unintended consequences disastrous to the stability and perhaps the survival of the democracy”.

Robert A. Dahl (1961)

“Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen” (Não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada)

Peter Häberle (1976)

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Trata-se de termo por meio do qual o autor da monografia, Marcelo Raimundo da Silva, assume toda a responsabilidade pelo texto e pelas ideias defendidas no trabalho isentando o orientador.

A aprovação do trabalho monográfico não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora ou da instituição.

RESUMO

RAIMUNDO DA SILVA, M. **Reflexões sobre a “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle no contexto brasileiro contemporâneo.** 2021. Monografia de conclusão de curso (Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional) - Faculdade IBMEC SP, Instituto Damásio de Direito - IDD.

O objetivo deste trabalho é apresentar uma análise teórica acerca da teoria da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” proposta pelo constitucionalista alemão Peter Häberle, com foco no processo constitucional brasileiro e na atuação do Supremo Tribunal Federal no contexto contemporâneo (1988 a 2020). Tendo em vista a teorização atual sobre processos de desdemocratização, poderia a teoria da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Häberle, teoria que propõe uma hermenêutica constitucional plural e aberta, contribuir para impedir retrocessos constitucionais no Brasil? A metodologia utilizada foi a análise descritiva fundamentada em revisão bibliográfica de textos referenciais sobre hermenêutica constitucional, e em análises acerca do pensamento de Häberle aplicado ao caso brasileiro, incluindo doutrina constitucional sobre Processo Constitucional, legislação e entendimento jurisprudencial do STF no período recente. A nossa conclusão é: no contexto de crise democrática em uma sociedade conservadora como a brasileira, a teoria da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” mostra-se, *per se*, insuficiente para evitar a ocorrência de retrocessos democráticos. Por consequência, propomos que haja uma participação ativa do STF no sentido de manter as diversas vozes interpretativas em sintonia com normas constitucionais e supralegais.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico; Hermenêutica Constitucional; Processo Constitucional; Peter Häberle; Desdemocratização; Retrocesso Constitucional.

ABSTRACT

RAIMUNDO DA SILVA, M. **Reflexões sobre a “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle no contexto brasileiro contemporâneo.** 2021. Monografia de conclusão de curso (Especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional) - Faculdade IBMEC SP, Instituto Damásio de Direito - IDD.

In this study, we aim to propose a theoretical analysis about Peter Häberle’s theory on the “Open Society of Constitutional Interpreters”, with emphasis on the Brazilian constitutional processo and on the role of the Brazilian Federal Supreme Court in the contemporary context (1988-2020). Taking into account the current theorization on the process of de-democratization, could Häberle’s model of “Open Society” - which proposes a plural and open model of constitutional hermeneutics - contribute to impede the occurrence of constitutional backlashes in Brazil? Our method was a descriptive analysis based on literature review of landmark studies about Constitutional Hermeneutics and Häberlian thought applied to the case of Brazil, including the constitutional doctrine about Constitutional Process, legislation and jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court for the period. We conclude that, under the context of democratic crisis within a conservative society in Brazil, Häberle’s theory on the “Open Society of Constitutional Interpreters” remains insufficient in itself to obstruct democratic backlashes. By consequence, we propose that the Brazilian Federal Supreme Court continues to have an active role in the promotion of constitutional and supralegal awareness among the diversity of constitutional interpreters.

Keywords: Judicial Pluralism; Constitucional Hermeneutics; Constitucional Review; Peter Häberle; Dedemocratization; Constitucional Backlash.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I - A TEORIA DA “SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO” DE PETER HÄBERLE	
1.1. Introdução.....	18
1.2. Hermenêutica constitucional e pluralismo.....	19
1.3. O método concretista aberto de Peter Häberle.....	25
CAPÍTULO II - A “SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO” NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	
2.1. Impactos jurídicos da teoria häberliana no processo constitucional brasileiro.....	34
2.2. Controle concentrado de constitucionalidade.....	36
2.3. <i>Amicus curiae</i>.....	40
2.4. Audiências Públicas.....	44
CAPÍTULO III - A “SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO” ANTE RETROCESSOS DEMOCRÁTICOS	
3.1 Pluralismo häberliano e sociedade conservadora.....	49
3.2. Perspectivas e desafios da teoria häberliana para o contexto brasileiro atual.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

INTRODUÇÃO

Muito se discute, na atualidade, sobre as ameaças e sobre a ocorrência - ou não - de processos de erosão de regimes políticos democráticos. Seja no âmbito da Ciência Política contemporânea, no referente à discussão acerca da “desdemocratização”, seja no âmbito do Direito Constitucional, no que tange à discussão sobre “retrocessos (in)constitucionais”, surgem reflexões a respeito da possibilidade de uma nova onda de retrocessos democráticos em diversos países do mundo, a exemplo de Rússia, Hungria, Polônia, Venezuela, Filipinas, Turquia, Ucrânia, Geórgia, Sri Lanka e Nicarágua (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Nesses países, identifica-se a ocorrência de retrocessos democráticos e de comportamento autoritário de políticos eleitos, como descrevem alguns indicadores, como os seguintes: i) “rejeição das regras democráticas do jogo”; ii) “negação da legitimidade dos oponentes políticos”; iii) “tolerância ou encorajamento à violência”; iv) “propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia” (Ibidem: p. 35-6).

Ressalta-se que um dos elementos-chave desta discussão tem relação com a tese de que tais retrocessos ocorrem “legalmente”, ou seja, sem a necessidade de um golpe civil-militar ou sem a necessidade prévia de uma ruptura institucional ou de uma ruptura revolucionária com o *status quo*. Como afirmam Levitsky e Ziblatt sobre o tema em estudo recente:

Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional. (Ibidem, p. 92)

Quanto ao caso do Brasil, discute-se esse que há um processo de erosão de instituições democráticas em curso desde a constatação de crise política em 2013 e econômica em 2014, levando até hipótese de que a Nova República, instituída com a redemocratização e promulgação da Constituição de 1988, tenha se encerrado, de fato, no país. Dessa forma, alguns estudos têm constatado que há um processo de “desdemocratização” ou de “autocratização” também em curso no Brasil (BALLESTRINI, 2020).

Destaca-se que tal discussão se fundamenta na ideia de “processo”, o que, por sua vez, tem por base uma ideia gradualista de que democracias têm se enfraquecido *ao longo de* determinado tempo, após um período de transição e de consolidação democrática pós-regime militar (Ibidem, p. 06-7). Portanto, quando se constata que há um processo de

desdemocratização, ocorre, em oposição, uma situação anterior de “democracia” ou de “democratização” (TILLY apud Ibidem), no qual as instituições, e dentre estas a Constituição de um Estado, funcionavam em prol da democracia.

Tradicionalmente, entende-se que o tema da “democracia” é um tema central na teorização doutrinária de Direito Constitucional no mundo ocidental, sendo considerado, devido a esta centralidade normativa, como um verdadeiro “princípio estruturante” da própria ideia de ordem constitucional (CANOTILHO, 1993: 363).

Com efeito, a ideia de Constituição relaciona-se, doutrinariamente, com o surgimento do Estado de Direito no contexto das revoluções liberais burguesas do século XVIII, fazendo do Direito Constitucional um “direito da Constituição, [ou] direito dos ‘povos livres’, referindo a determinado texto, ou seja, a um conjunto de instituições, regidas pela ‘forma representativa’, sob a inspiração do liberalismo, (...) que diminuía ou confinava os poderes do Estado” (BONAVIDES, 2004: 39). Em outros termos, o Direito Constitucional na prática significou uma espécie de “direito público do liberalismo” (Ibidem), o que teria implicações para o próprio conceito de “democracia” nos textos constitucionais ocidentais.

Uma dessas implicações referiu-se à “titularidade do poder constituinte”, entendido a partir da teorização sobre a legitimidade do poder no contexto de um Estado de Direito (Ibidem, p. 141). Diferentemente da ideia de poder constituinte titularizado na soberania nacional, no contexto de uma democracia liberal o titular do poder passou a ser a “soberania popular”, entendida no corolário de que o povo é o único titular do poder do Estado. Assim, desde uma perspectiva juspositivista, o povo, seja diretamente ou indiretamente, por meio de representantes, detém a legitimidade primeira do fazer constitucional (Ibidem, p. 144-5).

Nesta acepção, a democracia, portanto, detém fundamento axiológico e material e funciona como princípio de toda ordem constitucional que se diga “democrática”. Seja enquanto regime político adotado, seja como método de participação da sociedade nas decisões constitucionais, a democracia é, *tout court*, um meio e um fim da ordem constitucional ocidental. Nesse sentido, considerando o caso paradigmático da Constituição Portuguesa de 1976, assevera Canotilho:

A Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se ‘decidiu’ por uma teoria em abstracto, antes procurou uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica. Da mesma forma que o princípio do Estado de Direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. (...) o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa —

órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (...), a participação democrática dos cidadãos (...), o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (...) e aprofundamento da democracia participativa (...). (CANOTILHO, 1993: 414-6)

Concretiza-se, assim, o princípio democrático por meio de instituições que possibilitam, permanentemente, o exercício da soberania popular. Por conseguinte, além de a ordem constitucional materialmente dever se pautar pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, da organização plural de interesses politicamente relevantes, a Constituição deverá formalmente prever instrumentos operacionais que garantirão a prática da soberania popular (Ibidem).

Por fim, outro importante componente do princípio democrático da ordem constitucional citado por Canotilho é o “princípio da representação popular”, cujos postulados são: i) exercício jurídico, constitucionalmente autorizado, de “funções de domínio”, feito em nome do povo, por órgãos de soberania do Estado (“governo do povo”); ii) derivação directa ou indirecta da legitimação de domínio do princípio da soberania popular (“governo pelo povo”); e iii) exercício do poder com o fito de prosseguir os fins ou interesses do povo (“governo para o povo”) (Ibidem).

Esses pontos levantados de forma referencial por Canotilho relacionam-se com uma teorização mais ampla do Direito Constitucional que se trata do “Constitucionalismo Contemporâneo” ou do “Neoconstitucionalismo”, movimento pós-positivista que surge após a Segunda Guerra Mundial para aperfeiçoar métodos do Constitucionalismo anterior (“Constitucionalismo Moderno”), estabelecendo novos paradigmas a partir das experiências pós-nazista e pós-fascista, respectivamente, da Constituição alemã de 1949 e da Constituição italiana de 1947 (MARTINS, 2020).

O marco teórico do Neoconstitucionalismo foi, assim, a teorização acerca da “força normativa da constituição” formulada pelo constitucionalista Konrad Hesse na obra *Die normative Kraft der Verfassung* de 1959, sendo seu objetivo principal a garantia da eficácia das normas constitucionais, em especial das normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais (Ibidem). Por consequência, as normas e os princípios constitucionais deveriam

ser entendidos como “normas imperativas” e não apenas como “normas programáticas”, de modo que as normas ou princípios que previssem a participação direta ou indireta da sociedade nas decisões dos três poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) deveriam ser dotadas, portanto, de obrigatoriedade normativa.

Constatamos duas discussões essenciais desde o movimento neoconstitucionalista para a presente monografia; em primeiro lugar, constata-se a “expansão da jurisdição constitucional”, fenômeno este influenciado sobretudo pelo caso da Suprema Corte dos EUA nos tribunais constitucionais europeus (Ibidem). No caso do Brasil e da Constituição de 1988, nota-se tal influência neoconstitucionalista a partir da criação de ações constitucionais de controle concentrado específicas, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, além da ampliação das partes legitimadas para propositura de ações constitucionais (Ibidem; BARROSO, 2014).

Em segundo lugar, outra consequência foi o surgimento de uma verdadeira “hermenêutica constitucional”, que surge em conjunto com a “constitucionalização” do todo o direito infraconstitucional. Como resume Barroso,

[al circunstância [foi] uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. (...) O fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. (BARROSO, 2006: 51-2)

Ainda no referente ao gênero neoconstitucionalista contemporâneo, outras espécies de constitucionalismos relevantes para o presente trabalho também são: i) o “Constitucionalismo Popular”; ii) o “Constitucionalismo Democrático”; iii) o “Constitucionalismo Autoritário”; iv) e o Constitucionalismo Abusivo.

Por “Constitucionalismo Popular”, entende-se um movimento da doutrina constitucionalista surgido nos EUA pelos constitucionalistas Mark Tushnet (“*Taking the constitution way from the courts*”, 1999) e Larry Kramer (“*The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*”, 2004). Esse movimento defendeu uma maior participação popular na “determinação do significado constitucional” (CARDOSO apud MARTINS, 2020), e, para tanto, advogou-se a participação dos cidadãos tanto na interpretação quanto na aplicação da Constituição pelas cortes constitucionais. Para ambos os autores, o fundamento de tal tese estaria nas consequências negativas que tem tido o ativismo judicial e o

próprio controle de constitucionalidade (“*judicial review*”) da Suprema Corte dos EUA na sociedade como um todo.

A crítica pauta, assim, a necessidade de reconhecer a legitimidade e o ativismo dos cidadãos frente à supremacia judicial elitista das cortes constitucionais, as quais também interpretam monopolisticamente as normas constitucionais devido ao “notável saber jurídico” dos seus membros em detrimento da falta de técnica e conhecimento jurídico dos cidadãos (MARTINS, 2020). Em suma, destaca-se que as cortes constitucionais deveriam ser percebidas apenas como uma mera cúpula de um dos poderes estatais, isto é, do Poder Judiciário, não se situando, portanto, acima dos demais poderes, Legislativo e Executivo. Portanto, a interpretação constitucional das cortes deveria ser entendida em sua perspectiva política de interesses “juriscêntricos”, ou seja, como um dos centros instituições que emanam interpretações jurídicas possíveis dentre várias instâncias no contexto democrático (Ibidem).

Por sua vez, o “Constitucionalismo Democrático”, segundo o entendimento dos constitucionalistas Reva Siegel e Robert Post, entende como necessária a supremacia judicial criticado pelo Constitucionalismo Popular, visto que o protagonismo das cortes constitucionais é, de fato, benéfico para a manutenção de uma interpretação técnico-jurídica em prol dos direitos e garantias constitucionais e do próprio funcionamento equilibrado da democracia ao longo do tempo (Ibidem).

Para isso, as cortes deveriam considerar, contudo, os interesses existentes na sociedade, interesses esses que poderão vir a questionar a própria legitimidade do *decisum*, nas diversas instâncias do debate da *res pública* (Legislativo, Administração Pública, sociedade civil organizada):

(...) a autoridade judicial para impor a Constituição, como a autoridade de todos os funcionários públicos, depende, em última instância, da confiança dos cidadãos. Se os Tribunais interpretam a Constituição de forma totalmente divergente dos cidadãos, estes encontrarão maneiras de comunicar suas objeções e resistir aos julgamentos judiciais. (POST; SIEGEL apud MARTINS, 2020: 149)

Nesta acepção, a fim de considerar os diversos interesses sociais na formação e na aceitação das decisões constitucionais, as cortes constitucionais podem elevar o grau de legitimidade social dessas decisões a partir de uma estratégia de abertura do processo hermenêutico constitucional, de modo a abrir o processo interpretativo e torná-lo mais inclusivo. Como enfatiza Maria Eugenia Bunchaft,

[n]esse sentido, defendemos que a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática. É justamente a possibilidade de o povo delinear ‘sentidos constitucionais’, que explica por que a Constituição inspira legalidade aos cidadãos, ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam em decisões judiciais específicas. (apud *Ibidem*, p. 149-50)

A atuação das cortes constitucionais, desde a referida concepção democrática de constitucionalismo, far-se-á mais ampla e, portanto, legítima, o que contribuirá para a consolidação do próprio grau de democracia que dada sociedade possui. Dessa forma, o controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional pelas cortes constitucionais não serão mais entendidos como um fim em si mesmo, pois o propósito maior será a estabilização do Estado Democrático de Direito (MARTINS, 2020).

Evidencia-se, assim, que o Constitucionalismo Democrático pretende equilibrar a crítica que faz o Constitucionalismo Popular ao monopólio das cortes constitucionais na interpretação constitucional, embora reconheça, em sintonia com o Constitucionalismo Popular, a centralidade do debate da legitimidade social e a necessidade de canalização de interesses da sociedade civil no *judicial review* em contextos democráticos, considerando a complexidade da formação de interesses em democracia:

[O]s tribunais desempenham um papel especial nesse processo. Exercem uma forma característica de autoridade para reconhecer e garantir direitos, da qual gozam em virtude da Constituição e das normas de razão jurídica profissional que empregam. Se os tribunais interpretam a Constituição em termos que divergem das convicções profundas do povo, esse mesmo povo encontrará formas de comunicar suas objeções e opor-se às decisões judiciais. (POST; RIEGEL apud MARTINS, 2020: 155)

Ressalta-se, então, que o Constitucionalismo Democrático dá importância ao papel institucional das cortes constitucionais, o que, em democracia, significará a defesa do princípio democrático - e do princípio da dignidade humana - por essas mesmas cortes, com o intuito de limitarem o alcance de interesses sociais contrários ao estado de coisas constitucional. Tais interesses, minoritários ou majoritários, podem dilapidar diversos direitos e garantias constitucionais conquistados, ocasionando, em alguns casos, verdadeiros retrocessos constitucionais desde o ponto de vista histórico.

Nesse sentido, o “Constitucionalismo Autoritário”, proposto por Mark Tushnet, é um exemplo de teorização doutrinária acerca de retrocessos constitucionais que ocorrem de forma “constitucional” por setores políticos autoritários eleitos. Dessa forma, tais setores utilizam o

discurso constitucionalista para aviltar o próprio *status quo* constitucional; e, sob tal aparência de normalidade constitucional ou com conivência da própria corte constitucional, um sistema político autoritário, se legitima, desequilibrando institucionalmente as forças políticas no acesso às arenas de poder (Ibidem).

Em complementação, outra modalidade que trata dos retrocessos constitucionais pela doutrina constitucional se refere ao “Constitucionalismo Abusivo”. Formulada por David Landau, essa modalidade estabelece que a mudança constitucional - via emendas constitucionais ou substituição da Constituição - teria como objetivo a institucionalização de um Estado menos democrático que o anterior. Assim, a estratégia de setores políticos organizados ou eleitos seria implantar “constitucionalmente” uma nova ordem constitucional contrária ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e aos direitos e garantias fundamentais, apenas com vistas à manutenção do governo em detrimento das forças políticas opositoras (Ibidem).

Especialmente sob estratégias constitucionalmente abusivas, os setores políticos que dominam o Poder Executivo passam a minar as instituições constitucionais, sobretudo as cortes constitucionais, a partir do argumento de que a atuação dessas cortes, em termos de hermenêutica constitucional, quando opositora, não é legítima do ponto de vista societal, visto que não canaliza ou não representa os interesses dos setores que apoiam o governo não democrático.

Em que pesem os prognósticos positivos anunciados a respeito da abertura e democratização da jurisdição constitucional desde a ótica neoconstitucionalista, no caso do Brasil em particular, atualmente constata-se inúmeras críticas da opinião pública, governista e não governista, referente à atuação protagônica do Supremo Tribunal Federal¹, críticas estas que, muitas vezes, pontuam a falta de legitimidade societal no exercício da jurisdição constitucional ou um “ativismo judicial” alegadamente exagerado por parte deste tribunal, que chega a interferir em demasia nos demais nos Poderes Legislativo e Executivo².

¹ Nesta monografia, o foco será o papel do STF em sua precípua competência constitucional, ou seja, como “guarda da Constituição”. Isso ocorre pois o objeto do presente trabalho é a interpretação constitucional realizada pelo STF em ações de controle de constitucionalidade: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (...) § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

² Notícias como as seguintes foram frequentes na mídia brasileira entre 2019 e 2020: i) “A crise de legitimidade no sistema de justiça brasileiro”, *Consultor Jurídico*, 06 de maio de 2019 (<https://www.conjur.com.br/2019-mai-06/mp-debate-crise-credibilidade-sistema-justica-brasileiro>); ii) “O STF está intimidado pela opinião pública”, *Valor Econômico*, 27 de julho de 2019 (<https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/07/24/o-stf-esta-intimidado-pela-opiniao-publica.ghtml>); iii) “Bolsonaro invoca intervenção militar contra o STF e flerta com golpe”, *El País*,

Luís Roberto Barroso, reconhecido acadêmico e jurista neoconstitucionalista, atualmente Ministro do STF, contesta essas alegações, argumentando que não se trata de uma peculiaridade brasileira, haja vista as influências da institucionalização do neoconstitucionalismo no mundo ocidental do pós-Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, ativismo judicial e judicialização podem, com efeito, concretizar os próprios objetivos normatizados constitucionalmente, em especial aqueles referentes a normas constitucionais programáticas. Nessa lógica, o protagonismo do STF representa um efeito direto da própria democracia no processo decisório constitucional:

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controversas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização. A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF. (BARROSO, 2014: 16)

Neste contexto de desafios e falta de confiança política em relação ao STF enquanto “guardião da Constituição” e à própria democracia, torna-se essencial analisar, ainda dentro do Neoconstitucionalismo, em que sentido a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” do constitucionalista alemão Peter Häberle pode contribuir ou não para consolidar a “vontade de constituição”³ no Brasil, e para aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito institucionalizado pela Constituição de 1988.

29 de maio de 2020 (<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-29/bolsonaro-invoca-intervencao-militar-contra-o-stf-e-flerta-com-golpe.html>); iv) “Inequivocamente, vivemos uma recessão democrática, diz Edson Fachin”, *Jota*, 17 de agosto de 2020 (<https://www.jota.info/stf/do-supremo/inequivocamente-vivemos-uma-recessao-democratica-diz-edson-fachin-17082020>).

³ “Vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*) é um conceito criado por Konrad Hesse no livro “Força Normativa da Constituição”, já citado anteriormente nesta Introdução. Este conceito refere-se ao entendimento de uma dada sociedade em manter e respeitar a sua Constituição, sendo, assim, o fundamento normativo de toda a ordem constitucional. Segundo Martins (2020: 161), este conceito “[b]aseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. A vontade de Constituição deve sobrepor-se aos interesses momentâneos. As pessoas devem ter consciência da

Esta teoria ou método hermenêutico concretista, a ser descrito e analisado mais profundamente no próximo capítulo, defende a necessidade de um processo interpretativo constitucional “aberto”, isto é, pluralizado, democratizado e público, de forma a incluir os todos os cidadãos como intérpretes legítimos da Constituição de seu país, mais além da interpretação única ou monopolizada pelos juízes das cortes constitucionais (BENEVIDES, 2004: 509).

Em termos de desenho de pesquisa, o objetivo geral desta monografia é analisar, preliminarmente, se a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Peter Häberle se aplica ao processo decisório constitucional brasileiro, no que se refere ao acesso da sociedade civil ao STF (jurisdição constitucional⁴ e processo constitucional⁵).

Adicionalmente, citam-se como objetivos específicos: i) entender, preliminarmente, se a teorização proposta por Peter Häberle pode ser aplicada aos casos de hermenêutica constitucional em contextos de retrocesso democrático, segundo parâmetros do Constitucionalismo Autoritário e do Constitucionalismo Abusivo; ii) averiguar se a teorização proposta por Peter Häberle pode influenciar o avanço dos próprios retrocessos democráticos, haja vista a possibilidade de abertura da interpretação constitucional a segmentos sociais contrários às normas constitucionais vigentes; iii) verificar se a hermenêutica constitucional além é utilizada atualmente pelos juízes do STF no processo constitucional.

Quanto ao pressuposto hipotético desta monografia, propõe-se que: *no contexto de crise democrática em uma sociedade conservadora como a brasileira, a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” de Peter Häberle é insuficiente para evitar retrocessos democráticos desde o ponto de vista da interpretação constitucional*, visto que, apesar da legitimidade do ponto de vista societal, tal método interpretativo não inclui aspectos institucionais insíto à hermenêutica constitucional, como os papéis “contramajoritário”, “representativo” e “iluminista” das supremas cortes, no caso o STF, em conjunto com as normas materialmente constitucionais que deverão pautar o controle de constitucionalidade, assim

importância da Constituição para o exercício e para a garantia de seus direitos. Em um cenário de instabilidade política e social, os juristas, em especial os constitucionalistas, têm papel essencial na conscientização dos demais.”

⁴ Por “jurisdição constitucional”, entendemos a jurisdição superior de nível recursal ou originária exercida pelo STF e regulamentada pela Constituição e por normas infraconstitucionais criadas por mandato constitucional. Por “jurisdição”, entende-se a prerrogativa de o Estado “dizer o Direito”, ou seja, “consiste na busca da pacificação de sujeitos ou grupos em conflito” (DINAMARCO; LOPES, 2017: 77). Ou ainda, “uma expressão do poder estatal, exercida com a função de pacificar e mediante as atividades disciplinadas pela Constituição e pela lei (Ibidem).

⁵ A definição de processo constitucional - ou “direito processual constitucional” - adotada nesta monografia é o conceito de “processo constitucional em sentido estrito, a saber: “os instrumentos legais [regulamentados constitucionalmente] que objetivam garantir a supremacia da Constituição, verificando a regularidade da produção de normas infraconstitucionais” (Ibidem, p. 38).

como com as demais normas não-constitucionais, como as normas supralegais, no que tange à importância do controle de convencionalidade na interpretação constitucional⁶.

Como mencionado acima, o objetivo teórico deste trabalho é apresentar um ensaio teórico preliminar. Portanto, a metodologia compor-se-á de análise descritiva fundamentada em revisão bibliográfica de textos referenciais e contemporâneos sobre hermenêutica constitucional neoconstitucionalista, com ênfase em análises acerca do pensamento de Peter Häberle já aplicadas ao caso brasileiro. Para tanto, utilizar-se-á, além do uso da doutrina constitucional sobre democratização do controle de constitucionalidade, as fontes do direito, como legislação e entendimento jurisprudencial do STF. A pesquisa será, portanto, qualitativa.

Esta monografia é dividida em três capítulos, a saber: Capítulo I - A teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” de Peter Häberle; Capítulo II - A “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” no Direito Constitucional brasileiro; Capítulo III - A “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” e os retrocessos democráticos; Considerações Finais.

A nossa conclusão confirma a hipótese aqui apresentada, ou seja, a institucionalização de um modelo de hermenêutica constitucional aberto e cidadão não é suficiente para que se evite retrocessos constitucionais e democráticos. Por consequência, torna-se benéfica para a democracia a manutenção da atuação protagônica do STF no sentido de um “ativismo judicial iluminista” ou “contramajoritário”, em prol da concretização da força normativa da Constituição de 1988 e da promoção da “vontade de constituição” em uma sociedade polarizada ideologicamente.

⁶ Esses assuntos serão melhor desenvolvidos nos Capítulos II e III da presente monografia.

CAPÍTULO I - A TEORIA DA “SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO” DE PETER HÄBERLE

1.1. Introdução

A teoria, ou modelo, da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” foi proposta por Peter Häberle, de forma mais acabada, no ano de 1975 com a publicação da obra homônima “*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*”, traduzida no Brasil no ano de 1997 pelo professor e atual Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, sob o título “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”.

Peter Häberle destaca-se na doutrina constitucional internacionalmente, desde sua produção de nível doutoral acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na Constituição alemã. Desde então, tem tido reconhecida influência no neoconstitucionalismo europeu, incluindo grande influência na doutrina constitucional de tradição ocidental, em especial no contexto de novas democracias (Leste Europeu, Ásia e América Latina), seja na difusão dos sistemas de jurisdição constitucional, seja no fortalecimento institucional do Estado constitucional (MENDES, 2016).

Para os fins da presente monografia, em que pese a sua vasta produção doutrinária em Direito Constitucional, interessa-nos focar apenas na obra supracitada, a qual resume sua reflexão a respeito dos modelos abertos do processo decisório no que tange à interpretação das normas constitucionais. Por “abertos”, entende-se aqui a condição fundamental de abertura dos processos de hermenêutica constitucional aos titulares únicos do poder constituinte do Estado Democrático de Direito, isto é, os cidadãos ou povo (*Volk*), os quais detêm, em absoluto, a legitimidade última da soberania popular.

Em outros termos, no modelo häberliano, quanto mais aberta for a Constituição, mais democrático será o Estado Constitucional, sendo o contrário também verdadeiro, isto é: quanto mais democrático for o Estado Constitucional, mais aberta e plural será a Constituição, e em “Constituição”, inclui-se o processo constitucional (CLARISSA; MAAS, 2020).

Como afirma Mendes, sintetizando a concepção häberliana em torno do conceito de “sociedade aberta”,

(...) o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional. (MENDES, 2016: 33)

Cumpra ressaltar que a proposta teórica de Häberle consiste em uma “teorização de hermenêutica constitucional”, razão pela qual se faz mister tratar primeiramente, do desenvolvimento de abordagens teóricas neoconstitucionalistas sobre a interpretação normativa no âmbito do Direito Constitucional.

1.2. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo

De acordo com Barroso, em sua obra referencial *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, a “hermenêutica constitucional” deve ser entendida como uma espécie de interpretação dentro do gênero “hermenêutica jurídica”, a qual, por sua vez, se define como “domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito” (BARROSO, 1999: 67).

Por “interpretação”, entende-se, aqui, um tipo de atividade técnica e intelectual, cujo objetivo é “revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto” (Ibidem). E, por “incidir”, entende-se aplicar a norma jurídica na realidade (“caso concreto”). Assim, é neste momento, quando a norma é aplicada, que o direito se concretiza:

A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato. Esses três conceitos são marcos do itinerário intelectual que leva à realização do direito. Cuidam eles de apurar o conteúdo da norma, fazer a subsunção dos fatos e produzir a regra final, concreta (...). (Ibidem)

Especificamente em relação à interpretação constitucional, outro conceito central enfatizado por Barroso é o conceito de “construção”; visto que as normas constitucionais são, no geral, normas principiológicas, possuindo, portanto, um elevado grau de abstração, por “construção”, entende-se a interpretação normativa que visa a alcançar situações que se situam fora do texto constitucional. Consequentemente, a hermenêutica constitucional não se resume apenas na busca do sentido verdadeiro da norma jurídica. Com efeito, buscar-se-á a construção da norma em casos não detalhados na Constituição, de forma a considerar elementos extrínsecos ao texto constitucional (Ibidem).

Repisa-se que a interpretação normativa, seja de norma constitucional ou infraconstitucional, é um trabalho permanente. Isso significa dizer que todas as normas são

permanentemente interpretadas, mesmo que tais normas sejam claras ou evidentes, isto é, mesmo que as normas não levem a dúvidas. Assim, “não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação”, assevera Barroso (Ibidem, p. 69). Por consequência, a vetusta máxima hermenêutica *in claris cessat interpretatio*⁷ pode diminuir a complexidade da interpretação do conteúdo normativo; contudo, não o anula, nem impede que a interpretação seja exercida pelo intérprete (Ibidem).

Partindo dessas premissas, entende-se que o propósito da hermenêutica constitucional é, portanto, determinar os significados das normas constitucionais formais, bem como os significados das normas constitucionais materiais⁸. Nesse sentido, Barroso identifica duas modalidades em que a hermenêutica constitucional pode se realizar: i) na aplicação direta da norma constitucional, com o fito de regular uma situação jurídica no caso concreto; e ii) no controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, seja de forma concentrada ou difusa⁹ (Ibidem).

Diferentemente das normas infraconstitucionais, as normas constitucionais possuem peculiaridades com importantes implicações no praxis da hermenêutica jurídica constitucional, como a sua “superioridade hierárquico-normativa” (“superlegalidade”), a “natureza da linguagem constitucional” (maior densidade jurídica devido ao alto grau de abstração, como normas principiológicas e esquemáticas), o “conteúdo específico” (como no caso das normas materialmente constitucionais e as normas constitucionais programáticas, cuja aplicabilidade imediata transcende as meras normas de conduta típica) e o seu “caráter político” (Ibidem).

O “caráter político” das normas constitucionais ocorre pois elas surgem de um

⁷ A máxima *in claris cessat interpretatio* ou *in claris non fit interpretatio* significa, literalmente, que “na clareza não é possível interpretação” ou “se a norma é clara, não é necessário interpretá-la”. O objetivo desse aforismo, de criação medieval, era isentar o intérprete de interpretar normas não obscuras. Visto que sempre existe interpretação normativa ao aplicar uma norma clara ou obscura, essa máxima não possui qualquer relevância prática na hermenêutica jurídica atual (MEDEIROS, 2000). Como afirma Häberle (apud MENDES; BRANCO, 2017: 725), “não existe norma jurídica senão norma interpretada”.

⁸ As “normas constitucionais materiais” ou “substanciais” referem-se àquelas normas, integrantes ou não do texto constitucional, que instituem as competências dos órgãos de Estado e que limitam tais órgãos, isto é, normas que tratam das regras estruturais da sociedade e de seus alicerces fundamentais (forma de Estado, sistema de governo, regime político. Já, por “normas constitucionais formais”, entendem-se as normas que integram o texto constitucional porque foram aprovadas por um processo legislativo solene e mais dificultoso que as demais normas do ordenamento jurídico, a exemplo do poder constituinte originário ou reformador. Assim, as “normas constitucionais formais” independem de conteúdo ou substância para serem consideradas constitucionais, já que são positivadas como tais pelo constituinte originário ou pelo legislador (LENZA, 2014; MENDES; BRANCO, 2017).

⁹ Didaticamente, a doutrina de Direito Constitucional divide o controle de constitucionalidade feito pelas cortes constitucionais em “concentrado”, “difuso” e “misto” (“concentrado com difuso”). Sucintamente, enquanto o controle concentrado ou “austriaco”, ou “europeu”, diz respeito ao julgamento das questões constitucionais por um tribunal constitucional, o controle difuso ou “americano” refere-se ao sistema de controle de constitucionalidade que pode ser mobilizado incidentalmente por qualquer órgão judicial diante de um caso concreto (MENDES; BRANCO, 2017).

processo inerentemente político; tratam da organização do Estado e dos principais direitos e garantias fundamentais; e impactam as políticas públicas e a vida em sociedade, donde a permanência da mobilização de interesses de diversos setores sociais, também na práxis hermenêutica constitucional:

A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical (...). Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política (...). (Ibidem, p. 73)

Essa constatação de Barroso acerca de uma evidente “economia política da interpretação constitucional”, centralizada pelas cortes constitucionais, leva-nos necessariamente à discussão dos modelos abertos de hermenêutica constitucional, como é o caso do modelo de Häberle acerca da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, no qual é aplicado uma abordagem jurídica e política de concepção teórica flagrantemente “pluralista”.

Em princípio, importa ressaltar que o pluralismo, tradicionalmente, não constitui uma abordagem teórica jurídica a respeito de processos decisórios. De fato, em termos gerais, o pluralismo consiste em modelo teórico de Ciências Sociais, em especial da Ciência Política, tendo, daí, repercussões relevantes para o Direito Constitucional, ramo de direito público que lida com o Estado, sua organização e políticas públicas, igualmente objetos da Ciência Política.

Desde a Ciência Política do pós-Segunda Guerra Mundial, o pluralismo é essencialmente uma teoria sobre a democracia, teoria esta formulada para se contrapor à teoria elitista que se baseia na concepção de que a democracia é concretizada por representação, ou seja, por elites eleitas pelo povo, elites estas que competem entre si. Essa competição assemelha-se à competição da economia de mercado, na qual os votantes, isto é, o povo, são meros “consumidores”, ao passo que os políticos, ou seja, as elites políticas eleitas, são os “empresários” neste mercado (MACPHERSON, 1978).

Exponente dessa abordagem elitista, no sentido de a democracia ser uma democracia que se realiza eleitoralmente por elites políticas, é Joseph Schumpeter, que resume essa perspectiva nos seguintes termos:

(...) democracia não significa e não pode significar que o povo

realmente governe, em qualquer sentido óbvio dos termos ‘povo’ e ‘governe’. Democracia significa apenas que o povo tem a oportunidade de aceitar ou recusar as pessoas designadas para governá-lo. (SCHUMPETER, 1984: 355)

Desenvolvendo essa perspectiva, Robert Dahl propõe um modelo de democracia pluralista ou “poliárquico”, no qual há uma estrutura mais aberta em termos da representação de interesses, de vários setores sociais organizados e não apenas das elites eleitas ou estatais, nos processos decisórios de democracias avançadas. Para tanto, Dahl formula um conceito teórico-ideal de democracia na qual os interesses são dispersos, possibilitando o aparecimento de pressões políticas diversas entre os grupos, o que aperfeiçoaria, por vez, o próprio regime democrático.

Este modelo ideal seria a “poliarquia” ou “democracia poliárquica”, que se caracterizaria pela possibilidade de que cidadãos representem seus interesses plurais de forma organizada, com vistas a uma postura ativa nos processos decisórios estatais. Como dito, as poliarquias são “tipos ideais”, dentro de um *continuum* de regimes menos democráticos e mais democráticos, sendo a poliarquia o modelo de sistema político no qual haveria uma democracia plena e consolidada. Portanto,

(...) as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública (...) Quando regimes hegemônicos e oligarquias competitivas se deslocam na direção de uma poliarquia, eles aumentam as oportunidades de efetiva participação e contestação e, portanto, o número de indivíduos, grupos e interesses cujas preferências devem ser levadas em consideração nas decisões políticas. (DAHL, 2005: 31; 36)

Destas reflexões, no conceito de “pluralismo” podemos entender a possibilidade e potencialidade de que interesses diversos de múltiplos grupos sociais possam influenciar, institucionalmente, as decisões políticas (políticas públicas) nas mais diversas arenas da *res pública*. No atinente ao mundo jurídico, o conceito de “pluralismo” poderia, portanto, ser aplicado para propor um modelo aberto de processos decisórios ou hermenêuticos jurídicos, como no caso da abertura aos interesses de diversos grupos de pressão no processo de interpretação constitucional centralizado pelas cortes constitucionais.

No entanto, Antonio Carlos Wolkmer, na obra *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do Direito* (2017), adverte que não é possível conceber um conceito único de “pluralismo jurídico”, tendo em vista as múltiplas perspectivas analíticas existentes no Neoconstitucionalismo, a exemplo de teorizações jusfilosóficas, sociológicas e antropológicas

acerca do “pluralismo”. Além disso, o pluralismo na acepção jurídica não se resume a um modelo decisório aberto, como na Ciência Política, mas leva em conta a coexistência de múltiplos sistemas jurídicos ou de regulação social e resolução de conflitos (“pluralidade normativa”), muitas vezes extrapolando ou à margem do sistema jurídico estatal, oficial ou estadocêntrico (WOLKMER, 2017).

Com base nessa complexidade conceitual da Ciência Jurídica, Wolkmer formula um conceito amplo de “pluralismo jurídico”, entendido como “a multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (Ibidem, l. 160).

Portanto, o pluralismo jurídico afirma a existência de estruturas jurídicas heterogêneas, algumas surgindo a partir do contexto de crise de legitimidade política do sistema jurídico hegemônico, podendo estas estruturas serem “paralegais”, “paralelas” ou “*extra legem*”, muitas vezes incentivadas pelo próprio Estado (FALCÃO apud Ibidem).

Outras estruturas podem ser exemplificadas como manifestações normativas não-estatais que buscam a justiça e equidade, como o “direito dos menores”, o “direito nativo” (*versus* o direito do “invasor”), o “direito das minorias” (e.g. étnicas, sexuais, religiosas), e o “direito achado na rua” (WOLKMER, 2017). Além disso, condicionantes como a descentralização jurídica e a busca de desenvolvimento econômico igualitário de diferentes atores políticos, incluindo atores informais, subversivos e insurgentes, podem justificar práticas que concebem a aplicabilidade do pluralismo jurídico como abordagem justeórica (Ibidem).

Desde essa ótica, o objetivo geral do pluralismo jurídico ou legal é, além de denunciar, contestar e romper com o direito oficial hegemônico,

cobr[ir] não só práticas independentes e semiautônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não oficiais/informais. A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas ou sistemas normativos distintos que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado. (Ibidem, l. 4674-4680)

Em termos de diferenciação, podem-se ser citadas diferentes espécies de pluralismo jurídico, a exemplo do: i) “pluralismo jurídico estatal” (modelo de sistemas jurídicos semiautônomos que é reconhecido, permitido e regulado pelo Estado, ente que possui uma certa hierarquia normativa em relação aos demais sistemas); ii) “pluralismo político comunitário”

(advindo de forças sociais e atores coletivos que possuem identidade e autonomia específicas e que sobrevivem fora do controle estatal); iii) “pluralismo jurídico *stricto sensu*” (pluralismo jurídico propriamente dito, compreendendo a coexistência de manifestações normativas não estatais e estatais numa sociedade); iv) “pluralidade do Direito” (existência de múltiplos direitos oficiais internos, como o Direito do Consumidor, Militar, Desportivo) ; v) “pluralidade de Direitos” (pluralismo social de sistemas jurídicos autônomos numa mesma sociedade) (Ibidem).

Em complementação, no contexto periférico como o brasileiro, uma discussão importante sobre espécies de pluralismo jurídico refere-se à relação entre pluralismo jurídico, “Direito alternativo” e “Uso alternativo do Direito oficial” (CARRION apud Ibidem). Cumpre ressaltar que o Direito alternativo se insere no pluralismo jurídico, pois o Direito alternativo concorre com o Direito oficial, sendo uma outra legalidade, que desafia e se contrapõe à hegemonia opressora das normas jurídicas estatais.

Já, o “Uso Alternativo do Direito” não se insere no pluralismo jurídico. Com efeito, o “o Uso Alternativo do Direito” é um método hermenêutico, técnico-interpretativo, “que busca tirar proveito das contradições e antinomias do Direito Positivo estatal em favor das camadas sociais excluídas” (Ibidem, nota 439). Assim, pelo Uso Alternativo do Direito, busca-se “explorar mediante a hermenêutica (interpretação de cunho libertário) ou as contradições e as crises do próprio sistema oficial diante das formas legais mais democráticas da ordem burguesa individualista” (Ibidem), portanto, em prol de camadas sociais marginalizadas.

Ainda que se perceba que o pluralismo jurídico possa contribuir para um maior grau de democracia a partir da inclusão de múltiplas realidades sob ou fora do controle do Estado, há críticas que demonstram uma preocupação com a possibilidade de ataque ao estado de coisas constitucional de um Estado Democrático de Direito pelos atores que criam sistemas jurídicos antidemocráticos. Esse é o posicionamento de Norberto Bobbio, para que o pluralismo jurídico, ao mesmo que tempo que pode libertar sujeitos oprimidos por práticas jurídicas libertárias, também pode ocultar uma “ideologia reacionária” que poderá, inclusive, substituir o Estado com anarquia (BOBBIO apud Ibidem).

Outra objeção, com importantes implicações para o tema da hermenêutica constitucional, é a crítica de ordem sociojurídica acerca de que há um verdadeiro exagero em considerar que haja, de fato, um pluralismo de sistemas jurídicos normativamente autônomos sob um poder estatal:

Prova disto é o fato de que muitas situações qualificadas de pluralismo, como aquela entre o jurídico (o Direito comum do sistema) e o infrajurídico (pretenso direito marginalizado), na prática não perfazem

uma natureza similar e, por conseguinte, não constituem pluralidade, quer para fenômenos normativos concorrentes absorvidos e integrados pelo sistema jurídico global, quer para fenômenos não incorporados que ficam à margem e que no máximo alcançam a condição de ‘subdireito’. Assim, o pluralismo jurídico autêntico não ocorre na situação de oposição ou concorrência de normas entre si, mas nas diferentes maneiras de aplicar uma mesma regra. (CARBONNIER apud *Ibidem*, l. 4797-4803)

Em suma, cumpre registrar algumas discussões narradas acima; em primeiro lugar, o pluralismo da tradição da Ciência Política (“teoria política pluralista”) traz um modelo de processos decisórios plurais e poliarcuizados, incluindo diferentes atores que conseguem mobilizar seus interesses e adentrar as instituições, em especial as instituições estatais, como as cortes constitucionais. Em segundo lugar, essa abordagem mais ampla, que considera uma espécie de pluralismo participativo no nível societal da representação de interesses, não coincide com as visões mais correntes das Ciências Jurídicas acerca do conceito de “pluralismo” (jurídico).

Como visto, este “pluralismo jurídico” visa, tradicionalmente, a teorizar sobre um pluralismo legal, segundo o qual há sistemas normativos múltiplos dentro, fora ou além do Estado. No entanto, Wolkmer entende que o pluralismo jurídico pode ser um novo paradigma, pelo qual é possível unir as abordagens pluralistas tanto “legais” quanto “societais”:

Assim, a afirmação de um pluralismo político e jurídico traduzirá a complexa interação do pluralismo legal (nível do Direito) com um pluralismo comunitário-participativo (nível do social e da política). A abrangência deste modelo cultural que será apresentado como marco teórico emancipatório de ‘novo’ tipo implicará o desenvolvimento de duas condições básicas (...): a) fundamentos de ‘efetividade material’ - emergência de novos sujeitos sociais (individuais e coletivos), satisfação justa das necessidades humanas fundamentais; b) fundamentos de ‘efetividade formal’ - reordenação do espaço público mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa, desenvolvimento da ética concreta da alteridade, construção de processos para uma racionalidade emancipatória. (*Ibidem*, l. 4858-4864)

1.3. O método concretista aberto de Peter Häberle

Como exposto acima, o modelo proposto por Häberle deve ser entendido sob o paradigma neoconstitucionalista aplicado à interpretação constitucional contemporânea ou “nova hermenêutica”, que foi possível após o desenvolvimento do método hermenêutico concretista de tradição alemã, a partir da publicação da obra “Tópico e Jurisprudência” (*Topik*

und Jurisprudenz) por Theodor Viehweg em 1953.

Em relação ao Direito Constitucional, o método concretista tem como proposta metodológica a ideia segundo a qual a interpretação constitucional consiste em uma “concretização”, processo pelo qual o intérprete da lei, havendo obscuridade, deverá determinar o conteúdo material da norma. Dessa forma, o teor da norma concretiza-se a partir de sua interpretação ou ato interpretativo pelo intérprete, ante um caso concreto ou “problema” concreto a que seja necessária uma solução. Por sua vez, o intérprete possui uma “compreensão prévia” (*Vorverständnis*) do problema, que deverá guiar a objetividade da interpretação, tendo em vista que essa compreensão deve se basear em fundamentos normativos constitucionais e em precedentes constitucionais (BENEVIDES, 2004). Portanto, entende-se que sem problemas concretos, caso a caso, não há interpretação constitucional possível (HESSE apud *Ibidem*).

Para sua realização, o método concretista possui três elementos básicos: i) a norma que deverá ser concretizada; ii) a “compreensão prévia” do intérprete; e iii) o problema concreto a ser resolvido pelo intérprete, no exercício da jurisdição constitucional (BENEVIDES, 2004). O procedimento interpretativo é, assim, “tópico” e não hierárquico-axiológico (integrativa ou científico-espiritual) ou lógico-axiomático (positivista), visto que se baseiam no termo grego plural *topoi*, isto é, entendimentos-padrão entre pares¹⁰, pelos quais se busca

(...) orientações, pontos de vista ou critérios-chave, adotados consoante a norma e o problema a ser objeto de concretização. É uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos. (*Ibidem*, p. 482)

Ora, o termo “concretista” relaciona-se, assim, ao fato de que os *topoi* são aplicados para o solucionamento do problema ou caso concreto. E tais *topoi* deverão ser extraídos da Constituição, em sentido material, para atingir necessariamente um problema jurídico, sem o qual a interpretação do intérprete seria totalmente arbitrária ou fora da realidade concreta (*Ibidem*). A interpretação, nessa lógica, seria uma interpretação “tópica”, ou seja, “problemática”, pois visa a pensar sobre a solução de um problema real por meio de um debate

¹⁰ É notável o desenvolvimento desse conceito na hermenêutica alemã do pós-Segunda Guerra Mundial. Joseph Esser resume o conceito de *topoi* como: “pontos de vista pragmáticos de justiça material”. E Martin Kriele entende o conceito de forma clássica, como “pontos retóricos de partida para a argumentação do problema”. Já, Theodor Viehweg entende *topoi* em termos de método tópico, ou seja, como “técnica de pensar o problema” ou “técnica mental que se orienta para o problema” (BENEVIDES, 2004).

em torno do consenso que aplicará determinada norma, e não com base em regras genéricas, a partir de um argumento dedutivo absoluto (sistema formal do dedutivismo lógico) (Ibidem).

Muito relevantemente, a tópica teve influência significativa para o desenvolvimento do modelo da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Häberle, o que faz que se conceitue tal modelo como um verdadeiro “método concretista” da Constituição aberta. Como resume Benevides:

(...) Häberle levou a tópica às últimas consequências, mediante uma série de “fundamentações” e “legitimações” que se aplicam excelentemente ao campo dos estudos constitucionais. Todas resultantes da democratização do processo interpretativo, que já se não cinge ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional mas se estende a todos os cidadãos. (Ibidem, p. 509)

Para entendermos as razões dessa aplicação do método tópico “às últimas consequências” à hermenêutica constitucional, cumpre descrevermos com profundidade a proposta häberliana de acordo com a sua obra traduzida no Brasil em 1997, sob o título “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”.

Em primeiro lugar, Häberle (2002) parte dos dois principais questionamentos que traz a nova hermenêutica constitucional - i) questionamento sobre o propósito e objetivos da interpretação constitucional; e ii) questionamento sobre métodos interpretativos (processo da interpretação constitucional e regras de interpretação) - para propor um terceiro e novo questionamento que deveria ser objetivo do labor hermenêutico e que será a nova linha de pesquisa proposta por Häberle na escola hermenêutica alemã:

Não se conferiu até aqui maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, prova a práxis em geral. *Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso.* Isso já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. (Ibidem, p. 11-2; grifo nosso)

Reconhece, também, Häberle que a nova hermenêutica constitucional adota uma concepção apenas teórica de que há uma sociedade fechada ou não aberta. Ressalta-se que essa concepção é apenas teórica, pois reduzir a interpretação constitucional tão somente à

interpretação das normas constitucionais feita pelos juízes constitucionais não condiz com a realidade. Para tanto, Häberle entende o termo “realidade” no sentido de “realidade constitucional”, na qual há atores diversos, ou seja, atores que não fazem parte, institucionalmente, das cortes constitucionais ou do processo constitucional regulado por essas cortes (Ibidem).

Em seguida, concebendo que a interpretação constitucional não consiste em uma “sociedade fechada de intérpretes”, Häberle propõe a tese fundamental do sua proposta teórico-normativa, a saber:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (Ibidem, p. 13)

Sendo a interpretação constitucional, portanto, um processo aberto no sentido societal, Häberle entende que quanto mais “pluralista” ou democrática for uma sociedade, tanto mais abertos serão os critérios da hermenêutica constitucional (Ibidem). Assim, o modelo de “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” poderá servir como um elemento empírico do grau da democracia de determinada sociedade democrática.

Häberle justifica a formulação de sua teoria partir de um “esclarecimento da tese”, esclarecimento este que pode ser considerado um dos trechos mais elucidativos da abordagem häberliana:

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la. Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que, parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. (Ibidem, p. 13-14)

Dessas formulações, decorre uma segunda tese da “sociedade aberta”:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (Ibidem, p. 15)

A teoria hermenêutica constitucional habitual subestima, então, a existência de um conjunto não taxativo de atores sociais, os quais atuam como intérpretes de fato das normas constitucionais no dia a dia político-institucional. Essa interpretação ocorre, com efeito, mesmo

fora das instâncias de jurisdição constitucional oficiais, como em debates, mídia, movimento social organizado e, atualmente, em redes sociais, sem intermediação de outros intérpretes. A definição häberliana de “intérpretes” é, fundamentalmente, amplíssima, isto é, tem sentido lato, não se limitando, nem se circunscrevendo aos tradicionais atores descritos nos processos decisórios. À guisa de ilustração, Häberle detalha um conjunto provisório de intérpretes da Constituição a partir da proposição de um catálogo exemplificativo dos participantes da interpretação”, conforme quadro abaixo¹¹:

Quadro 1

Catálogo exemplificativo de intérpretes da Constituição de Peter Häberle

<p>1) <i>Funções estatais</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - STF: controle de constitucionalidade de leis e atos normativos - órgãos estatais com poder de decisão vinculante: Poder Judiciário (além do STF), Poder Legislativo, Poder Executivo
<p>2) <i>Atores/participantes que não necessariamente oficiais/estatais</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Requerente/autor e requerido/réu (recursos em ações constitucionais, nos quais o STF deverá decidir ou assumir um diálogo jurídico) - Demais participantes de ações constitucionais, convocados ou obrigados legalmente a serem convocados (legitimados, testemunhas, terceiros, <i>amicus curiae</i>, participantes em audiências públicas do STF) - Atores que participam em comissões, sobretudo em Comissões de Constituição e Justiça, no Poder Legislativo, incluindo audiências públicas - Partidos políticos, incluindo lideranças partidárias no Poder Legislativo - Associações - Grupos de pressão organizados (ex: Forças Armadas, organizações não governamentais, setor privado, lobbies, sindicatos) - Participantes em processos administrativos de caráter participativo ou público
<p>3) <i>Opinião pública “democrática e pluralista”</i> (imprensa oficial, imprensa no geral, jornalistas/analistas independentes, leitores da mídia, cidadãos, partidos políticos fora das instâncias institucionais estatais, igrejas, editoras, escolas, setores artísticos)</p>

¹¹ A classificação de Häberle não é teoricamente rigorosa ou exaustiva, no sentido de esmiuçar cada ator/participante ou criar categorias mais acabadas. Nota-se que há, portanto, apenas uma exemplificação de atores/participantes institucionais e individuais, unitários e coletivos, estatais e não estatais em uma mesma classificação. Procuramos, assim, utilizar literalmente a proposta original, a fim de não extrapolarmos o que quis Häberle nessa obra. Contudo, preferimos utilizar o termo “exemplificativo” em vez do termo “sistemático” utilizado na tradução para a língua portuguesa, tendo em vista que posteriormente Häberle afirma que *todas as forças* da comunidade política têm acesso potencial à interpretação aberta da Constituição (HÄBERLE, 2002).

4) *Doutrina jurídica constitucional*, a qual participa dos grupos ou instâncias “1”, “2” e “3” acima; inclui acadêmicos e juristas que lidam com o Direito Constitucional

(Fonte: *Ibidem*, p. 20-3; adaptado ao contexto brasileiro)

Embora haja um sentido lato acerca da diversidade de intérpretes da Constituição, Häberle afirma que nem sempre a interpretação realizada - fora do processo institucional de jurisdição constitucional - será uma interpretação “absoluta”, no sentido vinculativo; muitas vezes tais intérpretes também podem atuar indiretamente ou apenas numa ótica não-imediatista, de longo prazo:

(...) são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). *Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional*. (*Ibidem*, p. 14: grifo nosso)

Em suma, evidencia-se que o sistema político em democracia deverá ser entendido como uma “esfera pública pluralista” (*die pluralistische Öffentlichkeit*), pois Häberle propõe um modelo socioconstitucional, ou seja, sob uma perspectiva teórico-conceitual essencialmente “republicana” de hermenêutica aberta. Essa conceitualização é, assim, o objetivo último normativo da interpretação constitucional em contextos democráticos ou em contextos nos quais a democracia esteja em processo de consolidação (*Ibidem*).

Portanto, a interpretação constitucional não será, em absoluto, um “evento exclusivamente estatal” (*Ibidem*), tanto do ponto de vista da teoria quanto do ponto de vista da práxis hermenêutica. Nesse modelo aberto, a própria abertura será um “motor” que impulsionará o processo de interpretação constitucional, com demandas permanentes, fazendo que o grau de democracia no acesso à jurisdição constitucional seja aperfeiçoado (*Ibidem*).

Contudo, como afirma Häberle, “o processo político [de interpretação constitucional] não é um processo liberto da Constituição” (*Ibidem*, p. 27-9); assim, haverá limites tanto materiais quanto formais ao alcance das demandas dos inúmeros intérpretes constitucionais, de modo que não será possível a ocorrência de uma “dissolução” hermenêutica, livre de qualquer norma superlegal/constitucional.

Pois bem, em contexto de democracia avançada ou poliárquica, um modelo aberto é o único modelo legítimo, no qual as várias realidades são consideradas pelas cortes constitucionais. Como postula Häberle,

[a] ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. (...) Essas influências contém também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação constitucional. (Ibidem, p. 30-2)

Tendo em mente essa larga amplitude de atores/participantes, incluindo até mesmo como intérpretes pessoas que não são diretamente afetadas pela interpretação constitucional (Ibidem), a Constituição caracteriza-se e caracteriza-se-á pela dinamicidade; ou seja, no modelo häberliano, a Constituição exsurge como um “processo público” (*Verfassung als öffentlichen Prozess*), sendo a própria unidade normativa da Constituição um produto dessa amplitude.

Eis aqui a relevância teórica central da proposta de Häberle no Neoconstitucionalismo alemão e ocidental, proposta que se torna tanto uma Teoria da Constituição como uma Teoria da Democracia:

A práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis (...) [estas forças] participam desse processo até mesmo quando são formalmente excluídas, como ocorre com partidos que podem ter o seu funcionamento proibido por decisão da Corte Constitucional. São exatamente esses aspectos que exigem um esclarecimento sobre o conteúdo da Constituição e influenciam o desenvolvimento de uma concepção da sociedade liberal-democrática. (...) Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade (...). Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! (Ibidem, p. 34-7)

Em se tratando das implicações de seu modelo teórico para a hermenêutica constitucional realizada pelas Cortes Constitucionais, Häberle propõe três blocos de consequências: i) “relativização da interpretação jurídica”; ii) “dimensão e intensidade do controle judicial”; e iii) “conformação e utilização do direito processual constitucional”.

Quanto à relativização da interpretação jurídica, são formuladas três razões principais: i) o juiz da corte constitucional não é o único intérprete do processo constitucional e, portanto,

não exerce de forma isolada a interpretação constitucional; ii) há intérpretes inclusive em fases prévias à interpretação constitucional realizada nas cortes constitucionais; e essa “pré- interpretação” poderá ocasionar mudanças da interpretação realizada pelos juízes constitucionais; iii) o processo constitucional não é a única via de acesso ao processo hermenêutico constitucional; dessa forma, algumas questões constitucionalmente materiais acabam por não chegar à corte e são interpretadas fora da jurisdição constitucional, a exemplo da interpretação dos regimentos internos do Poder Legislativo, no geral¹² (Ibidem).

Em relação à “dimensão e intensidade do controle judicial”, Häberle reflete sobre a necessidade de as cortes constitucionais, em sua jurisdição constitucional, também controlarem e variarem a representação de interesses dos múltiplos intérpretes constitucionais, no sentido de beneficiarem, com espaços institucionais, os conjuntos de intérpretes menos representados ou com menores dotações de poder político. Além disso, em situações de intensa polarização, os juízes constitucionais devem zelar pela função integrativa da interpretação constitucional, solucionando problemas com a aplicação das normas constitucionais mais justas ao caso concreto:

(...) no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que se não perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição. Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis) (...). Aqui manifestam-se os ‘interesses públicos’, ou, segundo a terminologia de [Jürgen] Habermas, os interesses aptos a serem generalizados (*verallgemeinerungsfähigen Interessen*). (Ibidem, p. 46)

Já, quanto à “conformação e utilização do direito processual constitucional”, defende-se a necessidade de ampliação e de aperfeiçoamento dos sistemas de informação dos juízes constitucionais em conjunto com uma maior abertura aos diversos intérpretes constitucionais, como por meio de audiências públicas e intervenções de terceiros, a exemplo das partes materialmente afetadas - “atingidos” - em uma ação constitucional (Ibidem).

¹² Importa dizer que o termo utilizado é “relativização” da interpretação constitucional realizada pelos juízes das cortes constitucionais. A escolha do termo “relativização” destaca-se pois os juízes se mantêm com poder de veto, visto que possuem competências reguladas constitucionalmente e infraconstitucionalmente no que tange ao exercício da jurisdição constitucional. Como reconhece Häberle (Ibidem, p. 43-4) a respeito dessa questão: “A forma de participação da opinião pública [por exemplo] está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia de sua abertura ou espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os ‘filtros’ sobre os quais a força normatizadora da publicidade atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo”.

Por fim, Häberle conclui sua obra enfatizando a importância teórica que tem o modelo da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” para a própria teoria democrática, em especial aquela desenvolvida sob o marco teórico neoconstitucionalista:

Essa teoria constitucional não deve ser, todavia, simplificada e (mal-) entendida como uma concepção simplesmente harmonizadora. Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (...). A teoria constitucional democrática aqui enunciada tem (...) uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. (Ibidem, p. 51; 55)

CAPÍTULO II - A “SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO” NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1. Impactos jurídicos da teoria häberliana no Processo Constitucional brasileiro

No artigo intitulado “A influência de Peter Häberle no Constitucionalismo brasileiro”, Gilmar Mendes (2016) argumenta a que a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” influenciou, fortemente, a institucionalização da figura do *amicus curiae* na jurisdição brasileira¹³, por meio da Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF¹⁴.

Portanto, a hipótese de Mendes é que houve influência da teoria häberliana na ampliação da participação de intérpretes “não jurídicos” ou “não estatais” por meio de legislação infraconstitucional que trata do controle concentrado de constitucionalidade¹⁵.

Em sintonia com essa argumentação, Razaboni, em sua dissertação de mestrado intitulada “*Amicus Curiae*: democratização da jurisdição constitucional” argumenta que a influência da teoria de Häberle é, de fato, notável também na institucionalização de instrumentos constitucionais, via Constituição de 1988, e infraconstitucionais ensejadores de uma maior participação popular no controle do Poder Judiciário, incluindo a participação popular no processo decisório relacionados a temas constitucionais, a exemplo da ampliação de legitimados¹⁶ para a propositura de ações de controle de constitucionalidade, e da ampliação de ações individuais e coletivas (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e *habeas data*) e de novas ações de controle concentrado (ação direta de inconstitucionalidade por omissão/ADI por omissão, ação declaratória de constitucionalidade/ADC e arguição de descumprimento de preceito fundamental/ADPF) (RAZABONI, 2009). Nesse sentido,

[é] evidente que essa abertura acarretou a efetiva ampliação da participação da sociedade civil no controle judicial dos casos em que há violação à ordem constitucional. Iniciou-se, ainda que de maneira tímida, um processo gradativo de abertura da possibilidade de

¹³ A expressão latina *amicus curiae* significa, literalmente, “amigo do tribunal” ou “amigo da corte” e, considerando que é objeto da presente monografia a interpretação constitucional, trabalhar-se-á com o conceito de *amicus curiae* apenas no que tange a ações de controle de constitucionalidade.

¹⁴ “No âmbito legislativo, a Lei n° 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição.” (MENDES, 2016: 33-4).

¹⁵ Um estudo anterior que trata expressamente de tais legitimados afirma, porém, que a teoria de Häberle aqui tratada é apenas “compatível” com a ampliação do rol de legitimados (ROSA, 2015). Seja como for, seguiremos a afirmação de Gilmar Mendes, pois, como se verá, ele teve uma importância central no projeto de lei que trata das ações de controle de constitucionalidade.

¹⁶ O conceito de “legitimados” será abordado mais adiante neste mesmo capítulo.

interpretação das normas constitucionais, constatando-se a influência do pensamento de Peter Häberle acerca da existência de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. (Ibidem, p. 67-8)

Outra influência häberliana, constatada na literatura de Direito Constitucional, refere-se à institucionalização das audiências públicas no processo decisório constitucional¹⁷ (MARTINS, 2020). Sem esquecer tanto a importância que detêm os princípios constitucionais da Constituição de 1988, a exemplo do princípio democrático já abordado em nossa Introdução, quanto o contexto do aparecimento do “ativismo judicial” e da “judicialização de políticas públicas”, sintetiza Carvalho a respeito dessa influência:

O desenho institucional definido pela Carta Magna brasileira - repleta de princípios - possibilita que praticamente qualquer demanda possa ser levada à apreciação do STF, ocasionando o que se denominou chamar de “judicialização da política”. Em consequência, o Supremo passou a ser provocado para decidir sobre questões políticas, econômicas, sociais, dentre outras, que extrapolam em muito os limites tradicionais da juridicidade (...). Como resposta e em alguma medida, o STF busca amparo nas Teorias da Representação Argumentativa, de Robert Alexy¹⁸, e da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, de Peter Häberle. Nesse cenário profícuo, surgem as audiências públicas como uma sedutora promessa de alternativa institucional para os dilemas e impasses da jurisdição constitucional. (CARVALHO, p. 67-8)

Portanto, a nossa análise trabalhará com as três repercussões da teoria de Häberle identificadas na ampliação da hermenêutica constitucional brasileira: i) a ampliação das partes legitimadas para ingressar com ações de controle concentrado de constitucionalidade; ii) o instituto do *amicus curiae* em ações de controle de constitucionalidade; e iii) as audiências públicas convocadas pelo STF em ações de controle de constitucionalidade.

A nossa ideia será refletir, preliminarmente, se, de fato, houve, e como houve, influência expressa da teoria da “sociedade aberta dos intérpretes na Constituição” de Häberle na institucionalização desses três conjuntos de institutos no processo de interpretação constitucional no Brasil sob a égide da Constituição de 1988 no período contemporâneo.

¹⁷ O conceito e o objetivo das “audiências públicas”, em controle de constitucionalidade, serão abordados mais adiante no presente capítulo.

¹⁸ Robert Alexy é um jurista alemão neoconstitucionalista que é reconhecido, sobretudo, pela sua teoria dos direitos fundamentais, tendo profunda importância na teorização acerca da diferença entre regras e princípios. Em relação à sua teoria da argumentação jurídica como citada aqui, esta teoria é entendida como “teoria procedimental” à interpretação constitucional, cujo objetivo é a correção dos enunciados normativos, no caso pelos juízes constitucionais, ante os casos práticos. Assim, “discursos jurídicos” funcionam como “julgamentos jurídicos” (MOTA; PEREIRA, 2012).

2.2. Legitimados no controle concentrado de constitucionalidade

Por “legitimados”, entendem-se, constitucionalmente, as partes que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade/ADI e a ação declaratória de constitucionalidade/ADC¹⁹. Essas partes, citadas de forma taxativa no texto constitucional, conforme reconhece a jurisprudência recente do STF²⁰, são as seguintes atualmente: i) Presidente da República; ii) Mesa do Senado Federal; iii) Mesa da Câmara de Deputados; iv) Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; v) Governador de Estado ou do Distrito Federal; vi) Procurador-Geral da República; vii) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; viii) partido político com representação no Congresso Nacional; ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988: art. 103, I-IX).

Enfatizamos acima que essas partes supracitadas passaram a deter legitimidade ativa para proposição de ADI e ADC somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois, anteriormente, nas Constituições de 1967 e de 1969, a única instituição que detinha legitimidade ativa, para tanto, era o Procurador-Geral da República, o qual possuía monopólio de ação (MENDES; STRECK, 2013). Nota-se, assim, uma importante e histórica ampliação ou abertura, via normas constitucionais, das partes legitimadas a participarem do processo de interpretação constitucional em via concentrada.

Além disso, cumpre ressaltar que o atual rol de legitimados ativos foi modificado em 08 de dezembro de 2004, a partir da Emenda Constitucional nº 45, decorrente da Proposta de Emenda à Constituição nº 96 de 1992, de autoria do Deputado Hélio Bicudo (Partido dos Trabalhadores).

Esta emenda, considerada pela doutrina como verdadeira “reforma do Judiciário”, incluiu nos incisos IV e V do artigo 103 a expressão “ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal” e “ou do Distrito Federal”, respectivamente. Isso foi considerado uma “extensão da legitimação” para a proposição de ADI e ADC, tendo em vista que o Distrito Federal, de acordo

¹⁹ Com base no art. 103, § 1.º, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF deverá ser regulamentada por lei. Esta lei é a Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999. É importante citá-la aqui pois os legitimados para propor ADPF são os mesmos legitimados citados acima (BRASIL, 1999c: art. 2, II). Portanto, os legitimados ativos de proposição de ADPF são objeto de norma infraconstitucional e não de norma constitucional.

²⁰ Vide, por exemplo, a ADPF 75 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 3-5-2006, P, DJ de 2-6-2006, que reconhece o seguinte, no caso de ADPFs: “Os legitimados para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no art. 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei 9.882/1999. Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição Federal (...)”.

com a doutrina²¹ e entendimento jurisprudencial do STF²², é uma entidade política híbrida, possuindo, também, competências constitucionais dos Estados-Membros da Federação²³, fato que, inclusive, já tinha previsão na legislação infraconstitucional acerca da ADI e ADC (BRASIL, 1999a).

Como se viu, a abertura a novos legitimados ativos é um fato histórico em termos constitucionais, o que é solidamente reconhecido pela jurisprudência superior (ADI 5055 DF). E essa abertura, embora taxativa, deve ser entendida, em tese, em seu caráter “ampliativo” limitado (“não universal”), no sentido de que alguns incisos do artigo 103 aumentam, na prática, a quantidade de partes legitimadas a participarem do processo de hermenêutica constitucional. Isso ocorre com os incisos VIII e IX, que tratam, respectivamente, do “partido político com representação no Congresso Nacional” e da “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

À guisa de ilustração, atualmente, há 23 partidos políticos com representação no Congresso Nacional aptos, portanto, a proporem ADI ou ADC²⁴. Também existem cerca de 50

²¹ “Competem-lhe atribuições que são próprias de Estado e outras que são de natureza municipal (...). A Constituição de 1988 lhe deu nova configuração jurídica que não se compadece com a de atarquia territorial. É uma unidade federada autônoma, mas com restrições que o separam dos Estados, e com competências além das que cabem aos Municípios.” (SILVA, 2011: 317).

²² “Conquanto submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios. Isto porque: a) ao tratar da competência concorrente, a Lei Maior colocou o Distrito Federal em pé de igualdade com os Estados e a União (art. 24); b) ao versar o tema da intervenção, a Constituição dispôs que a ‘União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal’ (art. 34), reservando para os Municípios um artigo em apartado (art. 35); c) o Distrito Federal tem, em plenitude, os três orgânicos Poderes estatais, ao passo que os Municípios somente dois (inciso I do art. 29); d) a Constituição tratou de maneira uniforme os Estados-membros e o Distrito Federal quanto ao número de deputados distritais, à duração dos respectivos mandatos, aos subsídios dos parlamentares, etc. (§3º do art. 32); e) no tocante à legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, a Magna Carta dispensou à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal o mesmo tratamento dado às Assembleias Legislativas estaduais (inciso IV do art. 103); f) no modelo constitucional brasileiro, o Distrito Federal se coloca ao lado dos Estados-membros para compor a pessoa jurídica da União; g) tanto os Estados-membros como o Distrito Federal participam da formação da vontade legislativa da União (arts. 45 e 46)” (ADI nº 3.756/DF. Rel.: Min. Ayres Britto. DJ. 21/06/2007).

²³ A Emenda Constitucional nº 45/2004 também ampliou o *caput* da norma constitucional originária. Assim, todos estes legitimados de ADI passaram também a serem legitimados para propor ADC. Segue a comparação das normas constitucionais originária e emendada para fins de informação: i) norma originária: art. 103 - Podem propor a ação de inconstitucionalidade (...); ii) norma emendada em 2004: art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (...). É importante ressaltar que a ADC não foi criada pela EC nº 45/2004, mas sim pela EC nº 3/1993. Além disso, a ADC foi regulamentada infraconstitucionalmente pela Lei nº 9.868/1999. Por fim, a EC nº 45/2004, muito importante, deu efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em sede de ADI e ADC (BANDEIRA, 2005).

²⁴ Os partidos com representação atual no Congresso Nacional são: Partido dos Trabalhadores/PT, Movimento Democrático Brasileiro/ MDB, Republicanos, Partido da Social Democracia Brasileira/PSDB, Partido Socialista Brasileiro/PSB, Partido Democrático Trabalhista/PDT, Democratas/DEM, Podemos/PODE, Partido Socialismo e Liberdade/PSOL, Partido Social Cristão/PSC, Partido Comunista do Brasil/PCdoB, Cidadania/CIDADANIA, Partido Novo/NOVO, Patriota/PATRIOTA, Partido Verde/PV, Rede Sustentabilidade/REDE, Partido Social Liberal/PSL, Partido Liberal/PL, Progresistas/PP, Partido Social Democrático/PSD,

confederações sindicais no Brasil (FENACON, 2017)²⁵, sem falar na pluralidade de entidades de classe de âmbito nacional, ainda que houvesse restrição jurisprudencial importante em relação a tais entidades²⁶.

Acima, referimo-nos a que a ampliação histórica dos legitimados no contexto democrático ocorreu “em tese”, já que esta ampliação prevê, formalmente, representantes do povo, representações regionais, além de amplos e diversos segmentos sociais organizados, incluindo setores de oposição partidária. Isso ocorre pois a jurisprudência do STF veio a restringir a participação equânime dos legitimados referidos na norma constitucional, por meio da divisão desses legitimados em dois grandes grupos, a saber: i) os “legitimados universais”; e ii) os “legitimados temáticos/especiais”.

Ao passo que os “legitimados universais” não possuem restrição alguma para proporem ações de ADI e ADC, visto que possuem papel institucional que os autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese (ADI 1396, Rel. Min. Marco Aurélio), sendo estes o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional, os “legitimados especiais” possuem restrições para que ADI ou ADC proposta seja admissível pelo STF, ou seja, sua atuação deverá ser restrita aos temas - “pertinência temática”²⁷ - que repercutirem diretamente sobre sua esfera jurídica ou sobre a esfera de seus filiados²⁸ (BARROSO, 2012).

Solidariedade/SOLIDARIEDADE, Partido Trabalhista Brasileiro/PTB, Partido Republicano da Ordem Social/PROS, Avante/AVANTE. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020; SENADO, 2020).

²⁵ Estabelece o artigo 535 da Consolidação das Leis do Trabalho que a confederação sindical é uma organização de sindicatos de empregadores ou de empregados, ou seja, reúne federações sindicais da mesma categoria econômica ou profissional. Cada confederação sindical deve possuir pelo menos três federações sindicais.

²⁶ Para ser considerada parte legítima para participar do controle concentrado de constitucionalidade, a entidade deve ter “âmbito nacional”, ou seja, deverá reunir profissionais de determinada classe ou associações desses profissionais em pelo menos nove entes federados, representando interesses da classe de forma nacional, isto é, não regionalizada (ADI 4.230-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 14.9.2011; ADI 3.617-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 1º.7.2011; ADI 912, Relator o Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 21.9.2001; ADI 108-QO, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 5.6.1992). Lunardi e Dimoulis lembram que o conceito de “classe” é amplo para o STF: “o STF interpretou o termo “classe” de maneira pouco exigente, buscando ampliar o acesso da sociedade civil ao controle abstrato. Considerou-se, assim, legitimada para impetrar ADI a associação nacional de servidores federais da área ambiental (ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 8-3-2012)” (LUNARDI; DIMOULIS, 2016: 194).

²⁷ “O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. (ADI 1157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 01.12.1994, Plenário, DJ de 17.11.2006).

²⁸ “[A] legitimidade ativa destes, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação” (ADI 1507, Rel. Min. Carlos Velloso).

Assim, possuem capacidade postulatória “especial”: o Governador de Estado ou do Distrito Federal²⁹ (ADI 902, Rel. Min. Marco Aurélio), a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (ADI 1307, Rel. Min. Francisco Rezek) e a confederação sindical (ADI 1151, Rel. Min. Marco Aurélio) ou entidade de classe de âmbito nacional³⁰ (ADI 305, Rel. Min. Paulo Brossard).

Dito tudo isso, nota-se que os legitimados ativos citados igualmente na norma constitucional não possuem, na prática, participação equânime. Por consequência, isso deve ser entendido como uma verdadeira restrição por parte de jurisprudência do STF, que visou a racionalizar o processo decisório de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade (BRANDÃO; NUNES, 2018), limitando, porém, de maneira duvidosamente constitucional, a pluralidade participativa que trouxe a Constituição de 1988. Assim,

(...) quando o STF prevê a necessidade de comprovação da pertinência temática, não faz outra coisa se não prever um requisito de processo subjetivo, qual seja, a comprovação de que os efeitos da norma guerreada irão prejudicar o legitimado constitucional. Ora, se uma norma jurídica é atacada por meio do controle abstrato, significa que ela goza dos requisitos de abstratividade, generalidade e efeito erga omnes. Contudo, o STF justamente requer que os “legitimados especiais” justifiquem a sua legitimação por meio de comprovação de efeitos concretos e individuais. Com efeito, uma norma inconstitucional não só prejudica um específico grupo ou grupo temático, ela desafia todo um ordenamento jurídico e deve ser banida do sistema normativo pátrio. *Sabidamente, a Constituição Federal, ao prever um largo rol de legitimados para a proposição das ações diretas no controle concentrado de constitucionalidade, fez com vistas a pluralizar a possibilidade de proposição desse tipo de ação. (...) Assim, o interesse geral de guarda da Constituição é validado pela tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição [de Häberle], em que todos podem pugnar pela ordem no sistema normativo por meio de um procedimento pré-estabelecido e sem surpresa jurisprudencial.* (TAVARES, 2013: 111-2; grifo nosso)

Em complementação, Mendes e Branco coincidem com essa afirmação; segundo estes doutrinadores:

²⁹ A pertinência temática do legitimado especial “Governador de Estado ou do Distrito Federal” ocorrerá apenas se a lei ou ato impugnado em sede de ADI diga respeito à sua entidade federativa (ADI 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

³⁰ A admissibilidade da ADI deverá se fundamentar em que a lei ou ato normativo a ser impugnado diga respeito aos filiados ou associados respectivos (ADIn 1464, Rel. Min. Moreira Alves). É necessário que tal entidade de classe represente interesses comuns de uma determinada categoria, categoria esta distinta das demais (ADI-MC n. 34-DF, 1989). Essa limitação cumpre o papel de não transformar a ação de ADI e ADC em “ação popular” (MENDES; STRECK, 2013).

A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas (...) Tal restrição ao direito de propositura não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas, e criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação – distinção esta que não encontra respaldo na Constituição de 1988. (MENDES; BRANCO, 2017: 1059)

Por fim, dados compilados por Lunardi e Dimoulis (2016) elucidam essa questão. A partir das seguintes observações fundamentadas nas estatísticas do STF para o período de 2008 a 2013, nota-se que há desproporção no uso da ADI pelos legitimados, com destaque, em ordem decrescente, para organizações profissionais (“legitimado especial”), governadores de Estado e Distrito Federal (“legitimado especial”) e Procurador-Geral da República (“legitimado universal”).

Considerando essa proeminência de dois legitimados especiais (organizações profissionais e governadores de Estado e Distrito Federal), que respondem por 49,3% de todas as ADIs propostas para os anos de 2008 a 2013³¹, pode-se concluir que “não se pode descartar a impressão que o STF criou e manteve o filtro da pertinência temática para limitar a atuação dos Governadores e das organizações profissionais” (Ibidem, p. 187).

2.3. *Amicus curiae*³²

Como visto, o modelo de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade brasileiro passou por uma abertura no sentido de uma democratização parcial da jurisdição constitucional partir da Constituição de 1988, a exemplo da ampliação de legitimados na proposição de ADI e ADC, afastando o tradicional monopólio do Procurador-Geral da República. Isso, como observado, está, em tese, em sintonia, com a teoria háberliana de uma hermenêutica constitucional mais plural. “Em tese”, pois há um maior número de legitimados oriundos da sociedade civil, porém com restrições constitucionais (rol taxativo) e com restrições

³¹ É importante notar que, entre 1988 e 2015, houve cerca de 5500 ADIs interpostas. Isso corresponde a 0,3% do volume total de processos protocolados no STF (LUNARDI; DIMOULIS, 2016).

³² Nesta monografia, não será tratado o instituto do *amicus curiae* fora do controle concentrado de constitucionalidade, como no caso do Direito Processual Civil). Para mais informações sobre o *amicus curiae* fora do Processo Constitucional, ver Razaboni (2009).

jurisprudenciais (pertinência temática) em relação à admissibilidade das ações.

Esse processo de abertura da interpretação constitucional também pode ser observado na institucionalização, por via infraconstitucional, do *amicus curiae* no modelo concentrado de constitucionalidade, institucionalização esta que teve o objetivo de pluralizar o debate no STF a partir da participação de outras partes ao processo (RAZABONI, 2009).

Isso, de fato, ocorreu com a aprovação da Lei nº 9.868, em 10 de novembro de 1999 e da Lei nº 9.882 em 03 de dezembro de 1999³³, as quais positivaram, por fim, o instituto do *amicus curiae* no direito constitucional brasileiro³⁴. Contudo, é mister reconhecer que já havia flagrante aplicação jurisprudencial do STF do *amicus curiae* em ações do controle concentrado, antes mesmo da aprovação das legislações citadas anteriormente.

Com efeito, o STF já vinha ampliando a representação de interesses sociais em ações de ADI. Assim, sob a influência do direito constitucional dos EUA, o STF já admitia a “apresentação informal de memoriais por *amici curiae*” em ADI, a fim de “pluralizar o debate no âmbito das ações diretas de controle de constitucionalidade, reconhecendo-se a importância da participação de segmentos sociais, oficiais ou não, na formação da Justiça” (Ibidem, p. 70).

Exemplos da aplicação informal do *amicus curiae* já podem ser observadas no ano de 1989 (ADI 69-1, Relator: Ministro Octávio Gallotti, Distribuição no STF: 21/07/1989), com a autorização do relator para juntada do memorial de *amicus curiae*, mesmo com vedação expressão regimental do STF em relação à admissão de assistência. Outro exemplo foi no ano de 1994, no julgamento do agravo regimental na ADI 748-4 (Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 18.11.1994), no qual o plenário aceitou a juntada de um memorial de colaborador informal no processo³⁵ (Ibidem).

Com bases nesses dois exemplos “pré-legais”, em especial referente ao agravo

³³ A Lei nº 9.882/1999 trata do processo e julgamento da ADPF, que é outra ação do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade no Processo Constitucional brasileiro.

³⁴ O conceito legal de *amicus curiae* no Processo Constitucional é o seguinte: i) ADI/ADC - “Art. 7º - Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 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.” (BRASIL, 1999a); ii) ADPF - “Artº 6, § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo” (BRASIL, 1999c). Portanto, por “*amicus curiae*” não se entende qualquer terceiro, mas uma entidade ou órgão com elevada representatividade que possa colaborar com suas ideias no julgamento da ação (MARTINS, 2020).

³⁵ Segue parte do voto do Relator Ministro Celso de Mello a respeito da admissão “informal” do *amicus curiae* (RAZABONI, 2009: 70): “Não se pode desconhecer, neste ponto - e nem há possibilidade de confusão conceitual com este instituto -, que o órgão da Assembleia gaúcha claramente atuou, na espécie como verdadeiro *amicus curiae*, vale dizer, produziu informalmente, sem ingresso regular na relação processual instaurada, e sem assumir a condição jurídica de sujeito do processo de controle normativo abstrato, peças documentais que, desvestidas de qualquer conteúdo jurídico, veiculam simples informações ou meros subsídios destinados a esclarecer as repercussões (...)”.

regimental na ADI 748-4, Razaboni entende-se a aplicabilidade do *amicus curiae* na prática jurisprudencial com o intuito de democratizar o processo constitucional:

Em razão disso, tem-se que a mencionada decisão constitui manifesta demonstração da importância conferida pelo STF à participação de outras pessoas no controle abstrato de constitucionalidade, demonstrando sua efetiva sensibilidade diante da premente necessidade de instauração de uma verdadeira sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. (RAZABONI, *Ibidem*, p. 71-2)

Outra evidência relacionada à influência de Häberle na positivação do *amicus curiae* em lei infraconstitucional se refere ao fato de que a primeira versão do anteprojeto de lei que originou a Lei nº 9.868/1999 foi escrito, em 1997, pelo Ministro Gilmar Mendes, que atuava como Subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, fazendo parte da Comissão de Juristas de redação da referida lei na ocasião³⁶.

Recordando que no mesmo ano de 1997 foi publicada no Brasil a obra de Häberle sobre a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” traduzida por Gilmar Mendes, Razaboni destaca (*Ibidem*, p. 73): “a análise da referida lei demonstra, já em primeira leitura, a grande influência que a obra do constitucionalista alemão Peter Häberle exerceria sobre a regulamentação do controle de constitucionalidade no Brasil”.

Argumentos a favor da positivação do *amicus curiae* devido à influência da teoria häberliana aparecem em entrevistas recentes. Em entrevista do próprio Häberle à comunidade jurídica brasileira, ela afirma que o Gilmar Mendes “receptionou a minha proposta do *amicus curiae*” (HÄBERLE apud CONJUR, 2011). E essa afirmação é confirmada pelo Ministro Gilmar Mendes em entrevista recente, segundo a qual Häberle foi a fonte doutrinária para a positivação desse instituto no Brasil (CONJUR, 2020).

Portanto, nota-se que há evidente influência de Häberle na positivação do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro, mesmo que este fato não seja expressamente citado na Exposição de Motivos do Projeto de Lei - Projeto de Lei nº 10, de 1999 no Senado Federal e nº 2.960/97 na Câmara dos Deputados - projeto este que viria a ser a Lei 9.868/1999. Seja como for, é clara a influência de uma abordagem aberta ou pluralista nesta Exposição de Motivos, como se evidencia a seguir:

³⁶ Esse fato é indicado inclusive pelo próprio Ministro Gilmar Mendes em entrevista de 05 de novembro de 2020 (CONJUR, 2020): “(...) eu tive um papel bastante peculiar porque, estando no governo e interessado no desenvolvimento do processo constitucional, participei das várias comissões e acabei redator tanto do pré-projeto da Lei 9.868, a lei da ADI e da ADC. Acabei, antes, inspirador e formulador da emenda constitucional que resultou na criação da ADC. Fizemos também o pré-projeto da regulamentação da ADPF.”

Constitui, todavia, inovação significativa a autorização para que outros titulares do direito de propositura de ação direta possam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação, pedir a juntada de documentos úteis para o exame da matéria no prazo das informações, bem como apresentar memoriais (arts. 7º, § 1º, e 18, § 1º). *Trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade*, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.³⁷ (BRASIL, 1997; grifo nosso).

Não obstante, para Lunardi e Dimoulis (2016), essa abordagem pluralista quanto ao *amicus curiae* seria, na verdade, uma influência do processo constitucional dos EUA³⁸. Além disso, há dúvidas acerca da real imparcialidade na representação de interesses por *amicus curiae*, no sentido de este instituto realmente auxiliar a corte constitucional na fundamentação do julgamento.

Dessa forma, a intenção pluralista não ocorreria na práxis do processo decisório da interpretação constitucional:

A prática decisória do STF mostra que a figura do *amicus curiae* é utilizada para defender interesses concretos e parciais. Normalmente apresentam petições e fazem sustentações orais entidades que poderiam ser partes em um processo tradicional, defendendo interesses públicos e privados de terceiros que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão e que o STF considera relevantes. Isso se torna claro pela leitura dos memoriais dos *amici curiae*. Em 95% das ações de controle abstrato com atuação de *amici curiae*, esses últimos defendiam a tese da procedência ou improcedência, não se preocupando em apresentar argumentos em ambos os sentidos para auxiliar a Corte em sua fundamentação. Dito de outra maneira, temos na prática mais amigos de uma das partes interessadas do que amigos da Corte. (...) A prática está longe da imagem ideal do processo objetivo, segundo a qual uma pessoa isenta atua como “amigo” do Tribunal, desejando garantir a supremacia constitucional e a qualidade das decisões do STF. Isso condiz com a experiência internacional, na qual o *amicus curiae* é mais

³⁷ O artigo Art. 7º, § 1º (“Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”) e o artigo 18, § 1º (“§ 1º Os demais titulares referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria”) foram vetados pela Presidência da República sob a justificativa de que ambos dispositivos importariam “em prejuízo à celeridade processual” (BRASIL, 1999b). Contudo, posteriormente, o STF não aplicará esse veto no caso da ADC se for vontade do Relator, o que significa uma verdadeira “autocriação” do STF: “não há razão lógico-jurídica, plausível, para deixar de aplicar o § 2º do art. 7º da Lei no 9.868/99, específico das ações diretas de inconstitucionalidade, às ações declaratórias de constitucionalidade” (Decisão do Rel. Min. Menezes Direito na ADC 18, julg. 12-2-2008) (LUNARDI; DIMOULIS, 2016).

³⁸ “A introdução do *amicus curiae* no controle judicial brasileiro baseou-se na experiência dos Estados Unidos, onde várias organizações públicas e privadas e mesmo particulares enviam memoriais às Cortes, apresentando argumentos ou informações sobre questões controvertidas” (Ibidem, p. 219).

um assistente das partes do que um auxiliar da Corte. (Ibidem, p. 219-20)

2.4. Audiências Públicas

Por fim, as “audiências públicas” é um terceiro instituto jurídico cujo surgimento alegadamente tem forte influência do modelo aberto de Häberle, argumento que inclusive é corroborado por Gilmar Mendes em entrevista recente acerca da contribuição da doutrina neoconstitucionalista alemã para o Processo Constitucional brasileiro (CONJUR, 2020)³⁹.

Na dissertação de mestrado sob o título “Audiências públicas no Supremo Tribunal: uma alternativa democrática?”, defendida no ano de 2011 por Flávia Martins de Carvalho, argumenta-se que, na verdade, em comparação com sua institucionalização recente no Processo Constitucional, as origens das audiências públicas remontam ao direito anglo-saxão, sendo já utilizadas no Brasil, de forma ampla e consolidada em funções não jurisdicionais, nos Poderes Legislativo e Executivo, seja em procedimentos licitatórios na Administração Pública, seja em discussões legislativas (CARVALHO, 2011).

Semelhantemente à positivação do *amicus curiae*, a positivação das audiências públicas no âmbito do Direito Processual Constitucional teve como justificativa ampliar o processo constitucional de ações de controle concentrado para uma maior participação da sociedade civil (BRASIL, 1997). Assim, a positivação de ambos institutos significariam uma abertura procedimental importante no processo de hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, a positivação das audiências públicas ocorreu nas ações de controle concentrado, a partir da Lei nº 9.868/1999 (ADI e ADC)⁴⁰ e da Lei nº 9.882/1999 (ADPF). Assim, ao passo que a Lei nº 9.868/1999 em seu artigo 9º, § 1º, previu que audiências públicas podem ser realizadas “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos” a critério do relator⁴¹, a Lei nº 9.882/1999 em seu artigo 6º, § 1º, também prevê audiências públicas, a critério do relator se este “entender necessário”, com o intuito de permitir declarações “de pessoas com

³⁹ “E a obra do professor Peter Häberle me encantou desde o início. Ele trabalha a ideia da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (...). E esta obra me parece que influenciou inclusive o nosso processo Constitucional. A ideia das audiências públicas.” (CONJUR, 2020).

⁴⁰ Esta lei foi ampliada para regular a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Ver Lei nº 12.063/2009.

⁴¹ Por “relator”, entende-se o “magistrado de órgão colegiado a quem é distribuído o processo para confecção de relatório e voto escritos, que serão utilizados para orientar os demais magistrados do tribunal no julgamento da controvérsia em exame”. Ver “Vocabulário Jurídico (Tesauro)”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarVocabularioJuridico.asp>> . Acesso em: 10 jan. 2021.

experiência e autoridade na matéria”. Portanto, ambas as legislações preveem a convocação não obrigatória ou facultativa de audiências públicas por decisão monocrática de ministro relator.

Conforme Carvalho (2011), nota-se que, nas três primeiras experiências de audiências públicas no STF, o procedimento adotado - a partir de decisão do então Ministro Cezar Peluso - foi o mesmo adotado pelo Regimento Interno da Câmara de Deputados, tendo em vista a inexistência de previsão regimental próprio do STF. Contudo, a partir de 2009, com a Emenda Regimental nº 29 de 18 de fevereiro de 2009, as audiências públicas passaram a ser previstas não apenas em relação a ações de controle concentrado, mas em qualquer processo com repercussão geral e de interesse público relevante a ser debatido no STF, seja a critério do Ministro Presidente (STF, art. 13: XVII), seja a critério do Ministro Relator (STF, art. 21: XVII).

Muito importante, o Regimento Interno do STF, a partir da Emenda Regimental supracitada, em seu artigo 154, também positivou disposições que já ampliavam o alcance das audiências públicas como forma de participação direta e indireta da sociedade civil na prática interna do STF⁴², como: i) divulgação ampla do despacho de convocação da audiência; ii) garantia de defensores e opositores à matéria objeto da audiência de forma a possibilitar a participação das diversas correntes de opinião da sociedade civil; iii) divulgação da lista dos habilitados, com ordem dos trabalhos e com tempos fixados para manifestação; iv) limitação ao tema ou questão em debate pelo depoente; e v) transmissão da audiência pública pela TV Justiça e pela Rádio Justiça.

Em ADI, a primeira audiência pública somente veio a ser realizada em abril de 2007, ou seja, após oito anos da sua positivação, na ADI 3.510, que julgou improcedente a alegada inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), no referente à pesquisa com células-tronco embrionárias. Nota-se que a primeira audiência pública em sede de controle concentrado foi realizada sem as previsões regimentais citadas acima, fundamentando-se em práticas internas do STF à luz do Regimento da Câmara dos Deputados (LUNARDI; DIMOULIS, 2016).

Igualmente, no caso das audiências públicas em ADPF, as primeiras audiências seriam realizadas anos depois, a partir de 2008, a exemplo das audiências públicas da ADPF 54 (aborto em caso de anencefalia), ADPF 101 (políticas públicas de saúde) e ADPF 186 (ações afirmativas no ensino superior). Nota-se, também, que as primeiras audiências em ADPF

⁴² Segundo Carvalho (2011: 49), “a Emenda Regimental nº 29/09 não trouxe grande inovação em relação ao rito que vinha sendo praticado”.

também ocorreram sem as normas regimentais aprovadas no ano de 2009 (Ibidem).

Com base nessas experiências, apesar de que as audiências públicas vieram para ampliar o processo decisório de interpretação constitucional, podem ocorrer limitações práticas, como a pouca incidência dos interesses defendidos nas audiências nas decisões finais da corte constitucional:

A atuação de especialistas que relatam experiências e pontos de vista diferentes a convite do Tribunal sinaliza uma importante modificação na compreensão do processo objetivo no Brasil. Temos uma abertura processual baseada no princípio do contraditório e na opção de participação da sociedade civil, reconhecendo a relevância do diálogo social entre posições divergentes e das informações sobre o possível impacto da decisão. Contudo, as primeiras experiências mostraram que as contribuições dos especialistas não acrescentaram elementos essenciais às argumentações e informações técnicas apresentadas pelos participantes oficiais do processo e que talvez por essa razão não foram levadas em consideração pelos Ministros em seus votos. (Ibidem, p. 156-7)

Seja como for, é bem-vinda a positivação infraconstitucional de um instituto jurídico procedimental que ensinou a inclusão da sociedade civil no processo de interpretação constitucional. Dessa forma, normativamente, ressalta-se o potencial que as audiências públicas possam ter para a democratização do processo constitucional brasileiro. Como argumenta Carvalho:

A incorporação das Teorias de Peter Häberle e de Robert Alexy⁴³ à jurisprudência do Supremo favorece o entendimento de abertura procedimental daquela Corte, na medida em que, através das audiências públicas, o rol de intérpretes da Constituição é ampliado e a sociedade tem a oportunidade de apresentar seus argumentos. O Tribunal, legitimado pela representação argumentativa, pode, então, apropriar-se desses argumentos como fundamento de suas decisões, que terão ampliado a legitimidade democrática através dos diálogos institucionais. (CARVALHO: 2011: 49)

Teoricamente cumpre ressaltar que as audiências públicas possuem dupla função. Em outros termos, elas podem possuir “importância epistêmica”, no sentido de representar interesses da comunidade epistêmica de especialistas; e também podem possuir “importância política”, no sentido de representar a sociedade civil, a exemplo das demais audiências públicas

⁴³ Ver a nota de rodapé nº 17 da presente monografia. Como afirmado em nossa Introdução, visto que nos concentramos na teoria häberliana, não analisaremos a influência de Robert Alexy no Processo Constitucional brasileiro.

nos distintos âmbitos estatais (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018).

Ressalta-se que essa última função (“função política”) serve para relacionar a influência da teoria háberliana com a positivação das audiências públicas no processo constitucional:

(...) a maneira como as audiências públicas tem sido empregadas aproxima-as de outro instituto, o *amicus curiae*, pois ambos são compreendidos como formas compensar déficits democráticos de um órgão integrado por membros não eleitos capazes de invalidar decisões majoritárias. Não é raro, nesse contexto, vincular-se a importância das audiências públicas na jurisdição constitucional brasileira com o mote da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle. O entendimento de Gilmar Mendes, idealizador do projeto de lei que resultou na criação do instituto das audiências públicas no âmbito da jurisdição constitucional, é exemplar.⁴⁴ (Ibidem, p. 335)

Em relação às limitações das audiências públicas ante os casos concretos de 22 audiências realizadas em sede de controle concentrado entre os anos de 1999 e 2017⁴⁵ (Ibidem), faz-se mister entender que persistem importantes limitações em prol da representação igualitária de interesses, seja em sua dimensão societal, ou seja, da sociedade civil, seja em sua dimensão epistêmica, no sentido dos interesses de especialistas participantes que atuam em nome da ciência ou do conhecimento organizado.

De acordo com Leal, Herdy e Massadas (2018), destaca-se que todas as audiências públicas realizadas corresponderam a assuntos de caráter “valorativo”, com evidência do uso de retórica por “especialistas”, sem que haja um propósito de instrução ou de esclarecimento do público e dos Ministros do STF. Portanto, as audiências públicas caracterizam-se por uma disfuncionalidade do ponto de vista epistêmico, além de não contribuir, na prática, para melhorar o déficit democrático do processo de interpretação constitucional.

Em conjunto, isso contribuirá, inclusive, para aumentar a incerteza das decisões jurídicas em um contexto de complexidade hermenêutica:

⁴⁴ A argumentação de Gilmar Mendes referida neste trecho refere-se ao voto deste ministro na ADI 3.510, como se segue: “A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juizes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às ‘intervenções de eventuais interessados’, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição [...]. Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos ‘amigos da Corte’.” (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018: 335).

⁴⁵ As 22 audiências públicas realizadas até 2017 tiveram como temas: células-tronco; campo eletromagnético; canaviais; aborto de fetos anencéfalos; pesquisa em células-tronco; amianto; depósito judicial; Código florestal; perfis genéticos; Marco Civil da Internet e Whatsapp; direito à saúde; ações afirmativas; bebidas alcoólicas; TV por assinatura; regime prisional; financiamento de campanhas; Sistema Público de Saúde; pneus usados; biografias; Programa Mais Médicos; direitos autorais; ensino religioso; esquecimento (Ibidem, p. 366).

O instituto, que parece ter sido concebido para suprir carências epistêmicas dos ministros, reduziu-se a um foro em que convivem, em pé de igualdade e sem critérios claros de diferenciação, opiniões desinformadas com posições de especialistas. Com isso, sobra desorientação para a justificação epistêmica das decisões. Ademais, como os dados apresentados revelam, não há na prática critérios para a convocação de audiências públicas e para a definição de quem está habilitado para delas participar, há baixos níveis de interação e confronto entre os participantes, presença reduzida de ministros, baixa incorporação das audiências nas decisões dos ministros e usos das falas dos participantes nos votos como indícios de confirmações de crenças ou hipóteses preexistentes, o que tende a revelar uso míope ou estratégico (...). Nesse cenário de disfuncionalidade epistêmica e utilidade democrática questionável, as audiências públicas deixam de servir ao principal propósito que justificaria a sua existência na jurisdição constitucional brasileira. (Ibidem, p. 368)

CAPÍTULO III - A “SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO” ANTE RETROCESSOS DEMOCRÁTICOS

3.1 Pluralismo háberliano e sociedade conservadora

Como observado no capítulo anterior, foram positivados, portanto, três vias institucionais de abertura do processo de interpretação constitucional: i) a ampliação do rol de legitimados com capacidade postulatória para ingresso com ação de controle concentrado de constitucionalidade; ii) o *amicus curiae*; e iii) as audiências públicas.

Conforme se discutiu no capítulo anterior, esses três institutos jurídicos possuem elementos institucionais que podem limitar o alcance normativo da teoria da sociedade aberta de Häberle. Em relação ao rol ampliado de legitimados que foi positivado pela Lei nº 9.868/1999, informamos anteriormente que tal rol é um rol taxativo, sendo tal taxatividade limitada em termos de “pertinência temática” por entendimento jurisprudencial do próprio STF. Assim, o rol de legitimados passou a ser interpretado restritamente a partir do estabelecimento jurisprudencial de dois subconjuntos de legitimados (“universais” e “especiais”), em que pese a ausência de restrições da lei específica que havia positivado - sob a justificativa da teoria haberliana - os procedimentos de ADI e ADC, e posteriormente para ADPF e ADO.

Quanto ao *amicus curiae*, positivado inicialmente pela Lei nº 9.868/1999, ainda que também houvesse a pretensão de abertura procedimental da interpretação constitucional, fato que também foi justificado na teoria pluralista de Häberle, evidenciamos que este instituto não tem possibilitado a representação de interesses societais em sua diversidade, na medida em que os *amici curiae* têm, de fato, atuado politicamente para defender interesses das partes perante o STF. Portanto, ao defenderem apenas a procedência ou improcedência de uma ação em sede de controle concentrado, os *amici curiae* não permitem, no geral, a veiculação de interesses plurais para subsidiar, de forma neutra, as decisões dos Ministros da Corte, neutralidade esta que era a intenção de sua positivação. Nesta dinâmica *sui generis*, isso implicaria, em cada ação proposta, a necessidade de um maior número de *amici curiae* para que esses diversos interesses pudessem ser representados de forma mais “equânime”.

Em relação às audiências públicas, também positivadas inicialmente pela Lei nº 9.868/1999 e posteriormente por normas regimentais do STF após 10 anos de sua institucionalização, as evidências encontradas em densa análise das 22 audiências públicas realizadas mostram que há uso estratégico por parte dos ministros do STF, fazendo que a representação de interesses complexos não exista na práxis processual constitucional. Portanto, as audiências públicas passaram a ser disfuncionais, tanto por veicularem informações de

especialistas, que são convocados com base em interesses corporativos do próprio STF e não por interesse próprio das comunidades epistêmicas, quanto por não ensajarem a participação aberta e dialógica da sociedade civil, visto que têm se configurado como espaços de pouco confronto de interesses, mesmo em temas extremamente polarizados socialmente.

Em suma, essas limitações identificadas fazem que a teoria da “sociedade aberta de intérpretes” de Häberle não tenha, ainda, uma aplicação avançada no Brasil, no sentido de democratizar o processo hermenêutico constitucional sob o modelo de uma sociedade ocidental de democracia avançada, contexto no qual Häberle desenvolveu seu modelo. Isso ocorre pois Häberle claramente não desenvolve nenhuma limitação institucional para que um grupo ou pessoa seja considerado um “intérprete da Constituição”, na medida em que é proposto um rol aberto e amplo de intérpretes constitucionais. Por consequência, como argumentamos, quanto mais mais “pluralista” ou democrática for uma sociedade, tanto mais abertos serão, em tese, os critérios da hermenêutica constitucional⁴⁶.

No contexto brasileiro contemporâneo de desdemocratização, com uma população que, cada vez mais, defende visões de mundo conservadoras e mesmo antidemocráticas ou anti-institucionais (MOISÉS, 2009; SOLANO, 2018; 2019; SCHWARCZ, 2019), seria possível a aplicação da teoria da sociedade aberta de Häberle? Além disso, a existência de um contexto societal conservador poderá permitir que a relativa e discutível abertura procedimental, que passou a existir com a Lei nº 9.868/1999, concretize o modelo häberliano aberto no Brasil? Por fim, se a sociedade brasileira atualmente se identifica com uma cosmovisão conservadora, sob evidentes processos de retrocesso constitucional no contexto recente, poderia o modelo aberto de Häberle ocasionar o próprio recrudescimento desse processo de desdemocratização a partir da abertura a grupos, indivíduos ou instituições que deliberadamente representem interesses a favor do retrocesso constitucional, interesses estes contrários, portanto, ao Estado Democrático de Direito regulado pela Constituição de 1988?

Em suma, o que esperar do modelo aberto häberliano em contextos de inexistência de uma democracia consolidada ou em conjunturas de erosão democrática como o caso brasileiro, caso que reúne, atualmente, elementos tanto do Constitucionalismo Autoritário quanto do Constitucionalismo Abusivo?

⁴⁶ A propósito, Häberle admite que a corte constitucional deve sempre verificar se os interesses estão representados de forma equânime na interpretação constitucional, sem quaisquer limitações no sentido da representação institucional *per se*, a despeito da práxis identificada nos casos brasileiros. Conforme Häberle, “(...) a Corte Constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis)” (HÄBERLE, 2002: 46).

3.2. Perspectivas e desafios da teoria häberliana para o contexto brasileiro atual

Como visto anteriormente, a teoria da sociedade aberta de Häberle é uma proposição teórica procedimental cujo objetivo é ampliar, institucionalmente, o rol de intérpretes da Constituição, na medida em que essa ampliação reflita o grau de democratização dos processos decisórios estatais, ao mesmo tempo em que proporcione um espaço no qual a democracia pode ser desenvolvida, por meio da inclusão de interesses de diversos grupos na interpretação das normas mais imperativas do ordenamento jurídico. Dessa forma, Häberle propõe uma teoria preliminar com fundamento na teoria pluralista em voga na Ciência Política à época, além de descrever os sujeitos, instituições e repercussões de sua teorização, tendo como referência o direito constitucional alemão.

Assim, não era intenção de Häberle aprofundar a problemática da possibilidade da participação de intérpretes anti-constitucionais no processo hermenêutico constitucional, talvez por estar vivenciando um contexto de consolidação democrática na Europa Ocidental, na qual o princípio democrático dos ordenamentos constitucionais se perfazia como um dos sustentáculos normativos das constituições, sob a lógica neoconstitucionalista⁴⁷.

Contudo, em sua obra, no capítulo “IV - Consequências para a hermenêutica constitucional jurídica”, mais precisamente no subcapítulo “2. Dimensão e intensidade do controle judicial - diferenciação em face da medida de judicialização”, Häberle aborda, muito brevemente, a questão da necessidade de controle da corte constitucional em favor do *status quo* constitucional, apenas no caso específico na ocorrência de “controvérsias” normativas:

Peculiar reflexão demandam as leis que provocam profundas controvérsias no seio da comunidade (...) Nesses casos, deve a Corte exercer um controle rigoroso utilizando a possibilidade de concessão de liminar (...). É que, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que se não perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição. (HÄBERLE, 2002: 45-6)

Em outros termos, na perspectiva häberliana, aos juízes das cortes constitucionais caberá a responsabilidade de buscar limitar, se preciso for, interesses de intérpretes da Constituição que porventura atentem contra o ordenamento constitucional vigente.

⁴⁷ É importante dizer que Häberle, em escritos posteriores, considera a Constituição como resultado da “cultura” vivenciada por um determinado povo: “A compreensão de ‘Constituição como cultura’ (*Verfassungskultur*) é oriunda da tese da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, sendo do sujeito o papel principal, com suas experiências, atitudes, bem como com seu modo de pensar. A Constituição torna-se fruto da cultura vivenciada pelo povo durante determinado tempo, fruto da sua história, como consequência de sua evolução” (CLARISSA; MAAS, 2020: 380).

Portanto, pode-se inferir que Häberle admite um conjunto amplo e irrestrito de intérpretes constitucionais, na medida em que não ocorra, em nenhuma hipótese, uma interpretação anti-constitucional. Do contrário, como é esperado de um sistema de jurisdição constitucional em democracia, os juízes constitucionais deverão atuar “ativamente” para que a “vontade de Constituição” permaneça e evolua, sem retrocessos, ao longo dos processos de interpretação constitucional⁴⁸. Nessa acepção, a corte constitucional - no caso o STF - deverá atuar a partir de uma função “contramajoritária”⁴⁹ ou, em casos mais polarizados, a partir de um papel social profundamente “iluminista”⁵⁰.

Assim, em uma situação de desdemocratização e de ataques frontais ao ordenamento constitucional, para impossibilitar o avanço de mecanismos de retrocesso constitucional seja por meio de estratégias de Constitucionalismo Autoritário (uso estratégico do processo constitucional para obter resultados anti- ou inconstitucionais) ou por meio de estratégias de Constitucionalismo Abusivo (emendas constitucionais, medidas provisórias e leis ordinárias ou complementares aprovadas e que violam a Constituição vigente), torna-se necessário refletir sobre mecanismos institucionais que podem impedir ou anular os interesses dos intérpretes da Constituição que são flagrantemente anti-constitucionais, dentro da vertente conservadora atual.

Dentro da disciplina de Hermenêutica Constitucional, é cediço arrolar um conjunto de princípios jurídicos que devem guiar os juízes das cortes constitucionais em seu labor

⁴⁸ Cumpre destacar que essa perspectiva aberta e “evolucionária” já foi reconhecida pelo STF em decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade: “1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. (...) 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional (ADI 5.105/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016).

⁴⁹ Por “papel contramajoritário”, entende-se o posicionamento de uma corte constitucional no sentido de proteger direitos fundamentais e de proteger as regras do jogo democrático mesmo que uma maioria antidemocrática seja eleita. Assim, a corte constitucional funciona como “sentinela contra o risco de tirania da maioria”, para que a minoria política não seja extinta pela maioria que exerce o governo (BARROSO, 2017).

⁵⁰ Por “papel iluminista” de cortes constitucionais, entende-se o posicionamento de um tribunal no sentido de favorecer ideias associadas “à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas” (BARROSO, 2017: 2007). Portanto, nesse caso, a corte constitucional atua pedagogicamente no sentido do avanço de agendas progressistas, em especial em uma sociedade conservadora. Temas como a abolição da escravidão, a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas são exemplos de avanço devido a um papel iluminista das cortes, as quais canalizaram interesses que são contrários aos interesses da sociedade no geral, embora seja temas avançados em democracias consolidadas (Ibidem).

interpretativo⁵¹. Então, tendo em vista que nosso marco teórico reconhece o rol aberto háberliano de intérpretes constitucionais, que, em tese, extrapola o monopólio interpretativo dos juízes constitucionais, propomos que os princípios específicos de Hermenêutica Constitucional sejam aplicados por toda a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, de forma a impossibilitar o avanço de interesses anti-constitucionais, na linha do argumento de Barroso:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, 1999: 97-8)

Por consequência, os princípios deverão nortear o trabalho do intérprete, seja este intérprete o juiz constitucional ou o intérprete não judicial na acepção háberliana. Inicialmente, o intérprete deverá, para ter sua atuação em sintonia com o *status quo* constitucional vigente, partir dos princípios maiores e genéricos até se chegar à interpretação da regra concreta (Ibidem). No âmbito da interpretação constitucional, isso implicaria a consideração da aplicabilidade de “princípios fundamentais”, de “princípios constitucionais gerais” e de “princípios especiais” em todo e qualquer processo de interpretação constitucional, seja aberto ou fechado⁵².

A seguir, segue um quadro com um catálogo não exaustivo com a exemplificação desses três tipos de princípios-base da hermenêutica constitucional:

⁵¹ Seguimos a dogmática moderna que não faz distinção entre “princípios” e “normas”. Para mais informações, ver Alexy (2008).

⁵² Por “princípios fundamentais”, entendem-se os princípios que se referem à estrutura das decisões políticas do Estado (“princípios constitucionais de organização”) e consistem, assim, nos fundamentos normativos da unidade política, sintetizando “todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas” (CANOTILHO; VITAL MOREIRA apud BARROSO, 1999: 100). Por “princípios constitucionais gerais”, entendem-se os princípios que especificam os princípios fundamentais, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico e ensejando tutela imediata das situações jurídicas, sendo, assim, “princípios-garantia”. Por exemplo, citam-se os princípios da legalidade, da isonomia e do juiz natural (BARROSO, 1999: 100). Por fim, por “princípios especiais” ou “setoriais”, entendem-se normas que detalham princípios em um âmbito específico da Constituição, a exemplo do princípio da anterioridade tributária em Direito Tributário e do princípio do concurso público em Direito Administrativo (Ibidem).

Quadro 2

Princípios constitucionais aplicados à hermenêutica constitucional

<i>Princípios fundamentais constitucionais</i>	<ul style="list-style-type: none"> - princípio republicano (art. 1º, caput); - princípio federativo (art. 1º, caput); - princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput); - princípio da separação de Poderes (art. 2º); - princípio presidencialista (art. 76); - princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV).
<i>Princípios constitucionais gerais</i>	<ul style="list-style-type: none"> - princípio da legalidade (art. 5º, II); - princípio da liberdade (art. 5º, II, e diversos incisos do art. 5º como IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc.); - princípio da isonomia (art. 5º, caput e inciso I); - princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); - princípio do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV); - princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI); - princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); - princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).
<i>Princípios especiais/setoriais</i>	<p>I - Administração Pública</p> <ul style="list-style-type: none"> - princípio da legalidade administrativa (art. 37, caput); - princípio da impessoalidade (art. 37, caput); - princípio da moralidade (art. 37, caput); - princípio da publicidade (art. 37, caput); - princípio do concurso público (art. 37, II); - princípio da prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, d, e 35, II). <p>II - Organização dos Poderes</p> <ul style="list-style-type: none"> - princípio majoritário (arts. 46 e 77, § 2º); - princípio proporcional (arts. 45 e 58, § 1º); - princípio da publicidade e da motivação das decisões judiciais e administrativas (art. 93, IX e X); - princípio da independência e da imparcialidade dos juízes (arts. 95 e 96); - princípio da subordinação das Forças Armadas ao poder civil (art. 142). <p>III - Tributação e Orçamento</p> <ul style="list-style-type: none"> - princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º); - princípio da legalidade tributária (art. 150, I); - princípio da isonomia tributária (art. 150, II);

	<ul style="list-style-type: none"> - princípio da anterioridade da lei tributária (art. 150, III); - princípio da imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público (art. 150, VI, a); - princípio da anualidade orçamentária (art. 165, III); - princípio da universalidade do orçamento (art. 165, § 5º); - princípio da exclusividade da matéria orçamentária (art. 165, § 8º). <p>IV - Ordem Econômica</p> <ul style="list-style-type: none"> - princípio da garantia da propriedade privada (art. 170, II); - princípio da função social da propriedade (art. 170, III); - princípio da livre concorrência (art. 170, IV); - princípio da defesa do consumidor (art. 170, V); - princípio da defesa do meio ambiente (art. 170, VI). <p>V - Ordem Social</p> <ul style="list-style-type: none"> - princípio da gratuidade do ensino público (art. 206, IV); - princípio da autonomia universitária (art. 207); - princípio da autonomia desportiva (art. 217, I).
--	--

Fonte: BARROSO (1999: 101-3)

Como estes princípios servem para embasar as decisões constitucionais, eles expressam os “valores superiores” que devem guiar toda e qualquer interpretação constitucional. Assim, os princípios constituem as normas que dão e darão unidade a todo o ordenamento jurídico, de modo que todos e quaisquer intérpretes constitucionais deverão se guiar em tais normas para a procedência ou não de sua interpretação à luz da prática constitucional:

Um documento marcadamente político como a Constituição, fundado em compromissos entre correntes opostas de opinião, abriga normas à primeira vista contraditórias. Compete aos princípios compatibilizá-las, integrando-as à harmonia do sistema. (...) A generalidade, abstração e capacidade de expansão dos princípios permite ao intérprete, muitas vezes, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa (...). Mas são esses mesmos princípios que funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento. (Ibidem, p. 101; 103)

É importante entender que há mais outros princípios jurídicos que deverão guiar toda e qualquer interpretação constitucional, visto que constituem verdadeiros princípios de hermenêutica constitucional neoconstitucionalista. Dado a relativa ou não total abertura procedimental da interpretação constitucional no Brasil, que se mantém sob o domínio legal e político do STF, como visto anteriormente, cumpre ressaltar que o papel desta corte se mantém como fundamental na resolução de conflitos, inclusive na determinação do significado e alcance dos princípios de hermenêutica constitucional. Assim, tais princípios estão elencados no quadro abaixo, com referência à jurisprudência selecionada do STF:

Quadro 3

Princípios próprios da Hermenêutica Constitucional Neoconstitucionalista

<p><i>Princípio da supremacia da Constituição</i></p>	<p>Conceito: a Constituição possui superioridade jurídica sobre os demais atos normativos. Assim, se uma manifestação de vontade for incompatível com a Constituição, esta manifestação será nula ou inválida.</p> <p>Jurisprudência: “O princípio da supremacia da Constituição é o objetivo das ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, havendo de nortear a exegese” (ADI 3.682, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 9-5-2007, P, DJ de 6-9-2007)</p>
<p><i>Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público</i></p>	<p>Conceito: todos os poderes estatais (Judiciário, Executivo e Legislativo) interpretam a Constituição na vida prática, de modo que todos os atos que emanam desses poderes gozam de presunção de validade legal. Assim, uma norma só poderá ser declarada inconstitucional se a sua invalidade for manifesta e inequívoca.</p> <p>Jurisprudência: "No sistema de controle difuso de constitucionalidade de ato normativo vigora indiscutivelmente o princípio da presunção da constitucionalidade do ato normativo impugnado como inconstitucional, princípio esse que as nossas Constituições têm consagrado com a regra de que a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais só pode ser feita com o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (nesse sentido, ainda agora, o artigo 97 da Constituição). Com o parágrafo 3º do artigo 103, inequivocamente, se estendeu esse princípio à ação direta de inconstitucionalidade, dando-se à presunção de</p>

	<p>constitucionalidade do ato normativo -- e ela existe quer quanto à norma federal, quer quanto à norma estadual -- um curador especial, que, assim, nesse processo objetivo tem papel diverso do da Procuradoria-Geral da República, embora ambos defendam relevantes interesses públicos. De feito, o Advogado-Geral da União, como curador especial, defende a presunção de constitucionalidade do ato normativo, ao passo que o Procurador-Geral da República defende a rigorosa observância da Constituição” (ADI 97-QO, voto do rel. min. Moreira Alves, julgamento em 22-11-1989, Plenário, DJ de 30-3-1990).</p>
<p><i>Princípio da interpretação conforme a Constituição</i></p>	<p>Conceito: todos os poderes estatais (Judiciário, Executivo e Legislativo) interpretam a Constituição na vida prática, de modo que todos os atos que emanam desses poderes gozam de presunção de validade legal. Assim, uma norma só poderá ser declarada inconstitucional quando houver alternativas interpretativas não óbvias e apenas uma dessas for compatível e harmônica com a Constituição. Este princípio, portanto, funciona não apenas como um preceito hermenêutico, mas como um verdadeiro mecanismo de controle de constitucionalidade</p> <p>Jurisprudência: “O STF está autorizado a apreciar a inconstitucionalidade de dada norma, ainda que seja para dela extrair interpretação conforme à CF, com a finalidade de fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa” (ADI 4.430, rel. min. Dias Toffoli, j. 29-6-2012, P, DJE de 19-9-2013).</p>
<p><i>Princípio da unidade da Constituição</i></p>	<p>Conceito: a Constituição funciona como um elo de ligação dentre a pluralidade de domínios jurídicos do Estado. Assim, a Constituição é a origem de todas as demais normas, dando unidade e caráter sistemático a todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.</p> <p>Jurisprudência: “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte</p>

	<p>originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.” (ADI 815, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996)</p>
<p><i>Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade</i></p>	<p>Conceito: relacionado com o princípio do devido processo legal, o princípio da razoabilidade consiste em um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, no sentido de seguirem o valor superior do ordenamento jurídico: a justiça e, por consequência, a razão, o equilíbrio, a moderação e harmonia. O princípio da proporcionalidade tem fungibilidade com o princípio da razoabilidade e consiste no atingimento da adequação (aptidão do ato para atingir os objetivos pretendidos, com o menor prejuízo possível), necessidade ou exigibilidade (inexistência de meio menos gravoso para atingir fins pretendidos), proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre ônus imposto e benefício trazido pelo ato que interferirá em direitos).</p> <p>Jurisprudência: “Todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à observância de padrões mínimos de razoabilidade – As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law.” (ADI 2667, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, DJe-252, DIVULG 16-10-2020 PUBLIC 19-10-2020)</p>
<p><i>Princípio da efetividade</i></p>	<p>Conceito: deve ser seguida a interpretação constitucional que dê máxima eficácia, ante o caso concreto, às normas constitucionais.</p> <p>Jurisprudência: “A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.” (RE 328812 AgR, Relator: Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 10/12/2002, DJ 11-04-2003)</p>

Fontes: Barroso (1999: 101:176); Base de Pesquisa de Jurisprudência do STF⁵³

Além da disciplina de Hermenêutica Constitucional, há outras normas de Direito Constitucional que podemos elencar para que a abertura rumo a uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição ocorra sem o perigo de retrocessos inconstitucionais em um contexto de desdemocratização. Tais normas, conforme o quadro abaixo, deverão ser observadas obrigatoriamente em qualquer interpretação constitucional, visto que possuem reconhecida densidade normativa, inclusive na categoria de “preceito fundamental” para ingresso em ações de ADPF, a exemplo dos princípios constitucionais sensíveis e das “cláusulas pétreas”⁵⁴:

Quadro 4

Normas constitucionais selecionadas para hermenêutica constitucional aberta em contextos de desdemocratização

<i>Princípios constitucionais sensíveis</i>	<ul style="list-style-type: none"> - forma republicana, sistema representativo e regime democrático (art. 34, VII, “a”) - direitos da pessoa humana (art. 34, VII, “b”) - autonomia municipal (art. 34, VII, “c”) - prestação de contas da administração pública, direta e indireta (art. 34, VII, “d”) - aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na
---	--

⁵³ Essa base de dados encontra-se em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Disponível em: 10 jan. 2020.

⁵⁴ “Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios mercedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. (...) Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.”(ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04).

	manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, “e”)
<i>Princípio da vedação ao retrocesso social</i>	<p>Conceito: o princípio da vedação ao retrocesso social ou da proibição do retrocesso consiste na vedação, em especial ao legislador e administrador, de reduzir a proteção social advinda do conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais regulados constitucionalmente. Portanto, a redução da proteção social, sem quaisquer alternativas ou compensações, viola o ordenamento jurídico e fere direitos subjetivos. Este princípio serve, em suma, para evitar intentos de “contrarrevolução social” ou de “evolução reacionária”, a exemplo de retrocessos identificados em contextos de desdemocratização e de avanço da agenda neoliberal em democracias não consolidadas.</p> <p>Jurisprudência: “A proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e inadimplemento, pelo Poder Público, de Direitos Prestacionais. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações.” (ARE 639337 AgR, Relator: Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011)</p>
<i>Proibição do discurso de ódio</i>	<p>Conceito: o direito à liberdade de manifestação do pensamento, assegurado pela Constituição (art. 5º, IV e IX; art. 220) não é absoluto e deverá, portanto, ser limitado por outras normas constitucionais (Preâmbulo; art. 3º, I e IV; art. 5º, XLI, XLII). Assim, o direito à liberdade de manifestação do pensamento será restringido por normas, incluindo os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.</p> <p>Jurisprudência: i) “1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII) (...). 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas</p>

e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais (...). 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoo sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável." (HC 82424, Relator: Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004)

ii) (...) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência (...). Tolerância como expressão da 'harmonia na diferença' e o respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos. A proteção constitucional da liberdade de manifestação do pensamento, por revestir-se de caráter abrangente, estende-se, também, às ideias que causem profunda discordância ou que suscitem intenso clamor público ou que provoquem grave rejeição por parte de correntes majoritárias ou hegemônicas em uma dada coletividade (ADO 26, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020, PUBLIC 06-10-2020)

“Cláusulas Pétreas”	<ul style="list-style-type: none"> - forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I) - voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, § 4º, II) - a separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III) - direitos e garantias individuais ((art. 60, § 4º, IV)
---------------------	---

Fontes: BRASIL (1988); MARTINS (2020); Base de Pesquisa de Jurisprudência do STF⁵⁵

Em suma, os intérpretes da Constituição em uma sociedade aberta, a fim de não atuarem contra a Constituição vigente, deverão se guiar pelo conjunto normativo de interpretação constitucional, como os princípios constitucionais, os princípios específicos de Hermenêutica Constitucional e demais normas que funcionam para manter a validade do ordenamento jurídico e constitucional do Estado Democrático de Direito.

De fato, esse conjunto amplo de normas aduz ao “bloco de constitucionalidade”. Entendido como parâmetro de controle de constitucionalidade⁵⁶, este bloco não inclui apenas as normas formalmente constitucionais, mas também aquelas que não constam no texto constitucional, como os princípios implícitos decorrentes do texto constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional, por força do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988⁵⁷, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (MARTINS, 2020).

Por último, a interpretação constitucional não pode prescindir da aplicação de normas infraconstitucionais ante o caso concreto. Neste caso, referimo-nos ao conjunto de normas “supralegais”, normas que se caracterizam por se situarem acima das leis infraconstitucionais, porém abaixo do bloco de constitucionalidade⁵⁸.

Portanto, os intérpretes da Constituição, em uma conjuntura de desdemocratização, deverão atuar no sentido da proteção constitucional, incluindo parâmetros de “controle de

⁵⁵ Essa base de dados encontra-se em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Disponível em: 10 jan. 2020.

⁵⁶ “A delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade” (ADI 2971 AgR, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2015 PUBLIC 13-02-2015).

⁵⁷ Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

⁵⁸ “O caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (RE 349703, Relator: Carlos Britto, Relator p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009).

convencionalidade”⁵⁹, de forma a também integrar os tratados e convenções de direitos humanos aprovados com *status* de lei ordinária. Tais tratados representam o grosso dos tratados e convenções de direitos humanos aprovados no Brasil⁶⁰, de modo que suas normas e sua interpretação pelas cortes internacionais ou regionais também deverão guiar os posicionamentos dos intérpretes constitucionais em uma sociedade aberta.

Defendemos, assim, que em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, especialmente sob um contexto de desdemocratização, a interpretação constitucional deverá ser absolutamente “constitucional” e “convencional”. Sendo o objetivo único assegurar o Estado Democrático de Direito em sua plenitude normativa e valorativa, os intérpretes da Constituição devem seguir as interpretações pró-democráticas, sob pena de terem a sua atuação limitada pela corte constitucional em sua função jurisdicional de guardião da Constituição e do Estado de Direito.

⁵⁹ Por “controle de convencionalidade”, entende-se a “verificação da compatibilidade das leis e demais atos normativos com os tratados de caráter supralegal”. Assim, uma norma infraconstitucional incompatível com uma norma supralegal será considerada inconvencional e, portanto, inaplicável e inválida (MARTINS, 2020: 9797).

⁶⁰ Para informação, apenas dois tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* de norma constitucional no Brasil: i) Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“Convenção de Nova York”) e seu Protocolo Facultativo, aprovado em 2008 pelo Congresso Nacional (Decreto legislativo nº 186/2008); e ii) Tratado firmado com o objetivo de facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso (“Tratado de Marraqueche”), aprovado em 2015 Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 261/2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise preliminar que foi feita ao longo de três capítulos desta monografia mostra que a teoria da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” de Peter Häberle influenciou, de fato, a ampliação procedimental do processo decisório referente à hermenêutica constitucional em três vias institucionais: i) regulamentação de um rol mais amplo, porém taxativo e com restrição jurisprudencial *a posteriori*, de legitimados para o ingresso de ações de controle concentrado de constitucionalidade; ii) positivação do *amicus curiae* em lei infraconstitucional; iii) positivação das audiências públicas em lei infraconstitucional, com regulamentação regimental.

Contudo, como demonstrado ao longo do presente trabalho, embora seja um marco institucional em termos históricos, em comparação com as constituições anteriores e dado o histórico de ditadura civil-militar, a abertura rumo a uma pluralidade de intérpretes da Constituição no Brasil ainda permanece limitada no contexto democrático, seja por limitações jurisprudenciais, seja por interesses políticos do próprio STF no uso estratégico, por exemplo, das audiências públicas ou do *amicus curiae*, instituto este que passou a atuar, cada vez mais, em prol dos interesses das partes ante o Tribunal.

No contexto atual de desdemocratização e de evidentes retrocessos “inconstitucionais”, sob um aumento do conservadorismo na sociedade brasileira, aliado a descrença em instituições, dentre estas o próprio STF e a Constituição de 1988, indagou-se se a tese da sociedade aberta poderia ou não estimular o próprio processo de erosão da Nova República, inaugurada com a Constituição Federativa de 1988. Para tanto, apontamos que o STF, na qualidade jurisdicional de guardião da Constituição, deverá controlar os interesses dos intérpretes da Constituição, seja por meio das funções “contramajoritária” e “iluminista”, seja por meio da aderência dos intérpretes ao conjunto de normas constitucionais (bloco de constitucionalidade), incluindo as normas supralegais (controle de convencionalidade) e princípios próprios de Hermenêutica Constitucional neoconstitucionalista.

Portanto, defendemos que haja um papel pedagógico modesto do STF, no sentido de possibilitar uma participação pró-democrática plural, pluralidade que já é relativamente viabilizada pela Constituição de 1988 e, sobretudo, pelas leis - e jurisprudência - que regulamentam a abertura do processo de interpretação constitucional (Lei nº 9.868/1999 e Lei nº 9.882/1999).

Assim, a permanência do Estado Democrático de Direito sob uma conjuntura de ataque às suas instituições deverá se fundamentar, no referente ao processo hermenêutico

constitucional, em uma pedagogia permanente a respeito das normas que regulam a interpretação constitucional, a partir de mecanismos de democratização do Direito em linguagem mais aberta e simples, levando em conta a potencialidade de qualquer pessoa ser um intérprete da Constituição, independentemente de seu conhecimento técnico acerca do Direito Constitucional.

Em uma sociedade aberta, a “vontade de Constituição” deve ser ensinada, discutida e confrontada diariamente, de maneira a extrapolar o espaço que monopoliza politicamente a interpretação constitucional: o STF. Em outras palavras, os intérpretes da Constituição existentes no país devem entender que o princípio democrático é ele mesmo limitado por outras normas jurídicas e constitucionais, de modo que o objetivo último será manter e aprimorar o *status* democrático em prol da dignidade humana.

Concluimos, então, que a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” de Peter Häberle, *per se*, é insuficiente para evitar retrocessos democráticos desde o ponto de vista da interpretação constitucional. Para tanto, o pluralismo anunciado pelo modelo háberliano, que, sabidamente, foi criado no contexto de uma democracia avançada, deverá ser “controlado” pela corte constitucional no sentido em que os diversos intérpretes consigam atuar dentro das normas constitucionais, ou seja, de forma pró-democrática.

Aqui, terão importância os princípios constitucionais, os princípios específicos de Hermenêutica Constitucional neoconstitucionalista, as normas constitucionais de forma ampla (bloco de constitucionalidade), sem esquecer a relevância que possuem os tratados e convenções de direitos humanos - incluindo a interpretação dessas normas pelas cortes internacionais e regionais - no controle da convencionalidade dos interesses dos diversos segmentos sociais em sede de interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

BANDEIRA, Regina Maria Groba. **A Emenda Constitucional nº 45, de 2004: o novo perfil do Poder Judiciário brasileiro**. Brasília-DF, Câmara dos Deputados: Consultoria Legislativa. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006, p. 43-92.

_____. “O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”. GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélio (org). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, 2014

_____. “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”, **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 9, nº 4, 2018, p. 2171-2228.

BENEVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. “O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade”. **Revista de Direito da Cidade**, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 164-196, jan. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. **Exposição de Motivos do Projeto de Lei no 2.960/97 na Câmara dos Deputados**, 1997.

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0n6uqx2i86j1n1gwv0b1cg04725042653.node0?codteor=1130464&filename=Dossie+-PL+2960/1997>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999** - Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, 1999a. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. **Mensagem nº 1.674, de 10 de novembro de 1999**, 1999b. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1674-99.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999** - Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, 1999c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Bancadas partidárias**, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Senado Federal. **Senadores em Exercício: 56ª Legislatura (2019 - 2023)**, 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/senadores/em-exercicio/-/e/por-partido>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno [recurso eletrônico]**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

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

CARNEIRO, Cláudio; COSTA, Diego Emerson Silva. “Hermenêutica Jurídica e o (Neo)Constitucionalismo: reflexões sobre a hermenêutica no Estado Democrático de Direito Brasileiro”. **Revista de Direito da Unigranrio**, vol. 9, nº 1, 2006.

CARVALHO, Ana Carolina Couto Lima de; DIAS, Manoel Coracy Saboia. “Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle revisitada”. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**. Brasília, v. 2, n. 1, Jan/Jun. 2016, p. 171-186.

COELHO, Inocêncio Mártires. “As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro”. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 157-164.

CONJUR. “Constituição é declaração de amor ao país”, **ConJur**, 29/05/2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. “Todos que aplicam a norma são legítimos intérpretes da Constituição, diz Gilmar”, **ConJur**, 05/11/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/entrevista-gilmar-mendes-ministro-stf-parte>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: participação e oposição**. 1. ed. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. “Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia”. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 64, n. 2, p. 61-88, aug. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>>. Acesso em: 02 out. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de**

constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Editora Atlas; Grupo Editorial Nacional, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FENACON. **O sistema sindical brasileira em números**, 2017. Disponível: <http://www.fenacon.org.br/media/uploads/revistas/Sistema_Sindical_em_Numeros.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

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.

HUDSON, José Guilherme Barcellos de Garcia Hudson. **Influência do “Pensamento Jurídico do Possível” nas decisões do Supremo Tribunal Federal contribuindo para a formação do Direito Constitucional Brasileiro**, 2017. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/jose_hudson_20171.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. “Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017)”. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, Apr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100331&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 Jan. 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MACPHERSON, C. B. **A Democracia liberal**: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital (Kindle).

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. “A clareza da lei e a necessidade de o Juiz interpretá-la”. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 37, n. 146, abr./jun. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio L. “Comentário ao artigo 103”, em CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. STRECK, Lenio L; (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2991-3095.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva; IDP, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. “A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro: um dossiê em homenagem a Peter Häberle. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, 2016, p. 31-54.

MOISÉS, José Álvaro. “O significado da democracia segundo os brasileiros”, **Cadernos do NUPPs**, Universidade de São Paulo, Ano I, #2 Junho de 2009. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/cad0902.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. “Argumentação jurídica, ponderação e representatividade argumentativa na obra de Robert Alexy”. **Revista Quaestio Iuris**, vol. 05, n. 01, p. 21-50, 2012.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae*: democratização da jurisdição constitucional. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

ROSA, Igor Ramos. **Legitimados no controle concentrado de constitucionalidade**: fundamentação e diálogo na sociedade aberta. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015.

SOLANO, Esther. “Crise da Democracia e extremismos de direita”, **Análise**, Friedrich Ebert Stiftung, nº 42/2018. Disponível em: <<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14508.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. “A bolsonarização do Brasil”, em ABRANTES, Sérgio et. al. **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 307-321.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, Aderruan Rodrigues. “A Inconstitucionalidade da Pertinência Temática para os Legitimados Especiais do Controle Abstrato de Normas”. **Direito Público**, [S.l.], v. 9, n. 48, dez. 2013.

Reflexões sobre a “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle no contexto brasileiro contemporâneo

O objetivo desta obra é apresentar uma análise teórica acerca da teoria da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” proposta por Peter Häberle, com foco no processo constitucional brasileiro e na atuação do Supremo Tribunal Federal no contexto contemporâneo (1988 a 2020). Considerando a teorização atual sobre processos de desdemocratização, poderia a teoria da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Häberle, teoria que propõe uma hermenêutica constitucional plural e aberta, contribuir para impedir retrocessos constitucionais no Brasil? A nossa conclusão é: no contexto de crise democrática em uma sociedade conservadora como a brasileira, a teoria da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” mostra-se insuficiente para evitar a ocorrência de retrocessos democráticos. Por consequência, propomos que haja uma participação ativa do STF no sentido de manter as diversas vozes interpretativas em sintonia com normas constitucionais e supralegais.

Marcelo Raimundo da Silva

Home Editora
CNPJ: 39.242.488/0002-80
www.homeeditora.com
contato@homeeditora.com
Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque Verde, Belém - PA, 66635-110

