

Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal e o Rompimento do Formalismo Kelseniano na Interpretação da Norma Constitucional

Márcio Rezende da Silva, Márcio Morais de Sousa

Resumo: Este trabalho consiste em verificar se a audiência pública do Supremo Tribunal Federal é um instrumento que possibilita o rompimento do formalismo kelseniano na interpretação da norma constitucional, assim, trata-se de tema de extrema relevância para o cenário constitucional atual, pois as audiências tratam de temas de repercussão geral e de interesse público. Mas este espaço rompe com este formalismo e dá abertura a novos interpretes? Assim, buscou-se verificar a participação de terceiros alheios a lide e como os ministros do Supremo reagiram diante das exposições dos participantes, bem como, se as argumentações usadas nas sessões da audiência influenciaram nas suas decisões. Para observar isso foi destacado os principais pontos da teoria de Kelsen e de Häberle, bem como foi analisado uma audiência pública que teve seu processo principal finalizado e assim observou-se a influência nos votos dos ministros. Detal procedimento pode chegar à conclusão que os argumentos e posições tomadas na audiência foram usada pela maioria dos ministros para fundamentar seus votos, o que demonstra a influência da audiência pública nas decisões do Supremo e isso vai de encontro a proposta de Peter Häberle e, de certa forma, mitiga o formalismo de Kelsen na interpretação da norma constitucional.

Palavras-chave: Audiência pública; Supremo tribunal federal; Interpretação constitucional; *Amicus Curiae*

Introdução

Desde 2007 o Supremo Tribunal Federal – STF – vem promovendo audiências públicas sobre diversos temas. Trata-se de um instituto novo no Poder Judiciário, diferente dos demais poderes que já realiza há algum tempo e com procedimento próprio. A primeira ocorreu no dia 20 de abril de 2007, convocada pelo Ministro Ayres Britto, para subsidiar o julgamento da ADI nº 3.510.

As audiências públicas foram prevista no Poder Judiciário, inicialmente, pelas Leis 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 Supremo Tribunal Federal”, e a lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que versa sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Só em 2009, o Supremo editou Emenda Regimental que normatizou e procedimentou a forma de convocação e realização das audiências públicas, enfatizando que elas servem para convocar, quando for necessário, pessoas com experiência e conhecimento em determinada matéria, técnico científico, bem como, quando entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato e que tenha repercussão geral e seja de interesse público.

O Tribunal, por meio delas, deseja debater com a sociedade os temas que a ele é posto para julgamento, pois reconhece à importância do esclarecimento e, de certa forma, deseja ir de encontro, subsidiada por uma visão jurídica constitucional, às expectativas da sociedade. Nesse sentido, a interpretação da norma constitucional torna-se o caminho viável, pois é por meio dela que os ministros irão dar ao caso concreto uma solução. Desta forma, a audiência pública, objeto desta pesquisa, é um instrumento importante para subsidiar a interpretação constitucional, pois nela, como visto acima, temos a exposição de conceitos e pontos de vistas diversos, mas que refletem a sociedade atual.

Sobre o conceito de interpretação constitucional, é importante destacar uma escola jurídica, a Escola da Exegese e sua proposta de interpretação jurídica, pois seus fundamentos são o que construíram os alicerces das interpretações constitucionais nos dias de hoje. Para Maria Helena Diniz esta escola entendia que a função do jurista era de ater-se com rigor ao texto legal e revelar seu sentido (DINIZ, 2006). A descrição dada pela autora sobre a escola da Exegese, do século XIX, pode ser constatada na obra de Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, principalmente quanto à forma de escalonamento e a interpretação das normas jurídicas (KELSEN, 2006). O próprio autor, em nota ao prefácio da primeira edição de seu livro, admite ser sua teoria o “desenvolvimento de colocações que já se anunciavam na ciência jurídica positiva do século XIX” (KELSEN, 2006). Diante da visão positivista da interpretação Kelseniana, advinda da Exegese, para este, o julgador deveria estar separado de todos, vivendo em um isolamento, distante da sociedade, para que seu julgamento não sofresse tendência, conforme preleciona o princípio da imparcialidade do juízo, assim suas decisões devem ser isentas de valor pessoal.

Quanto ao distanciamento do julgador, Peter Häberle propõe uma teoria que discute a ideia de uma interpretação pluralista, no qual não cabe só aos guardiões da constituição a sua interpretação, mas à diversos participantes. O que remete a uma interpretação mais próxima da realidade de quem a pratica, sendo assim, a interpretação mais próxima a realidade social (HABERLE, 1996).

Há claramente uma antítese entre a teoria de Kelsen e de Häberle, pois naquele a interpretação é segmentada e rígida, imbuída num formalismo característico de uma filosofia positivista, enquanto neste a interpretação é pluralista, que por meio de instrumentos, tais como a audiência pública e o *Amicus Curiae*, possibilita a participação, ainda que de forma indireta, do jurisdicionado nas decisões do Tribunal Constitucional, o que vai de encontro a uma nova demanda social, decisões que pesem seu reflexo nos segmentos sociais e que não partam da letra fria e realizem uma análise desligada das possíveis consequências.

Para realizar essas análises foi necessário escolher uma das audiências já realizadas de um processo que já houvesse chegado a seu fim, pois só assim se poderia verificar se de fato as participações, dadas nas sessões da audiência, acabaram por influenciar os votos dos ministros. Mas para chegar a este ponto, fazendo o uso de uma pesquisa bibliográfica, partiu-se de um conceito mais amplo, o controle de constitucionalidade, pois é nesse meio que se insere a Arguição de Descumprimento Fundamental que foi o objeto de análise. Logo em seguida abortou-se o conceito e tipos de *Amicus Curiae*, bem como se insere a audiência

pública neste instituto existente no Poder Judiciário. E por fim, no último capítulo realizou-se de fato uma análise do acórdão que deu fim ao processo principal e procurou-se observar se as ideias de abertura e amplitude de participação na interpretação constitucional estão acontecendo na realidade brasileira. Neste contexto, tanto conceitual, como de fato, procurou-se responder a seguinte indagação: a audiência pública do Supremo Tribunal Federal é instrumento que viabiliza o rompimento do formalismo kelseniano na interpretação da norma constitucional?

Breve apanhado sobre Audiência Pública do STF

A Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal começaram a acontecer a partir do ano de 2007, quando começou a promover debates sobre diversos temas, sendo estes de uma complexidade considerável, aliás, a principal justificativa para a convocação desde novo procedimento é exatamente a necessidade de esclarecimento sobre assuntos específicos que estão carregados de conceitos técnicos e científicos e de pouco conhecimento prático, pois se a lide posta a julgamento não tiver um amplo esclarecimento técnico do julgador, a decisão final poderia ser comprometida. Assim, cabe as Audiências Públicas do STF discutirem o tema proposto para que os ministros do Supremo possam obter esclarecimentos.

Controle de Constitucionalidade

A Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal – STF surge no contexto do controle de constitucionalidade, por isso é necessário definirmos inicialmente alguns termos.

O papel do controle de constitucionalidade, segundo Alexandre de Moraes, é “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.” (MORAIS, 2012). Este controle é necessário porque se adota, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da supremacia da Constituição e assim as autoridades, os poderes e as competências governamentais são nela fundamentada e por ela limitada, assim “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal” (SILVA, 2012).

Sobre o órgão que deve ser o operador do controle, Saul Tourinho Leal aborda duas propostas de autores constitucionalistas europeus, são eles Carl Schmitt e Hans Kelsen. Para Schmitt o controle de constitucionalidade deveria está subordinado ao Poder Executivo. Já para o austríaco Kelsen, o controle deveria está nas mãos de um corpo de juizes, integrantes de um tribunal e desprovido de mandatos populares (TOURINHO, 2010). No Brasil foi adotado o sistema de controle sugerido por Hans Kelsen, uma vez que cabe ao Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição Federal, incumbência dada pela própria Carta.

É importante também observar a distinção que há no controle formal e material. O primeiro, segundo Paulo Bonavides, trata-se de um controle estritamente jurídico, aquele no qual é verificado se a lei foi elaborada conforme a Constituição sem contrariar preceitos

constitucionais pertinentes a organização dos poderes, relações horizontais, verticais e etc (BONAVIDES, 2010).

Já no controle material, para o mesmo autor, “é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma”. É o controle criativo, substancialmente político, por isso “a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica”, o que pode gerar um grande poder na mãos de juízes que podem desconsiderar a vontade do Parlamento e do governo (BONAVIDES, 2010).

Quanto ao elemento histórico do controle de constitucionalidade, pode ser destacado que no Brasil há três modelos que se sobressaem, são eles o francês, o norte-americano e o austríaco (MORAIS, 2012). Neste estudo se aterá aos dois últimos, pois são eles que influenciaram a forma de realizar o controle constitucional brasileiro.

O modelo americano, sendo denominado de controle difuso, teve origem em 1803, no famoso caso *Marbury v. Madsin* 5 U.S. 137 (1803), a Suprema Corte Americana fixou o *judicial review* nos Estados Unidos, quando considerou a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, permitindo ao Judiciário, de acordo com casos concretos em litígio, interpretar a Constituição, e adequando e compatibilizando os atos normativos com suas seus superiores preceitos (MORAIS, 2012), assim o reconhecimento da inconstitucionalidade por meio difuso de um ato normativo pode se dar “por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, em face de um caso concreto submetido a sua apreciação”(ALEXANDRINO, 2007).

Já o caso austríaco, chamado de controle concentrado, teve sua origem na segunda década do século vinte, com a Carta Magna austríaca, cuja elaboração se deve a Hans Kelsen, que idealizou para ser exercido pelo Tribunal Constitucional austríaco, algo inovador para a época e que foi adotado, logo depois, pelo Tribunal alemão, espanhol, italiano e português (ALEXANDRINO, 2007). Aquele tribunal, idealizado por Kelsen, tinha a prerrogativa exclusiva de realizar o controle judicial de constitucionalidade de leis e atos normativos, diferente do caso americano, não se limitava a resolução de casos concretos, mas também a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais (MORAIS, 2012).

O controle de constitucionalidade concentrado “é a aferição, em tese, provocada por legitimados constitucionalmente especificados, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição Federal (bloco de constitucionalidade)”. Já o controle difuso é aquele exercido por qualquer juiz ou tribunal e realizado por meio de exceção, defesa, subjetivo aberto, descentralizado ou incidental. Este controle é subjetivo porque debate um caso concreto, é chamado via de exceção porque a parte pleiteia o reconhecimento de um direito com base no fundamento da inconstitucionalidade, e classifica-se como incidental porque o que ocorre é uma questão prejudicial ao mérito da discussão (TOURINHO, 2010).

No Brasil, consolidou-se o controle difuso, inspirado no modelo americano, bem como o controle concentrado, ou seja, a Carta Magna de 1988 combinou os critérios difusos e

concentrados, sendo este de competência somente do Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2012).

Para que se dê de fato o controle constitucional foi necessário positivar a forma processual para que ocorressem os controles, tanto difuso quanto o concentrado e eles se dão por meio das ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC - e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. A finalidade da ADI é “manter a integridade da Constituição Federal extirpando do ordenamento jurídico, após apreciação do Supremo Tribunal Federal, lei ou ato normativo federal ou estadual que não guarde compatibilidade com a Carta”. Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC - tem por finalidade dar segurança jurídica a lei ou ato normativo que tenha sobre si dúvida quanto a sua constitucionalidade. Ela ocorre em sede de controle difuso, pois uma vez não sanada a dúvida, a norma ou ato, pode causar instabilidades quanto a forma de interpretação dentro do Poder judiciário. E por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF - veio para complementar a proteção constitucional por meio do controle concentrado, uma vez que “não é possível submeter ao crivo do STF, em sede de controle concentrado, leis ou atos normativos municipais e também o chamado direito pré-constitucional. Foi uma lacuna que o nosso modelo nos deixou”. Assim a ADPF surgiu com o intuito de sanar essa deficiência atinente ao controle concentrado, o que possibilitou levar os atos e leis municipais ao STF (TOURINHO, 2010). A ADI, ADC e ADPF foram instrumentalizadas pelas leis n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e a lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999,

Na lei n. 9.868 há vedação a participação de terceiros na ADI, conforme seu artigo sétimo, por sua natureza, mas possibilita a realização de audiência pública, de acordo com a previsão do parágrafo segundo.

Quanto a Ação Declaratória de Constitucionalidade, não há a possibilidade da participação de terceiro nem a realização de audiência.

Para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, lei nº 9.882, há a possibilidade de participação de terceiro na ação e a possibilidade de convocação de audiência pública, conforme artigo sexto, parágrafo primeiro e segundo.

Amicus Curiae

O instituto do *amicus curiae* está voltado para atender a necessidade que há, em alguns casos, da participação de terceiros, que não são partes no processo, mas que os interessa, de forma assistencial nos processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade para se manifestar sobre questão de direito concernente à controvérsia constitucional.

Este instituto foi positivado com advento da lei n. 9.868/99, possibilitando ao tribunal decidir as causas com o conhecimento devido, bem como as suas implicações e repercussões. “Trata-se de providência que confere caráter pluralista e democrático (CF/88, art. 1, parágrafo único) ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade” (MENDES, 2012).

No Supremo, o procedimento da audiência pública foi incluso no Regimento Interno por meio da Emenda Regimental número 29, de 25 de fevereiro de 2009. Sobre esta emenda o Ministro Mendes conclui:

Tem-se, assim, oportunidade para uma efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter uma estrutura semelhante a dos processos de índole estritamente objetiva (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental) (MENDES, 2012).

O *amicus curiae*, que o STF a classificou como audiência pública, acontecerá mediante decisão do relator que verificará o preenchimento dos requisitos e a conveniência e oportunidade da manifestação. Da decisão interlocutória que admite ou não a presença do *amicus curiae* não cabe recurso. Quanto aos requisitos devem se basear na relevância da matéria e representatividade dos postulados; quanto ao prazo, ele deve ser dado de acordo com a natureza e finalidade do instituto e o relator terá flexibilidade para, de modo discricionário, aceitar ou não a presença no processo objetivo (LENZA, 2009). Quanto ao tempo de se manifestar, o “ingresso só é permitido até o momento em que o processo é encaminhado pelo relator para inclusão na pauta de julgamentos”. Este prazo se justifica pelo fato de que se presume que a partir desse momento o relator ou Presidente do Tribunal já teria firmado sua convicção, “razão pela qual os fundamentos trazidos pelos *amici curiae* pouco seriam aproveitados, e dificilmente mudariam sua conclusão”. Quanto a legitimidade recursal não existe, conforme ADI-ED n. 3.615 (TOURINHO, 2010)

Interpretação constitucional e o Formalismo Kelseniano

As argumentações defendidas na participação do *amicus curia* por meio da sustentação oral ou por meio de apresentação de memoriais poderá interferir no resultado da interpretação constitucional que os ministros farão diante da questão que os forem posta. Vale destacar que em raríssimos casos, há previsão no próprio texto constitucional que estabeleça alguma regra sobre a interpretação constitucional, no caso brasileiro, por exemplo não há tal previsão.

Da interpretação Constitucional

Há distinção entre a interpretação e hermenêutica, para França a interpretação:

Não se confunde com a hermenêutica, parte da ciência jurídica que tem por objetivo o *estudo* e a *sistematização dos processos*, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira. A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais (FRANÇA, 1999).

A interpretação, do exposto acima, está contida dentro da hermenêutica. Sobre hermenêutica constitucional aduz Márcio Diniz:

Como técnica jurídica voltada à elaboração de regras para a compreensão do conteúdo e do significado das normas constitucionais, a hermenêutica constitucional assume o caráter de *interpretatio*, cuja etimologia, radicada na práxis romana, significa mediação entre duas etimologia, radicada na práxis romana, significando a mediação entre duas partes por meio da linguagem, comunicação do homem com o homem. O interprete (*inter partes*) é um terceiro imparcial que decide uma questão na qual estão envolvidas duas partes antagônicas (Joaquim Carlos Salgado). Assim sendo, a sua atividade, porque hermenêutica, é um modo de pensar pragmaticamente a realidade, dirigida a formulação de isto é, de regras com fundamento nas quais ele interpretara as normas jurídicas em que se baseará para fornecer a solução do problema concreto que a ele se coloca. (...) A interpretação do Direito é, ao mesmo tempo, um processo voltado para a determinação do conteúdo e do sentido da norma jurídica com relação a um suposto de fato, e o resultado desse processo. Neste processo dinâmico de concretização, o interprete, após recorrer a critérios, ou princípios hermenêuticos adequados e específicos, obtém, a partir do próprio ordenamento jurídico, um critério para dar uma unidade sistemática entre o ato de interpretar, o objeto interpretado e o conteúdo da interpretação (DINIZ, 2002).

Quanto ao ato de interpretar a constituição, Paulo Branco analisa:

A atribuição de sentido a um preceito constitucional é atividade marcada por considerável potencial, de efeitos vários sobre a ordem jurídica e sobre o cotidiano dos indivíduos. A atividade destinada a descobrir o sentido de uma constituição, que proclama valores a serem protegidos, seguidos e estimulados pelos poderes constituídos e pela própria sociedade, assume inescandível relevo para a vida social e para a definição de Direito. Na realidade, não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social; a interpretação da Constituição “só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação” e não se cogita de aplicação sem interpretação. O trabalho de interpretar a Constituição, portanto, integra o esforço de aplicar uma norma constitucional, o que leva Konrad Hesse a concluir que “a interpretação constitucional é concretização” (BRANCO, 2012).

Complementa o autor, “a interpretação constitucional tende a acarretar impacto sobre todo o direito positivo do Estado”, isso porque a norma constitucional é norma suprema e fonte de legitimidade formal de toda a ordem jurídica. Ela não é isenta de uma pressão ideológica e política (BRANCO, 2012).

A constituição brasileira e as constituições de muitos outros países estão inserindo valores morais ao domínio jurídico, mudando o papel das normas constitucionais, “não se limitando as Cartas a simplesmente discriminar competências e limitar a ação do Estado – indo-se além, para injetar índole jurídica a aspirações filosóficas e princípios ético-doutrinários”. Desta forma, a interpretação constitucional tem ganhado novo modo *operandi*, pois tende a corresponder aos anseios do meio político e jurídico o que destaca o Papel do Supremo (MENDES, 2012)

A ideia de uma nova interpretação constitucional, exposta por Luis Roberto Barroso, consiste no resultado do desenvolvimento de algumas “fórmulas originais de realização da vontade da Constituição”, por isso, ao contrário do que se pode pensar inicialmente, não é o oposto do método clássico, o subsuntivo, tão pouco deixa de se aplicar os elementos tradicionais da hermenêutica, tais como o gramatical, histórico, sistemático e teleológico, pois eles continuam a existir e são os meios necessários para a busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. No entanto, diante de um processo histórico, a interpretação constitucional, influenciada pelo papel dos princípios do direito brasileiro, já vive um novo estágio, que ultrapassa o método clássico e hermenêutico descritos anteriormente, assim expõe o professor:

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido (BARROSO, 2003).

Ainda sobre a interpretação constitucional, Barroso esclarece que nesta nova interpretação há dois elementos que tiveram destaque, são eles: os fatos e o interprete.

(i) Os fatos subjacentes e as conseqüências práticas da interpretação. Em diversas situações, inclusive e notadamente nas hipóteses de colisão de normas e de direitos constitucionais, não será possível colher no sistema, em tese, a solução adequada: ela somente poderá ser formulada à vista dos elementos do caso concreto, que permitam afirmar qual desfecho corresponde à vontade constitucional. Ademais, o resultado do processo interpretativo, seu impacto sobre a realidade não pode ser desconsiderado: é preciso saber se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional.

(ii) O intérprete e os limites de sua discricionariedade. A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções (BARROSO, 2003).

Os elementos apresentados acima, o interprete e o resultado da interpretação são os elementos chaves de um novo olhar constitucional, em que, como abordado pelo autor no item (i), provoca impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal pode causar grandes conseqüências sociais, econômicas e políticas, e cientes disso, há uma tendência de abertura

da interpretação constitucional, ou seja, o elemento interprete não está mais limitado há um corpo jurídico específico.

Do formalismo Kelseniano na interpretação constitucional

Hans Kelsen, foi um austríaco e jurista constitucionalista que influenciou significativamente o direito constitucional do Brasil, e que ainda hoje dita os padrões de interpretação do nosso direito. Em “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen defende a superação de um o jusnaturalismo e oferece o positivismo jurídico como solução, que seria o ideal para o momento histórico que vivia, assim esclarece:

Com a vitória da burguesia no século XIX começa uma pronunciada reação contra a metafísica e a Teoria natural. De mãos dadas com o progresso das ciências empíricas, com uma dissolução crítica da ideologia religiosa, ocorre a mudança da ciência jurídica burguesa da Teoria Natural para o positivismo. Porém, por mais radical que esta mudança tenha sido, ela jamais foi completa. O direito não mais foi considerado uma categoria eterna e absoluta; reconheceu-se que seu conteúdo passa por uma transformação histórica e que como direito positivo é um fenômeno condicionado por circunstâncias de tempo e de espaço. Mas a ideia de um valor absoluto do direito não se perdeu de todo, pois vive ainda na firme ideia ética da justiça, conservada pela ciência do direito positivista (KELSEN, 2006).

Evidência na passagem a contraposição do positivismo jurídico ao jusnaturalismo, que até então era o alicerce filosófico dos principais sistemas jurídicos da época. A teoria de Kelsen claramente se fundamentava nessa filosofia positivista. O autor admite ser sua teoria o “desenvolvimento de colocações que já se anunciavam na ciência jurídica positiva do século XIX.”. Para ele, o julgador deveria estar separado de todos, vivendo em um isolamento, distante da sociedade, para que seu julgamento não sofresse tendência, conforme preleciona o princípio da imparcialidade do juízo, assim suas decisões deveriam ser isentas de valor pessoal (KELSEN, 2006).

Norberto Bobbio faz uma análise pertinente sobre o positivismo jurídico e propõe alguns pontos fundamentais da doutrina juspositivista, os quais revelam as principais características da doutrina:

O primeiro problema diz respeito ao modo de abordar, de encarar o direito: o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos aqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem juspositivista o termo “direito” é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bem ou mau, de ser um valor ou um desvalor.

O sexto ponto diz respeito ao método de ciência jurídica, isto é, o problema da interpretação (entendendo-se o termo “interpretação” em sentido muito lato, de modo a compreender toda a atividade científica do jurista: interpretação strictu sensu, integração, construção, criação do sistema): o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica). Este foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva contra o positivismo jurídico e que gerou logo um debate tremendo, chamado pelos alemães de “batalha dos métodos” (Methodenstreit) (BOBBIO, 1995).

No primeiro item, é destacado que o jurista deve abster-se de apresentar juízo de valor. Quanto ao segundo item, destaca-se a forma como o jurista deve interpretar, buscando uma forma mecanicista, o que de alguma forma é consequência da necessidade do distanciamento que o jurista deve ter, o que evidentemente inibe, como bem declara Bobbio, a capacidade criativa, pois em suas palavras, para o juspositivismo, o jurista deve agir como um robô (BOBBIO, 1995).

A Escola da Exegese teve papel importante na interpretação jurídica, pois seus fundamentos construíram os alicerces das interpretações constitucionais atuais. Ela também entendia que a função do jurista era de ater-se com rigor ao texto legal e revelar seu sentido (DINIZ, 2006). No entanto, tal concepção tornou-se mais complexa:

Inicialmente, os sequazes da escola da exegese se atinham a interpretação literal do texto legal, deduzindo o sentido oculto da lei mediante procedimentos filológicos e lógicos. Ante a ineficiência desse processo interpretativo, tiveram de recorrer as fontes, isto é, aos trabalhos legislativos preparatórios, à tradição históricos e aos costumes, para desvendar a vontade do legislador, a fim de conhecer não apenas a letra da lei, mas também seu espírito. Com isso passou-se a admitir a interpretação histórica, isto é, o exame das circunstâncias que antecederam a lei. Posteriormente, essa escola veio a utilizar a interpretação lógico-sistemática, que consistia em descobrir o sentido da lei, tendo por base o lugar que ela ocupa dentro do sistema legislativo. Tal interpretação sistemática parte do princípio de que a legislação é um conjunto orgânico e que as leis tem seus lugares específicos, de modo que umas preponderam sobre outras, por isso o justo deve sistematiza-las, dando a cada uma seu significado dentro do ordenamento jurídico (DINIZ, 2006).

Tal descrição, da escola do século XIX, pode ser constatada na obra de Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, principalmente quanto a forma de escalonamento e a interpretação das normas jurídicas. O próprio autor, em nota ao prefácio da primeira edição de seu livro, admite ser sua teoria o “desenvolvimento de colocações que já se anunciavam na ciência jurídica positiva do século XIX.” Diante da visão positivista da interpretação kelseniana, advinda da Exegese, para este, o julgador deveria esta separado de todos (KELSEN, 2006).

Rompimento do formalismo kelseniano na interpretação constitucional

Diferente da ideia até agora exposta, Peter Häberle propõe uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, ou como ele prefere se referir, a uma sociedade aberta. Essa proposta é contrária à forma rigorosa que o austríaco Hans Kelsen desenvolve para a interpretação constitucional.

A sociedade aberta dos interpretes da constituição

O alemão Peter Häberle apresenta em sua obra uma proposta que analisa os interpretes das normas constitucionais, algo novo, pois, até então, o foco de estudo e atenções estavam sobre os objetivos e os métodos da interpretação constitucional. De maneira clara, expõe os alicerces de sua teoria:

A teoria da interpretação constitucional tem colocado até aqui duas questões essenciais:

- a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, e
- a indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional) (regras de interpretação).

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, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes dos processos de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados (HÄBERLE, 1996).

Afirma o autor que a interpretação por muito tempo, ou pelo menos até a apresentação de sua tese, foi uma atividade de um grupo fechado, formados por interpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. No entanto, sua proposta é que o exercício da interpretação seja tão mais aberto quanto for a sociedade, pois para ele os cidadãos, grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública são forças produtivas de interpretação, são eles interpretes constitucionais em sentido lato, uma vez que, atuam, no mínimo, como pré-interpretes. Todo esse processo nada mais é que uma democratização da interpretação constitucional, pois “é impensável uma interpretação da constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas” (HÄBERLE, 1996).

Antônio Soares¹ faz uma análise da proposta de Häberle:

A Sociedade Aberta definida por Häberle[3] cumpre papel dúplice no novo método de interpretação constitucional. Ela tanto é objetivo, como é criadora desta interpretação, pois, ao mesmo tempo em que o método constitucional procura atender às expectativas dos grupos sociais (potências públicas) – e, por isso, é objetivo - , também sofre influência destes no processo criativo em que se constitui a interpretação constitucional, ou seja:.

"A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...)Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade."

Constitui-se, portanto, em uma sociedade aberta aquela que compreende a participação, direta ou indireta, dos agentes sociais no processo hermenêutico, cabendo aos mesmos tanto a função de intérprete como a de destinatário.

Com essa nova concepção há um rompimento do monopólio estatal da interpretação constitucional, pois agora, não só os tradicionais interpretes, no caso os juízes e magistrados, mas também os co-interpretes acabam influenciando no processo criativo (SILVA JUNIOR, 2006)

Quanto a importância de Peter Häberle no Brasil, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes destaca a sua importância:

Peter Häberle é certamente um dos maiores constitucionalistas de nosso tempo e, não seria demais considerar, um dos grandes nomes da história do constitucionalismo ocidental. Essa não é, de nenhuma maneira, uma afirmação vaga ou imprecisa, e muito menos hiperbólica. A difusão transnacional de seu pensamento, quase sempre acompanhada de processos formais de institucionalização de estruturas, organismos e procedimentos voltados à implementação prática dos institutos por ele concebidos em nível doutrinário, é capaz de revelar os sólidos fundamentos que suas criações fornecem para o desenvolvimento do Estado constitucional em tempos hodiernos[1].

As duas últimas décadas têm sido marcadas pela difusão dos sistemas de jurisdição constitucional em novas democracias, principalmente na Europa oriental, Ásia e América Latina[2], assim como pelo fortalecimento e consolidação do arcabouço institucional do Estado constitucional em diversos países, processos nos quais o pensamento de Peter Häberle tem

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas com área de concentração em Fundamentos Constitucionais dos Direitos. Bolsista da CAPES na modalidade Demanda Social no período entre 2006-2008. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (2003).

contribuído de forma decisiva, como é possível observar em países como Peru, México e Argentina[3]. Nesse aspecto, seu especial interesse pela América Latina resultou na ideia de construção de um direito constitucional comum latinoamericano, por meio da identificação dos elementos culturais das Constituições do continente, o que contribui para o processo de integração constitucional e, dessa forma, para o fortalecimento da região como comunidade política e cultural (MENDES, 2009).

A participação de novos atores na interpretação constitucional se justifica pela complexidade da sociedade atual e a crescente concepção do conceito de democracia que tenta entender que essa participação deve ser o mais ampla possível, inclusive no Poder judiciário. Esses novos atores são também interpretes que acabam por vincular a interpretação constitucional, sendo que essa atuação acaba por converter-se num “elemento objetivo dos direitos fundamentais”. A participação desses atores acaba por criar uma linha de contato com a sociedade, ou seja, pode ser um caminho satisfatório para a legitimação da decisão judicial por um viés democrático (HABERLE, 1996).

Quanto aos participantes do processo de interpretação constitucional o professor apresenta um catálogo sistemático, que bem destaca dizendo ser algo provisório, pois bem sabe que esse processo interpretativo deve ser aberto. Ora, se assim não fosse estaria recorrendo na mesma perspectiva da visão kelseniana e assim só estaria estendendo o rol dos interpretes. A seguir, apresenta como participantes: órgãos com decisões vinculantes; o requerente ou recorrente; requerido ou recorrido; autor e réu; aqueles que por previsão legal tem direito de manifestar, semelhante a participação de terceiros; pareceristas e *experts*; peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do parlamento; peritos nos tribunais; associações; partidos políticos; grupos de pressão organizados; os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo; a opinião pública democrática e pluralista e para ilustrar cita a mídia, igrejas, escolas, e etc; e por fim, a doutrina constitucional (HABERLE, 1996). É importante destacar que esses atores citados pelo autor é baseada a realidade alemão, a qual levou em consideração para realizar a sua análise.

Peter Häberle esclarecer que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal” seja pela perspectiva teórica ou prática:

O cidadão que formula um recurso constitucional é interprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou a participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação de interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que não se reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da

Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade (HABERLE, 1996).

Sobre o papel dos juízes na interpretação, ele faz importante observação, qualquer interprete é orientado pela teoria e pela práxis, mas essas práxis não é realizada somente pelos interpretes oficiais da Constituição, complementa:

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei (HABERLE, 1996).

A legitimação e justificativa para a participação de forças pluralistas e da sociedade na interpretação constitucional se dá porque estes grupos representam uma realidade da Constituição, pois cabe a constituição não só estruturar o Estado, mas também dispor sobre as organizações sociais. Assim, a Constituição tem o papel de integra-las ativamente como sujeitos. Desta forma, a Carta Maior é um espelho da publicidade e da realidade social. Ainda nesse assunto, faz a seguinte reflexão sobre a concepção de democracia e por consequência a participação na decisão judicial:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão (HABERLE, 1996).

A competência do cidadão para a interpretação constitucional, segundo o autor, é um direito advindo da cidadania, este garantido pela própria constituição por meio dos direitos fundamentais (HABERLE, 1996).

Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados “especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional.” Além disso, devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas na capacidade que possuem de serem interpretes, em sentido amplo (HABERLE, 1996).

Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal

Para a análise que se segue foi considerada a audiência realizada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF - número 54 do Distrito Federal, que transitou em julgado em 6 de maio de 2013, cuja relatoria foi do Ministro Marco Aurélio. O

relator diante dos pedidos e da importância do tema julgou conveniente convocar audiência pública, como fundamenta:

2. A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Ele destaca a importância do tema para a nação e a repercussão do assunto e com fundamento nisso deu voz a esses novos participantes no processo constitucional. Tal atitude é descrita por Häberle como uma abertura da sociedade plural, reconhecendo, no caso do aborto de anencéfalo, um caso que vai além do caso concreto e por isso é necessário à amplitude da discussão (HABERLE, 1996).

A importância da participação desses novos interessados também é reforçada pelo Ministro Gilmar Mendes:

Gostaria de apenas fazer o registro, eminente Ministro-Relator, Ministro Marco Aurélio, senhoras e senhores presentes, da importância deste instrumento previsto nas Leis nºs 9.868 e 9.882, que permite este diálogo particular e esta abertura na interlocução do Supremo Tribunal Federal com a comunidade científica e com a sociedade como um todo (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

A participação no pleito apresentado ao Supremo, neste caso, vai além das partes legitimadas, com interesse direto no feito. O que se depreende é que o Supremo deseja um canal de diálogo com a sociedade brasileira como um todo.

Quanto ao material produzido em audiência, esclarece o relator, “formará apenso que estará junto ao processo revelador da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para consulta pelos integrantes da Corte” (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013). Ora, não se trata de provas juntadas pelas partes ou peritos, nem tão poucos por terceiros

interessados, mas que constarão no rol processual para consulta, como ele mesmo menciona, para que os ministros possam deles fazer análise e julgamento da arguição. O material apenso como disse o Ministro não é de fato prova, mas memoriais que poderão ser consultados pelos ministros julgadores e que poderão esclarecer e até fundamentar seus votos:

Declaro aberta a 3ª Sessão alusiva à Audiência Pública objetivando colher fatos para chegarmos, da forma mais segura possível, à apreciação do tema versado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, contando com elementos concretos a revelarem os parâmetros do tema que será objeto de análise pelo Colegiado do Supremo (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

O que foi até aqui exposto tratou-se da necessidade posta ao relator para que fosse tratado com mais riqueza de detalhes o tema da ADPF em julgamento e logo em seguida fora trazidos a esta pesquisa elementos que comprovam a mentalidade que possuem alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal, quanto à importância de dialogar com a sociedade sobre temas de grande relevância nacional, dialogo esse que implicará, segundo a proposta de Häberle em uma mudança de paradigma na interpretação constitucional (HÄBERLE, 1996).

Como é de praxe, o Relatório antecede os votos dos ministros e como de oportuno o Ministro Marco Aurélio expôs, conforme consta às folhas 20 à 29, os participantes e teses defendidas por cada um.

Ainda no mesmo relatório o Ministro Marco Aurélio destaca a posição da Procuradora-Geral da República em exercício, a qual fundamenta parte de sua posição com argumentos expostos na Audiência:

A Procuradora-Geral da República em exercício, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, à folha 1022, opinou pelo acolhimento integral do pedido. Apontou a possibilidade de certeza absoluta do diagnóstico prematuro e a incompatibilidade da anomalia com a vida extrauterina, conforme assegurado pelos especialistas ouvidos na audiência pública (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

A Procuradora-Geral fundamenta sua posição com base em argumentos expostos em audiência pública, sendo ela mais um dos atores do processo constitucional.

É possível observar, que além do uso direto das informações apresentadas em audiência, a própria estruturação do voto e explanação dos pontos mais importantes acabaram por seguir a lógica da audiência, conforme se observa nos itens 1 (fl. 34), que trata da concepção laica do Estado brasileiro e 2 (fl.44) que aborda a definição de anencefalia. Neste item o Ministro Marco Aurélio faz a seguinte afirmação:

As informações e os dados revelados na audiência pública em muito contribuíram para esclarecer o que é anencefalia, inclusive com a apresentação de imagens que facilitaram a compreensão do tema. A

anomalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Mais adiante faz sua conclusão quanto a fatalidade da anencefalia e como deixa claro com base nas afirmações exposta na audiência:

A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior[30]. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Na página 47 o relator retoma dados exposto pela Dra. Ieda Therezinha que reforça a impossibilidade da sobrevivência do feto após o nascimento, tal posição advinda do exposto em audiência.

Logo em seguida, transcreve o esclarecimento do Dr. Heverton Neves Pettersen, que abordou o caso de uma menina que supostamente tinha anencefalia e havia vivo por mais de um ano, no entanto, no esclarecimento, o médico deixa claro que o caso não tratava de fato de anencefalia, argumento esse usado pelo Ministro. Quanto à capacidade de diagnosticar a má formação, usa os seguintes argumentos, produzidos em audiência:

Ainda sobre os contornos da anomalia, cumpre registrar que a anencefalia pode ser diagnosticada na 12ª semana de gestação[57], por meio de ultrassonografia, estando a rede pública de saúde capacitada para fazê-lo. Geralmente, os médicos preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para confirmação. Trata-se de um diagnóstico de certeza, consoante enfatizaram doutos especialistas na audiência pública. A par dos depoimentos já reproduzidos, convém realçar as palavras do Dr. Thomaz Rafael Gollop[58]:

A ultra-sonografia disponível, sim, no Sistema Único de Saúde é 100% segura. Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia. Não há nenhuma dúvida para um médico minimamente formado estabelecer esse diagnóstico.

O ex-Ministro da Saúde José Gomes Temporão[59] rechaçou qualquer dúvida acerca da capacidade da rede pública de proceder ao diagnóstico. Disse Sua Excelência:

O Sistema Único de Saúde tem plenas condições de oferecer, e oferece, diagnóstico seguro às mulheres durante o pré-natal. A imagem ecográfica é clara em diagnosticar um feto com anencefalia. Na Medicina fetal, há duas certezas de diagnóstico por imagem: o óbito fetal e a anencefalia ((ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Após isso, chega à conclusão quanto à fatalidade da má formação e a capacidade de diagnosticar:

Constata-se que, para parcela significativa de renomados especialistas, há diagnóstico de certeza, estando a rede pública de saúde capacitada a realizá-lo, o que, por óbvio, não impede que órgãos e entidades competentes estabeleçam protocolos e cuidados a serem tomados para torná-lo ainda mais seguro. Tal medida será salutar (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

As argumentações ouvidas e reproduzidas em seu voto não se limitam somente as partes que com as suas ideias coadunavam, mas também expor ideias que são contrárias a sua, veja-se:

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Nas próprias palavras do Relator, ele estaria dando voz à sociedade, e com isso, ainda que não explicitado, trata-se de uma percepção da importância do conceito de democracia, ou seja, buscar legitimar sua decisão demonstrando que levou em consideração as argumentações apresentadas, ainda que não concordasse com elas. Mais uma posição condizente com a proposta de Häberle de pluralizar o debate com entes que representa um Estado Democrático e plural (HABERLE, 1996).

Posiciona-se quanto a concepção de democracia que não esta limitada ao Poder Executivo ou Legislativo, mas também ao Poder Judiciário, algo inovador para o mundo jurídico:

Presidente, quando assentamos – em escoro apertado, é certo – a possibilidade de ter-se a pesquisa com células-tronco, vislumbrei sensibilidade do Colegiado para enfrentar a matéria. Então, retomei a direção do processo, realizando audiência pública, ouvindo os diversos segmentos da sociedade, como convém em um Estado Democrático de Direito, em uma República, verdadeiramente República, e, aparelhado o processo, trouxe-o a julgamento (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

De forma conclusiva, descreve sua posição e porque decide pela procedência do pedido:

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se

submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Desta forma, fica clara a capacidade que teve os argumentos utilizados pelos participantes nas sessões da audiência pública para convencer o relator quanto à procedência do pedido, assim como a audiência pública foi um canal eficaz para transparecer a angustia das mulheres, o que seria inviável por meios tradicionais do processo constitucional. Está evidente a adoção de um canal de amplitude da participação do cidadão que viabilizou numa interpretação constitucional de forma democrática, aquilo proposto pela teoria de Häberle.

A ministra Rosa Weber deixa claro de onde retirou as primícias de sua posição:

Caso famoso, muito debatido nestes autos, é o de Marcela de Jesus, audiências cogitou-se de que acometida de meroencefalia, situação em que se faz presente uma pequena parte do encéfalo, suficiente para manter a existência de funções vitais e respostas do corpo a estímulos externos por período mais prolongado.

Essas considerações iniciais são importantes para o direcionamento das posições que fundamentam o meu voto. Para a clareza da exposição, é possível enfrentar o tema por três enfoques: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico. A sopesar, ainda, à luz da causa de pedir aberta própria dos processos objetivos, o fundamento adicional trazido da tribuna, qual seja, o de que a criminalização da interrupção da gestação de feto anencéfalo, ou de feto sem viabilidade de vida extrauterina, implica violação de direito fundamental da mulher no tocante aos chamados direitos reprodutivos (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Como visto, as primícias de seu voto se deram com base nos argumentos apresentados pelos debatedores que participaram das sessões, pois como a própria Ministra adverte, o Direito, dever dialogar com as demais áreas do conhecimento, o que deve ser evitado é a vinculação obrigatória das decisões. No entanto, deixa claro que não pretende “colocar o Direito como alheio, intangível ou superior no que se refere aos outros saberes, mas apenas estabelecer os seus pressupostos e necessidades próprios” (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013). E assim, mostra sua posição quanto aos saberes existentes na audiência:

Para os fins do Direito todas as demais áreas do conhecimento são importantes no auxílio à compreensão dos limites daquilo que pretende regular e para a aplicação dos conceitos de forma coerente com os seus próprios pressupostos. Os outros ramos do conhecimento informam ao Direito como se estabelecem e qual a gramática dos fenômenos que a ele estão submetidos em forma de ação, para que se mantenha coerente com seus princípios e objetivos. É sob esta perspectiva que têm de ser

interpretadas todas as colaborações presentes nas audiências públicas realizadas (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Tal posição é proposta também por Peter Häberle, quanta a abertura a discussão por outras áreas do conhecimento, mesmo que não cause a vinculação da decisão judicial. Assim, o uso das informações para a fundamentação e interpretação da norma constitucional, pois ainda que os dados apresentados não vincule a decisão judicial, mas serão essenciais para a tomada de posição, como se pode ver:

A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas escolhas morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gestar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida. Em outras palavras, esta ADPF muito mais do que da liberdade da mulher (o que já seria muitíssimo valioso), diz com a densidade concreta a se dar à concepção jurídica de liberdade, sob o manto da Constituição-cidadã de 1988 (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

O voto do Ministro Joaquim Barbosa também leva em consideração, as informações prestadas em audiência. Sua decisão está firmada, também, e não só, naquilo que foi mostrado pelos especialistas que falaram nas sessões:

Registro, por oportuno, que ao longo das audiências públicas sobre esse tema foi amplamente confirmado por todos os especialistas que o diagnóstico de anencefalia é realizado através de ultrassonografia, acessível a todas as mulheres através da rede pública, que conta, em muitos casos, com grupos multidisciplinares que auxiliam a família no momento difícil da confirmação desse diagnóstico.

Pelas razões expostas, voto pela procedência do pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de que seja dada interpretação conforme a Constituição ao art. 124 do Código Penal, de forma que seja excluída do âmbito de sua incidência a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

A passagem transcrita a seguir esclarece a posição do Ministro Fux quanto a sua preocupação com aquilo que seja democrático ou que vá de encontro à vontade do povo:

Sob o ângulo da vontade do povo - se é que é sindicável a vontade do povo - pode haver até desacordo moral razoável sobre a permissão ou não do aborto. No meu modo de ver, sob o ângulo da vontade popular, sobressai extreme de dúvidas o repúdio social à penalização da mulher vitimada por uma gravidez de risco, que a impõe manter no seu ventre materno nascituro com morte anunciada, dor maior no arrebate da maternidade desejada (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

A Ministra Cármem Lúcia destaca a importância da audiência pública e a define como um palco para a manifestação não só das partes, mas de todos, conforme é visto:

Todos preocupam-se com o direito à vida, quem é contra a interrupção da gravidez, quem é a favor, quem se pronunciou na audiência pública, de uma forma ou de outra; não há ninguém que tenha qualquer outra preocupação que não seja rigorosamente a vida e a dignidade da vida, com a visão que cada um tem de mundo e da própria vida, o que reflete, a meu ver, um momento democrático brasileiro, um momento de pluralidade. Respeito as opiniões contrárias, mas há que ser anotado, como agora posto pelo Ministro Fux, exatamente na perspectiva constitucional, que o que se põe em questão é o que a Constituição determina, ponderando-se os princípios como posto no sistema (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

O Ministro Ricardo Lewandowski faz uma abordagem que é contrária aos demais ministros, quanto ao caráter da decisão judicial que cabe a eles:

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão julgante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Tal posição vai contrária à defendida pelo professor alemão, pois acredita que a decisão judicial fundamentada numa visão ampliada de interpretes cumpre sim o viés democrático (HABERLE, 1996). A forma de interpretar deste Ministro ainda é aquela que é carregada de uma concepção positivista, onde o maior objetivo é uma decisão guiada pela lei sem influência de outros aspectos ou atores. No entanto, na defesa de sua argumentação usa tese de médico de modo a favorecer seu voto:

Nessa linha, o Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assentou o seguinte:

“A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênicas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte.

Por que foi escolhida a anencefalia para provocar-se a antecipação da morte, ainda no ventre materno, não se esperando o nascimento natural?

Em primeiro lugar, a anencefalia é um termo que induz ao erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a ideia de que a

anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’.”¹⁷

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

O Ministro ocorre em contradição, pois deixa a entender que a interpretação constitucional não dá espaço para o espaço democrático que pode interferir na interpretação, pois não cabe ao magistrado legislar. No entanto, usa das informações obtidas na audiência para fundamentar sua posição.

Ao contrário do Ministro Ricardo, o Ministro Gilmar Mendes, procura deixar clara a importância da audiência pública como um espaço para o debate e análise da ADPF 54, pois considera “como um instrumento de proteção de direitos fundamentais como se fosse um recurso constitucional especial, na linha *Verfassungsbeschwerde* do Direito Alemão” (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013). Mendes ainda relembra alguns pontos da ação, os quais foram abordados nas sessões, que tiveram uma discussão ampliada devido ao aspecto democrático que foi dado por este instrumento, considerado, por ele, como inovador e importante:

As nossas leis sobre o tema, tanto a Lei nº 9.868 quanto a Lei nº 9.882, foram perfilhadas ou formuladas a partir dessa perspectiva da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, permitindo que se realizem audiências públicas com essa participação plural, que experts e peritos sejam designados, que os mais diversos interessados manifestem a sua visão da interpretação constitucional, no ambiente próprio deste Tribunal, do processo constitucional (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Em seu voto, com uma passagem substancial, enfatiza, de modo direto, a importância da teoria do professor alemão, quanto aos atores da interpretação constitucional:

A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes 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 (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48).

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”.

Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição (ADPF 54/DF, DJ de 30/04/2013).

Depreende-se dos argumentos a importância e a capacidade da audiência pública de interferir na lógica interpretativa constitucional, atendendo a uma demanda diferenciada que a nação tem do guardião constitucional.

O Ministro Celso de Mello faz uma pequena remissão à audiência. Ainda que cite de forma indireta as informações da audiência e tenha, neste voto uma posição contramajoritária, como defendeu por várias vezes, ele faz uso daquilo que foi prolatado nas sessões para subsidiar a sua interpretação.

Contrário à maioria dos ministros, Cezar Peluso, usa também as informações trazidas pelos técnicos nas sessões da audiência pública, mas para fundamentar sua posição contrária ao pedido da ADPF faz uso daquilo que é pertinente a sua posição. Na audiência, como destacado por vários ministros e bem esclarecido nos votos, foi um espaço democrático e amplo, onde entidades e pessoas defenderam posições a favor do aborto do anencéfalo, assim como, defenderam posição contrária. O Ministro vai além, e afirma que as posições científicas são contraditórias. E assim, vota pela improcedência do pedido.

Conclusão

A audiência pública do STF, é um instituto novo no Poder judiciário, ela surgiu de uma proposta inovadora no quadro do direito constitucional. Essa proposta tem como objetivo provocar a abertura da interpretação possibilitando a participação de novos interpretes, ainda que indiretamente. Tal medida se justifica pela importância que as decisões do Supremo têm sobre toda a sociedade brasileira, pois causa repercussões no âmbito social, econômico e político. Diante disso, nas leis n 9;868/99 e 9.882/99, foi dada a possibilidade de convocação das audiências públicas do STF, decisão que deve ser tomada pelo Relator da ação ou pelo Presidente, diante de um tema de considerável complexidade que tenha repercussão geral ou interesse público relevante, e para isso será ouvido o depoimento de pessoas com experiência e autoridades em determinada matéria.

As audiências que ocorreram até a presente data tiveram um destaque considerável no meio social e foram centro de atenção da mídia brasileira, pois tornou-se o palco de discussão e exposição de pontos de vista de vários segmentos da sociedade. Temas como: pesquisa com célula tronca, aborto de feto anencéfalo e etc, geraram ampla discussão.

Da análise dos votos dos ministros pode-se observar decisões utilizando os argumentos científicos e de preceitos morais dos expositores da audiência. Assim, os fundamentos dos votos, na maioria deles, utilizaram os argumentos defendidos em audiência, o que acabou por realizar, de forma indireta, a abertura da interpretação da norma constitucional. Até

mesmo os votos contrários que procuraram defender uma posição antiga acabaram usando argumentos da audiência em sua decisão.

Outro dado interessante sobre as audiências, é que o número de audiências marcadas ou realizadas aumentou consideravelmente, o que pode demonstrar a crescente importância que este instituto tem tido, não só para subsidiar os ministros nas duas decisões, mas também para inserir a sociedade brasileira no debate jurídico nacional. Este processo acaba por legitimar as decisões em que haja a participação de segmentos sociais, o que é uma visão diferente da de democracia, pois a representatividade é por segmento e não individual.

Quanto aos métodos de interpretação, eles não perdem validade, pois ainda persistem como ferramenta necessária e útil para se chegar a conclusões, assim o formalismo proposto por Kelsen na interpretação não é completamente rompido, mas é mitigado, uma vez que, considerando aquilo que trás um melhor proveito ao seio social. Essa é uma demonstração daquilo que foi proposto pelo alemão Peter Häberle quanto a abertura da interpretação constitucional, ainda que a forma como ocorre a audiência pública não seja propriamente prevista pelo alemão, pois este procura mostrar que há outros atores na interpretação que não são somente os magistrados, mas também, outros agentes e órgãos. Porém a audiência pública indicar ser um instrumento eficaz de abertura da interpretação da norma constitucional, o que gera uma legitimação democrática das decisões tomadas por esse órgão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto & BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro* In: Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. V. 6. Nº. 23. Ano. 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 2012. ed. 27.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 /DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 12/04/2012, publicado no DJ de 30/04/2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954> >. Acessado em 08/11/2013.

BRASIL. Lei n. 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.

BRASIL. Lei n. 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.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2006. 18. ed.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

GIL, Antonio C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: editora Atlas, 1999. 4. ed.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

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

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2001. 4. ed. rer. e ampli.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 17. ed.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história* in: Revista Jurídica, Brasília, v. 9, n. 84, p.41-48, abr./maio, 2007.

MEDEIROS, João Bosco. *Redação Científica: a prática de fichamento, resumos, resenhas*. São Paulo: Editora Atlas, 2004. 6. ed.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF: Disponível em* <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>>. Acessado em 11/06/2013.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ed. 7.

MORAIS, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012. ed. 28.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: editora Impetus, 2007. 6. ed.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. 27. ed.

RODRIGUES, Auro de Jesus. *Metodologia científica: completo e essencial para a vida universitária*. São Paulo: Editora Avercamp, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. ed. 35.

SILVA JÚNIOR, Antônio Soares. *A hermenêutica constitucional de Peter Häberle. A mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segundo a teoria concretista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9070>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

TOURINHO, Saul Leal. *Controle de constitucionalidade moderno*. Niteroi: Editora Impetus, 2010.