

**Interpretação Constitucional no Brasil nos casos de Redução da maioria penal, aborto de fetos anencéfalos e casamentos homoafetivos sob a ótica da hermenêutica de Peter Häberle<sup>1</sup>**

*Wenerson Costa<sup>2</sup>*

**Sumário:** Introdução; **1** A figura do Amicus Curiae no controle de constitucionalidade brasileiro; **2** A possível função da hermenêutica constitucional de Peter Häberle no Brasil. **3** Alguns casos de difícil interpretação constitucional; 3.1 O aborto de fetos anencéfalos; 3.2 Proposta de redução da maioria penal no Brasil; 3.3 Casamentos e uniões homo afetivas; Conclusão; Referencial bibliográfico.

## **RESUMO**

O presente artigo analisa os processos de interpretação constitucional e a possibilidade de implantação da hermenêutica constitucional proposta por Peter Häberle no Brasil. Apresenta os possíveis intérpretes e a relação deles com as normas constitucionais tornando possível a avaliação desta nova hermenêutica. Relata a relação do Amicus Curiae no controle de constitucionalidade brasileiro. Trata do processo de interpretação constitucional em casos de difícil entendimento, como no aborto de fetos anencéfalos, na proposta de redução da maioria penal e nas uniões homoafetivas. Discorre sobre uma possível ampliação do círculo de intérpretes da constituição. Além de realizar um exame das consequências e limitações de tais propostas.

**Palavras-chave:** Interpretação. Constitucionalidade. Ampliação. Consequências

## **INTRODUÇÃO**

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o surgimento de um Estado Democrático de Direito, surgiram novas teorias de interpretação constitucional, tendo em vista as diversas modificações sociais, políticas e culturais do país. O processo de

---

<sup>1</sup> *Paper* Institucional apresentado à Disciplina Teoria do Direito Constitucional do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

<sup>2</sup> Aluno do 2º Período do Curso de Direito da UNDB.

globalização que surgiu a partir dos anos 90 influenciou a sociedade brasileira e contribuiu para a necessidade de tais propostas, pois diante de vários fatores, entre eles sua própria herança histórica, foi fundamental na construção do pluralismo político, social e cultural do país.

Desta forma, analisaremos a proposta de Peter Häberle, que propõe a implantação de uma hermenêutica constitucional voltada para uma sociedade pluralista, ou seja, abandonando o modelo vinculado a sociedade fechada e aderindo a uma sociedade aberta de intérpretes da constituição. Destacam-se o papel dos intérpretes da constituição para a sociedade, o estado e o papel do cidadão que a vivencia tornando-o desta forma um de seus legítimos intérpretes.

Em síntese, é pela interpretação que se pode chegar á utilização da constituição como vetor de transformação da sociedade, e o que verdadeiramente importa é o lugar político do qual fala o intérprete. (BELLO FILHO, 2003, P.07)

Expor esta teoria neste artigo é fundamental para o entendimento de temas de extrema relevância para nossa sociedade e que serão discutidos sob a ótica de Peter Häberle. Este tipo de interpretação constitucional não deve deixar que apenas os metódicos personagens de sempre (juízes) sejam os únicos a terem papéis relevantes. Desta forma, assumiriam como novas forças produtivas desta interpretação, os cidadãos e grupos de interesses, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública.

Para Peter Häberle não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada, ou seja, para ele, esta interpretação nada mais é que uma adequação no tempo ou integração a realidade pública.

Desta forma, o artigo assim será quanto a estrutura: no primeiro capítulo será analisado a figura do Amicus Curiae como representante de grupos de cidadãos e grupos de interesse em relação a interpretações de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade; no segundo, será abordado a possibilidade de implantação da hermenêutica constitucional de Peter Häberle no Brasil; no terceiro, realizaremos a análise de três casos onde a interpretação constitucional foi crucial no entendimento das questões, o caso dos abortos de fetos anencéfalos, proposta de redução da maioria penal no Brasil e as uniões homoafetivas.

## **1 A figura do Amicus Curiae no controle de constitucionalidade brasileiro.**

A Constituição brasileira é na maioria das vezes interpretada por seus órgãos e instituições dentre elas o Supremo Tribunal Federal. A figura do Amicus Curiae interfere nos processos objetivos da Suprema Corte, a fim de evitar uma tentativa de defesa ou proteção de interesses subjetivos.

Portanto, a presença do Amicus Curiae é legítima em alguns casos, fato que possibilita à sociedade um debate mais amplo sobre a questão constitucional. A presença do Amicus Curiae é também evidenciada pela lei 9.868/99(ADI/ADC):

Art. 7º. (...) Parágrafo 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. (ADI/ADC, 1999)

O texto constitucional é amplamente alicerçado em direitos fundamentais, que por sua vez devem refletir-se nos anseios, ou seja, na satisfação da maioria da sociedade. Os níveis de interpretação constitucional variam de acordo com o tipo de intervenção ou a variedades de atores constitucionais. Diante disso torna-se possível afirmar que o processo de interpretação constitucional apresenta diferentes vertentes, destacando-se como uma de suas principais a aproximação com as ciências sociais.

Entre o “constitucionalismo antigo” e o “constitucionalismo moderno” vão-se desenvolvendo perspectivas sociais, políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional.(CANOTILHO, 2003, P.53)

Diante disso, o processo de redemocratização do Brasil, a partir da década de 80, trouxe transformações que alteraram não só a perspectiva sobre o olhar jurídico, mas também a forma de intervenção e garantia dos interesses da sociedade no que diz respeito as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação as ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.

Portanto, pode-se entender o Amicus Curiae como uma forma semelhante a que Peter Häberle aponta quando comenta em relação aos grupos de interesses sendo um dos vários intérpretes da constituição, apesar da possibilidade de haver uma intervenção desse

grupo voltada para interesses particulares ou políticos, o mesmo não deixa de ser um agente limitador, ou seja, acaba não permitindo algumas vezes que certas decisões sejam tomadas com caráter arbitrário ou subjetivo pelo Supremo Tribunal Federal.

## **2 A possível função da hermenêutica constitucional de Peter Häberle no Brasil.**

No campo jurídico, o acesso à justiça acontece através da jurisdição, que é na íntegra a atuação do Estado na resolução de várias questões, possibilitando a manutenção do estado de paz social. Muito do que tenta-se alcançar através da jurisdição, é na maioria das vezes o reconhecimento, preservação ou a afirmação do direito subjetivo, ou concreto se conferido em Lei. Entretanto, a partir do momento em que tais interesses passam a apresentar traços de inconstitucionalidade, cabe ao Supremo Tribunal Federal avaliar as características de tais interesses sob um olhar técnico jurisdicional.

A proposta de hermenêutica constitucional de Peter Häberle nos remete a visão de uma sociedade aberta para intérpretes da constituição, confirmando assim uma participação efetiva de várias esferas da sociedade e uma grande aproximação entre o conteúdo constitucional e as ciências sociais.

Para Peter Häberle, a sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta exige a participação de todos aqueles que nela estejam inseridos, ou seja, todo aquele que vive a Constituição é um legítimo intérprete. Essa complexa participação do intérprete em sentido lato e em sentido estrito realiza-se não apenas onde ela está institucionalizada, como nos tribunais do Trabalho, por parte do empregador e do empregado. Experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. (HÄBERLE, 2002, P.17).

O Estado Democrático de Direito estabelecido no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988 estabelece várias formas de participação de intérpretes da Constituição, a proposta de Peter Häberle ao mencionar os participantes do processo de interpretação constitucional enfatiza:

Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (Öffentlichkeit), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes.

(HÄBERLE, 2002, P.19)

Desta forma Peter Häberle elabora sua proposta de interpretação constitucional com a participação de diversos seguimentos da sociedade como aqueles de funções estatais: Corte Constitucional, órgãos legislativos, executivos e judiciários ou aqueles que também não são necessariamente órgãos do Estado: requerentes e requeridos nos recursos constitucionais, outros participantes que tem direito de manifestação ou de integração a lide, pareceristas ou experts, peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do parlamento alemão, grupos de pressão organizados e a própria opinião pública democrática e pluralista (imprensa, rádio e televisão), contam também as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos, as igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos as associações de pais etc.(HÄBERLE,2002, P.21)

Contudo, de acordo com José Afonso (2007), existem pontos onde ele afirma que algumas normas constitucionais diante de eficácias limitadas tendem a depender da atividade de órgãos governamentais como o legislativo, para assim obter uma aplicação efetiva. Portanto, existe um contraponto com a ideologia de Häberle em relação aos intérpretes da constituição.

Desta forma, comparando a tese de Peter Häberle com a realidade brasileira há de se identificar inúmeras lacunas a serem preenchidas, como por exemplo, a participação da mídia, que por diversas vezes garantiu a defesa dos interesses de classes dominantes e não os da população. O próprio Direito, Mídia e partidos políticos, que, por mais que tenham agido alegando a defesa das garantias constitucionais, muitas das vezes apenas defenderam interesses subjetivos ou de grupos dominantes.

### **3 Alguns casos de difícil interpretação constitucional.**

Chegando ao ponto central do artigo, torna-se imprescindível delimitar o tema em questão, devido a abrangência do assunto e a variedade de vertentes existentes em relação a teoria de Peter Häberle no Brasil. Desta forma iremos nos ater a três casos que obviamente dependeram decisivamente de intérpretes e critérios de interpretação constitucional em decisões ou em questões ainda em discussão.

#### **3.1 O caso do aborto de fetos anencéfalos no Brasil.**

Este caso gerou grande discussão no superior Tribunal federal. Naquele momento, no país, o aborto somente era permitido em casos de estupro e de risco comprovado à vida da gestante. Na anencefalia, há a ausência da maior parte do cérebro e da calota craniana (parte superior e arredondada do crânio). Os médicos já comprovaram cientificamente a impossibilidade de sobrevivência nestes casos, isto foi, a principal argumentação do relator Marco Aurélio Melo: "O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Não se trata de vida potencial, mas de morte segura"(SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL)

O julgamento havia sido suspenso, com cinco votos a favor da interrupção da gravidez neste caso e um contra, de Ricardo Lewandoski. Um dia depois defenderam a tese o relator Marco Aurélio de Mello, Rosa Maria Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia. No dia seguinte, juntaram-se a eles, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O presidente da Corte, Cezar Peluso, foi contrário. Entre os 11 ministros, apenas Dias Toffoli não participou do julgamento, porque já tratou do caso quando era advogado-geral da União. Para a maioria dos ministros, não há aborto no caso dos anencéfalos porque não há vida em potencial. Consequentemente, não há crime. O aborto é permitido apenas em casos de estupro e de risco à vida da gestante. O presidente da Corte, Cezar Peluso, afirmou que este foi "o maior julgamento da história do Supremo". Votou contra a interrupção de gravidez de anencéfalos, comparando-a à pena de morte e à eutanásia. "Só coisa é objeto de disposição ou de direito alheio. O ser humano é sujeito de direitos", disse: "Falar em morte inevitável é pleonástico; ela o é para todos". Os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes queriam que fosse incluída a necessidade de diagnóstico de anencefalia por dois médicos desconhecidos da paciente para que a interrupção da gravidez pudesse ser feita, mas a tese foi recusada. Também foi recusada a inclusão do termo "comprovadamente anencéfalos" na proclamação. (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL)

A partir da análise deste julgamento sob a ótica proposta por Peter Häberle é possível perceber que os intérpretes constitucionais deste caso se limitaram ao uso de suas atribuições e decidiram a questão sem quaisquer consultas relacionadas, por exemplo, a opinião pública ou grupos religiosos. Os cidadãos desta forma transformam-se em meros telespectadores de um julgamento de pode ter uma decisão que pode ser influenciadora em vários outros assuntos como a eutanásia e a própria pena de morte. Esta decisão também pode acarretar sérias consequências sociais, pois trata-se de diversos direitos fundamentais como o direito a vida e a liberdade. Desta forma, pode-se compreender que além da proposta de Peter estar voltada para uma sociedade aberta, ela pretende também estimular cidadãos conscientes e formadores de opinião.

### **3.2 Proposta de redução da maioridade penal no Brasil**

Os índices relacionados a quantidades de crimes efetuados por menores no país, aumentaram de forma alarmante nos últimos anos, e é claro que isso não se restringe ao Brasil. Diferentemente de alguns outros países com números semelhantes, a ausência de medidas mais enérgicas em relação aos menores infratores acaba aumentando esses números, criando assim uma grande pressão da sociedade e cobrança da ação do poder público em relação a redução da maioridade penal. O Congresso reuniu-se para discutir soluções em relação a questão, mas existem várias divergências relacionadas ao caso.

As cláusulas pétreas são aquelas que não podem ser abolidas ou mudadas por emenda constitucional. Gilson Dipp, que presidiu os trabalhos da comissão de juristas, defendeu que o início da maioridade aos 18 anos não se enquadra nessa categoria, que diz respeito à organização do Estado brasileiro e não a questões de política criminal. (BORGES, 2012)

Desta forma nota-se que o nível de interpretação constitucional acerca destes fatos pode gerar inúmeras divergências, pois os intérpretes constitucionais envolvidos têm diferentes pontos de vista que na maioria das vezes são ligados a interesses subjetivos ou de grupos, contrariando a proposta de Peter. Um exemplo disto são os grupos ligados à política e a mídia que criam espetacularizações diante de determinados casos isolados, promovendo assim, certo grau de pressão em relação às decisões do legislativo, que por sua vez dependem necessariamente da interpretação constitucional. Pois bem, como a proposta de Peter vincula as decisões a várias esferas da sociedade, ampliando desta forma o círculo de intérpretes, o mesmo acontece neste tipo de caso, só que de maneira fragmentada, ou seja, nunca em conjunto, e esta hierarquia de decisões acaba sendo prejudicada por agentes que possuem vícios semelhantes, por exemplo, se a decisão fosse ao Supremo Tribunal Federal para a análise de constitucionalidade, a mídia e a pressão da sociedade poderiam influenciar diretamente a análise técnico-jurisprudencial dos ministros, que por sua vez poderiam prejudicar as análises anteriores que poderiam ter ignorado estas pressões da sociedade.

### **3.3 O caso dos casamentos e uniões homoafetivas.**

Nos casos das relações homo afetivas, a interpretação constitucional voltou a prevalecer, os modelos antigos que conceituavam a família estavam em desacordo com a realidade atual do país, onde uma boa parcela da população considera justa a união de pessoas do mesmo sexo. Para isso, uma grande concentração de esforços fez com que o Supremo Tribunal Federal analisasse o caso e assim algumas considerações vieram à tona. Torna-se necessário explicar que a princípio, a união estável foi o primeiro passo para garantir a legitimação de tais relações, essa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (que não elabora leis, apenas as julga)foi o início de uma série de outras decisões a favor deste tipo de união por parte de outros tribunais. Ainda não há no país uma lei que regulamente de fato o casamento homo afetivo, mas, em diversos estados já existem legislações que as garantem, dentre elas, podemos citar a decisão inovadora e pioneira do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (SALOMÃO, no REsp 1.183.378/RS)

Este caso tem uma forte ligação com a proposta de Peter Häberle no que diz respeito à adequação no tempo e a integração a realidade pública, pois, a concepção de família no Brasil passou por diversas modificações ao longo dos anos, ela deixou uma forma tradicional, composta por pai, mãe e filhos e passou a ser integrada por outros entes, inclusive sem vínculo de parentesco, mas unidos pela afetividade. A partir do momento em que a união de pessoas do mesmo sexo passa a ter características de união estável, a tutela jurídica destes entes deve ser garantida pelo Estado. Pode-se confirmar essa posição com o caput do art. 226 da Constituição Federal que estabelece: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL)

Diante disso, surgem os critérios de interpretação constitucional que vão nortear os rumos dessas decisões. O Supremo Tribunal Federal proferiu sua decisão a partir de uma interpretação constitucional baseada no princípio da dignidade humana, onde todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção, mas essa interpretação de acordo com a proposta de Peter Häberle não deveria parar por aí, deveriam também participar várias outras esferas de nossa sociedade. Desta forma, quando a teoria de Peter Häberle aponta que a interpretação constitucional não pode ser um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático, ele praticamente aponta uma característica básica deste caso, que é todo o centralismo estatal na interpretação que foi feita, pois apesar de ter sido um assunto de interesse de milhares de pessoas no país, não houve uma participação efetiva das

potenciais forças da comunidade política e da sociedade a nível de interpretação constitucional.

## **CONCLUSÃO**

Devido as considerações e análises realizadas, tornou-se possível perceber a importância da proposta de Peter Häberle em relação a interpretação constitucional voltada a uma sociedade aberta onde as possibilidades de aproximação com as ciências sociais são possíveis principalmente devido a ampliação do círculo de intérpretes que fazem deste processo algo muito mais próximo do tempo e da realidade existente dentro de um estado democrático de direito. Verificamos as possibilidades e limitações de tal teoria dentro da realidade jurídica, social e política e brasileira, além de analisar esse tipo de interpretação em casos de difícil análise constitucional, como no caso do aborto de fetos anencéfalos, onde a decisão foi tomada por uma parcela única de intérpretes(STF), contrariando a participação de demais setores da sociedade suficientemente capazes de contribuir em relação a questão. Houve também a análise da proposta de redução da maioria penal, onde este círculo de intérpretes de certa forma foi mais ampliado do que o caso anterior e devido isso constatou-se a existência de uma quantidade maior de pontos de vista, o que influenciou diretamente na atual situação da discussão, que é a de ainda não haver uma decisão concretizada em relação ao caso. Entretanto, no último caso, que trata do reconhecimento da união homoafetiva, percebemos que apesar de ainda não haver uma lei específica garantindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, houve um parecer favorável por parte de outros intérpretes, neste caso o STF e o STJ em relação ao reconhecimento e garantias de direitos aos entes das relações homoafetivas, graças a uma interpretação alicerçada tanto no tecnicismo jurídico, como na aproximação do pluralismo e realidade social do país. Deste modo é possível depositar tanto esperanças, como incredulidades em relação a proposta de Peter Häberle no Brasil, pois a ampliação do círculo de interpretes depende muito de uma contribuição ampla de várias esferas da sociedade, que nem sempre reivindicam direitos fundamentais, pelo contrário, aderem as máfias e interesses gananciosos de grupos interessados na manutenção ou apropriação do poder. Deste modo, entender a proposta de Peter quando ele diz que não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada é avaliar as condições tanto de quem elabora as leis, quanto as de quem as interpreta e o resultado deste fenômeno pode definir os rumos de todo um estado democrático de direito.



Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

## **REFERÊNCIAL BIBLIOGRÁFICO**

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997/2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**: Constituição e Constitucionalismo. 7ª Edição.

SILVA, Jose Afonso Da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Audiência Pública decide sobre o aborto de fetos anencéfalos**. Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 de Mar. 2014.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ADI - **Ação direta de inconstitucionalidade** nº4277 Disponível em <[http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf](http://http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf)>. Acesso em 22 Set. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 21 Mar. 2014.

Recurso Especial de nº 1.183.378 do Rio Grande do Sul. Disponível em <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249)>. Acesso em 01 de Outubro de 2012.



Unidade de Ensino Superior Dom Bosco



Unidade de Ensino Superior Dom Bosco