

As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Dois fatos da maior importância para o aprimoramento do modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis acabaram de acontecer no País. Referimo-nos à publicação da obra de Peter Häberle, *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*, traduzida e apresentada por Gilmar Ferreira Mendes, e à remessa ao Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, de iniciativa do Poder Executivo, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Intimamente relacionados, esses fatos espelham o nosso amadurecimento no trato dessa matéria, a qual envolve problemas da maior relevância para toda a comunidade. Embora, à primeira vista, possa parecer um assunto técnico, merecedor de atenção exclusivamente por parte de iniciados ou de especialistas, a leitura da sua exposição de motivos evidencia que essa proposta legislativa interessa a toda sociedade e não apenas aos profissionais do direito, como se comprovará no curso desta exposição.

Constitucionalista dos mais renomados da atualidade, com suas obras sendo objeto de reflexão e debate nos mais importantes centros universitários do mundo, Peter Häberle destaca-se por uma visão *republicana e democrática* da interpretação da Constituição, centrada na idéia de que uma sociedade *aberta* exige uma interpretação igualmente aberta de sua lei fundamental, até porque

“no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e

grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”¹.

Nessa ordem de idéias, ele observa que a teoria da interpretação constitucional, durante muito tempo, esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade *fechada*, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados, do que resultou empobrecido o seu âmbito de investigação. Por isso, é chegada a hora de uma *virada hermenêutica radical* para que a interpretação constitucional – que a todos interessa e a todos diz respeito – seja levada a cabo *pela e para* a sociedade aberta e não apenas pelos operadores *oficiais*.

Em suma, no contexto de um Estado de direito, que se pretende democrático e social, torna-se imperioso que a *leitura* da Constituição se faça *em voz alta e à luz do dia*, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, pelos diversos atores da cena institucional – agentes políticos ou não – porque, ao fim e ao cabo, todos os membros da sociedade política *fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres*².

Em tema de direitos fundamentais – *e.g.* liberdade de cátedra, de criação artística, de imprensa e de organização sindical – é de todo evidente que sem a participação dos seus destinatários, daqueles que *vivenciam* esses direitos, não se produz uma interpretação sequer razoável do texto constitucional.

O mesmo se diga com relação àqueles direitos cujo âmbito de proteção envolve conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, como é o caso dos direitos das populações indígenas, nos termos em que são *reconhecidos* pelo artigo 231 da Constituição do Brasil. Sem o apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas – que, aliás, participaram do processo constituinte – o juiz não conseguirá *ler* esse dispositivo constitucional.

Com base na experiência, obviamente em razão do fato de vivermos numa sociedade razoavelmente pluralista e democrática, pode-

se dizer que, *até certo ponto*, essa abertura hermenêutica já existe entre nós e que ela se manifesta *difusamente* – pelo modo como os agentes políticos aplicam a Constituição nas diversas instâncias de decisão –, do que resulta minimamente ampliado o círculo dos participantes da *realização* constitucional, assim como assegurada, embora também em grau mínimo, a influência *social* sobre os *funcionários* da interpretação constitucional.

Nesse contexto, o que se faz necessário, portanto, é institucionalizarmos procedimentos que densifiquem a *intervenção de terceiros* no processo de interpretação e aplicação da lei fundamental. Afinal de contas, independentemente das suas peculiaridades, nunca é demais lembrar que, no âmbito da jurisdição constitucional, aqueles que não participarem da relação processual, que não assumirem qualquer posição no processo ou que, até mesmo, ignorarem a sua existência, poderão considerar-se *politicamente* não alcançados pelos efeitos da *coisa julgada* e, por via de consequência, *autorizados* a ignorar a força normativa da Constituição.

Por isso, também sob esse ângulo, digamos, *procedimental*, afigura-se conveniente que todos possam participar do *jogo interpretativo*, quando mais não seja para que não se animem a virar-lhe a mesa ou a contestar o seu resultado. Na medida em que são *partículas da Constituição*, como diria Lassalle, ou *agentes conformadores da realidade constitucional e forças produtivas de interpretação*, na linguagem de Häberle, esses segmentos sociais não podem ficar à margem do processo de revelação da vontade constitucional.

Nessa perspectiva, a ampliação do número dos *tradutores constitucionais autorizados*, ao mesmo tempo em que promove a integração das diferentes perspectivas hermenêuticas, opera como instrumento de prevenção e solução de conflitos. Noutras palavras, à medida que asseguram o dissenso hermenêutico e racionalizam as divergências de interpretação em torno da Constituição, idéias como as de Häberle colaboram, decisivamente, para preservar a *unidade política* e manter a *ordem jurídica*, que são os objetivos fundamentais de toda Constituição³.

Subjacente a essa compreensão ampliada e enriquecida da interpretação constitucional –

¹ *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* : contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1997. p.13.

² CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1991. p. 208.

³ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 8-9. Concepto y cualidad de la Constitución.

a que serve de fundamento e legitimação –, existe uma concepção hermenêutica da maior consistência, segundo a qual *Constituição* e *realidade constitucional* se implicam com tamanha intensidade, que a norma jurídica deixa de ser vista como o *pressuposto* para ser encarada como o *resultado* da interpretação, resultado a que se chega no curso de um processo no qual o *programa normativo* e o *âmbito normativo*, em permanente interação dialética, reciprocamente se exigem, esclarecem-se, iluminam-se e revelam-se.

Daí, precisamente, a afirmação de Häberle, na linha de um pensamento de aceitação crescente, a nos dizer que não existe norma jurídica, senão norma jurídica *interpretada*⁴.

Do ponto de vista *procedimental*, para que essa abertura hermenêutica possa gerar frutos *segundo a sua espécie*, faz-se necessário integrar a realidade no processo de interpretação constitucional, o que só se alcançará se forem criados mecanismos idôneos para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social.

É que, embora intérpretes *não-oficiais* da Lei Fundamental, nem por isso os chamados grupos intermediários e o próprio cidadão deixam de ser legítimos *interessados* na sua aplicação. Detentores permanentes da privilegiada condição de sujeitos do processo constituinte e de realizadores e destinatários finais da Constituição, de nada lhes adiantaria ostentar esse *título de nobreza* se lhes fosse vedado participar do processo de tradução da vontade constitucional.

Destarte, se a jurisdição constitucional, de forma natural e continuada, conseguir preservar a sintonia entre o programa normativo e o âmbito normativo, vale dizer, entre a *interpretação constitucional* e a *realidade constitucional* – tarefa que será tanto mais facilitada quanto maior for a sua capacidade para auscultar e compreender os anseios sociais –, as cortes que exercem essa jurisdição *política* estarão legitimando os resultados da sua atividade hermenêutica e, provavelmente, até

⁴ Entre nós, pioneiramente, Miguel Reale teve oportunidade de afirmar que “o direito é norma e situação normada e que “a norma é a sua interpretação”. *Filosofia do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 594; *Teoria tridimensional do Direito* – situação atual. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 98; *Fontes e modelos do Direito* : Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 33.

mesmo preservando a sua própria *existência* no marco do Estado Democrático de Direito.

Afinal de contas, embora situadas fora e acima dos demais Poderes⁵ – enquanto instâncias supremas cuja atividade hermenêutica não sofre qualquer limitação *jurídica* –, essas cortes extraordinárias são, também elas, simples criaturas constitucionais e, nessa condição, não se acham imunes às reações sociais, podendo vir a desaparecer na voragem de qualquer processo constituinte.

Por isso mesmo, sem que precisem andar a reboque das maiorias ocasionais, embora não possam nem devam ignorar a sua existência, se conseguirem preservar aquele *equilíbrio instável* entre norma e realidade constitucional – e à medida que o consigam –, os tribunais constitucionais continuarão a contar com o respaldo da opinião pública para *reescrever* de fato a Constituição⁶, sem que a ninguém ocorra sequer indagar sobre a legitimidade desse *procedimento*.

Nessa visão, quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mais consistentes e mais eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional enquanto *respostas hermenêuticas* – temporalmente adequadas – às *perguntas* da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3. p. 38, 1961.

⁶ A propósito do relevo institucional e do poder criador da jurisdição constitucional, afirmou Francisco Campos, em 2.4.41, na solenidade de abertura dos trabalhos do STF: “Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, *no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular*. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie”. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1942. p. 367; O Poder Judiciário na Constituição de 1937.

À luz dessas premissas, ninguém teria objeções, pelo menos em tese, às propostas de Peter Häberle para a construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, até porque – embora omitida qualquer relação de parentesco – elas se mostram essencialmente idênticas às *incômodas* e sempre *atuais* reflexões de Fernando Lassalle sobre a presença dos *fatores reais de poder* na vida das Constituições⁷.

Ocorre que uma simples leitura do extenso rol dos agentes que Peter Häberle reputa igualmente legitimados a interpretar a Constituição aponta, desde logo, para a necessidade de se *racionalizar* o processo de auscultação daquilo que têm a dizer esses *novos protagonistas* da interpretação constitucional⁸.

Caso contrário, isto é, se nos descuidarmos dessa exigência de racionalização, como o próprio Häberle reconhece – e a crítica tem apontado com frequência –, a exegese constitucional poderá *dissolver-se* num grande

⁷ Em estudo a ser publicado brevemente sob o título *Konrad Hesse/Peter Häberle* : um retorno aos fatores reais de poder, tentaremos demonstrar que, a despeito de sua inegável importância, não são originais as idéias desse jurista sobre a necessidade de se abrir a interpretação da Constituição aos *agentes conformadores da realidade constitucional* ou às *forças produtivas de interpretação*. Na essência, como na forma, achamos que elas são *descendentes hermenêuticas* das reflexões de Lassalle sobre a *essência da Constituição*.

⁸ Além dos *intérpretes oficiais* e à margem dos *procedimentos formalizados* de interpretação constitucional, Peter Häberle considera intérpretes igualmente legítimos da Constituição os agentes conformadores da realidade constitucional, que representam *forças produtivas de interpretação*, a saber: o recorrente e o recorrido, no recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*), enquanto agentes que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal Constitucional a tomar uma posição ou a assumir um *diálogo jurídico* (*Rechtsgespräch*); outros participantes do processo, que têm direito de se manifestar ou de integrar a lide, ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte; pareceristas ou experts; peritos e representantes de interesses; grupos de pressão organizados; a opinião pública democrática e pluralista e o processo político; a imprensa; os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada; as igrejas e as organizações religiosas; as associações de pais; as escolas da comunidade; os meios universitário, científico e artístico; a doutrina constitucional, por si e por sua atuação para tematizar a participação das outras forças produtoras de interpretação etc. Cf. *Hermenêutica Constitucional*, p. 20-22.

número de interpretações e de intérpretes, instaurando-se uma *babel hermenêutica* que, inevitavelmente, comprometerá a unidade e a força normativo-agregadora da Constituição.

Nessa linha de pensamento, não constituiria exagero dizermos que, levada a extremos, essa *dissolução hermenêutica* daria ensejo a conflitos entre a Carta Política e uma realidade *inconstitucional*, hipótese em que, via de regra, os *fatores reais de poder* acabam prevalecendo sobre o texto da *Constituição folha de papel*, que se torna perempta e, por isso, deve ser substituída por uma normatividade *circunstancialmente* adequada.

Conhecedor dessa realidade e sinceramente empenhado em modernizar a ordem jurídica do País – nesse propósito compreendida, obviamente, a *abertura racional* da nossa jurisdição constitucional –, o Ministro da Justiça constituiu uma grande comissão de juristas⁹, aos quais atribuiu a incumbência de formular estudos para a reforma das leis que dispõem sobre ação popular, ação civil pública, mandado de segurança e representação interventiva, assim como para elaborar projetos de lei sobre o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Como resultado inicial dos trabalhos dessa comissão, foi apresentado anteprojeto de lei, cuja versão inicial esteve a cargo do renomado constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes, para regular o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Embora inspirada por aquele propósito modernizador, em cujo âmbito, insista-se, está inserida a necessidade de se promover, racionalmente, a *abertura hermenêutica* do modelo brasileiro de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, a proposta legislativa, nos termos em que foi enviada ao Congresso Nacional – *Projeto de Lei n° 2.960, de 1997, do Poder Executivo* – acabou ficando aquém das expectativas, precisamente no que se refere ao *tamanho* da pretendida abertura.

⁹ Sob a presidência do professor Caio Tácito, integram essa Comissão os juristas Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Jamyr Dall’Agnol, Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas e Ruy Rosado de Aguiar Junior.

É que, atentos ao peso da *tradição*¹⁰ e certamente contingenciados pela necessidade de obter o *nilhil obstat* do STF, os redatores finais do projeto, mesmo tendo facilitado a consulta aos diferentes segmentos sociais interessados nas *respostas* da jurisdição constitucional, viram-se obrigados a limitar essa tomada de opiniões e, por via de consequência, também as *perguntas* destinadas a esclarecer o *sentido* da Constituição.

Com efeito, em clara oposição às idéias de *publicização* do processo de controle da constitucionalidade das leis – Peter Häberle, como vimos, preconiza uma visão *republicana* e *democrática* de interpretação constitucional –, o projeto preferiu prestigiar jurisprudência *regressiva* incorporada a norma simplesmente regimental do STF para, sem razão aparente, vedar a *intervenção de terceiros* na ação direta de inconstitucionalidade, assim como na ação declaratória de constitucionalidade, muito embora tal restrição não decorra da lei ou, mesmo indiretamente, do texto da Constituição.

Ao contrário, à luz da história da *ação direta* no direito brasileiro, parece que o certo seria liberalizar-se a sua propositura, pelo menos a partir da Carta de 1988, que rompeu com a tradição de se concentrar numa só pessoa – o Procurador-Geral da República – a prerrogativa de promover essa demanda constitucional perante o STF.

Pois bem, a despeito dessa opção conservadora e *não republicana* da interpretação constitucional, a proposta contém várias *aberturas hermenêuticas* – umas bem significativas, outras nem tanto – destinadas, todas, a conferir *um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade*.

Entre as aberturas, digamos, *menores*, o projeto permite que os autores constitucionalmente legitimados a instaurar esse tipo de processo (CF – artigo 103 *caput*, e § 4º) possam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação, pedir a juntada de documentos que se considerem úteis para o exame da matéria, assim como apresentar memoriais.

¹⁰ A respeito da *tradição*, como categoria hermenêutica, cumpre ter presente a advertência de Gadamer no sentido de que, embora deva olhar para o passado, o intérprete não pode ignorar-se a si mesmo, nem desprezar a concreta situação histórica em que se encontra. Cf. *Verdad y método*. Salamanca : Sígueme, 1993. v. 1, p. 396-401.

Tendo em conta que esses autores, a rigor, não podem ser considerados *terceiros interessados* – até porque, *por direito próprio*, têm legitimidade para propor diretamente a mesma ação ao invés de intervir em demanda constitucional *alheia* –, é que nós consideramos *sem maior expressão* essa porta de acesso à relação processual constitucional. Pelo menos enquanto instrumento democratizador da *leitura* da Constituição.

Contra esse nosso entendimento, sustenta Gilmar Ferreira Mendes – com quem discutimos este e outros pontos do Projeto de Lei nº 2.960/97 – que essa abertura é muito mais significativa do que imaginamos e que a sua real dimensão somente será avaliada corretamente se tivermos presente o fato de que, sem a permissão criada pela citada proposta legislativa, os *demais* agentes indicados no art. 103 da Constituição não teriam *direito próprio* para intentar aquelas demandas constitucionais.

É que – prossegue o consagrado constitucionalista – sendo-lhes originariamente *alheias*, essas ações não poderiam ser propostas por autores *outros*, os quais, precisamente em razão dessa *estranheza*, não preencheriam o requisito da *relação de pertinência* que a Excelsa Corte, a despeito do caráter *impessoal* e *objetivo* desse tipo de demanda, tem exigido para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade¹¹.

Mesmo assim, nada nos garante que o STF, apesar ou por causa dessa abertura, não venha formular essa mesma exigência para que, nas ações diretas intentadas por terceiros, aqueles *outros* autores possam *manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, bem como apresentar memoriais*. Afinal de contas, dado o caráter relativamente aberto e indeterminado do conceito de *relação de pertinência*, parece não

¹¹ A propósito dessa exigência *criada* pelo STF, vale registrar a opinião do próprio Gilmar Ferreira Mendes: “Cuida-se de inequívoca *restrição* ao direito ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de de uma condição da ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que *não decorre dos expressos termos da Constituição* e parece ser estranha à natureza do processo de controle de normas”. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 142.

haver limites ao juízo de admissibilidade das cortes constitucionais.

Nossa experiência, no particular, não enseja muito otimismo, até porque continua válida a lição de Rui Barbosa, ministrada nos primórdios da República, de que o Supremo Tribunal Federal – como, de resto, todas as cortes constitucionais¹² – *é o único juiz da sua própria autoridade*.

Bem mais significativa do que a mencionada *fenda hermenêutica*, embora vocacionada para produzir resultados apenas por via indireta, afigura-se a faculdade conferida ao relator para, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar peritos para emitirem parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Nessa mesma linha, embora com um grau de importância bem mais elevado, é de se considerar a permissão, igualmente concedida ao relator, para solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada.

Imaginando-se a riqueza das informações que essas instâncias de decisão poderão transmitir ao Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da norma questionada – não nos esqueçamos de que *interpretar é sempre também aplicar*¹³ –, devemos esperar que a nossa Corte Suprema, explorando todas as virtualidades dessas aberturas procedimentais, venha a ampliar consideravelmente o seu *horizonte de compreensão* e, por via de consequência, a decidir melhor as demandas constitucionais.

Noutras palavras, se tirar todo o proveito do quanto lhe poderão proporcionar esses privilegiados sensores sociais, o STF enriquecerá a interpretação constitucional pela reintegração entre *fato* e *norma*, entre domínio normativo e programa normativo, entre realidade constitucional e texto constitucional, reintegração que se faz tanto mais necessária quanto sabemos que esses elementos se implicam e se exigem reciprocamente, como condição de possibilidade da *compreensão*, da *interpretação* e da *aplicação* de qualquer modelo jurídico.

¹² Vide Notas 5 e 6.

¹³ *Gadamer*, op. cit., p. 380.

De resto – como lembraram, com toda a pertinência, os próprios autores dessa proposta legislativa – a controvérsia constitucional não configura uma simples *questão jurídica* de aferição da legitimidade da lei em face da Constituição. Muito mais complexa do que uma *asséptica* comparação *lei com lei*, a questão constitucional, até mesmo pelas conseqüências do seu desfecho, exige um acurado cotejo entre a *norma* e a *situação normatizada*, porque sem o exame dos *fatos* nada nos dizem as *formalizações jurídicas*¹⁴.

Noutros termos, porque o *programa normativo* e o *domínio normativo* se implicam e se exigem reciprocamente, com intensidade tamanha que *um só é o que é enquanto o é para o outro* – tal como se vinculam *sujeito* e *objeto* na relação do conhecimento –, a correlação *fato-norma* é da própria essência do direito, que só é o que é enquanto se manifesta como ordenação *jurídica* da vida *social*.

Igualmente significativa se mostra a possibilidade de que – atento à relevância da matéria e à representatividade dos postulantes –, o relator possa autorizar que qualquer outro órgão ou entidade se manifeste no processo na condição de *amicus curiae*¹⁵ e, por essa forma, venha a contribuir para que o Tribunal decida as questões constitucionais *com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões*.

¹⁴ A propósito, observa Karl Larenz, na linha do pensamento de Martin Kriele, que não se pode interpretar nenhum texto jurídico senão confrontando-o com problemas jurídicos *concretos*, reais ou imaginários, isto é, com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, porque somente na sua aplicação aos casos e na concretização, que assim necessariamente se processa, é que se revela, completamente, o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre a a sua função de regular situações concretas. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa : Gulbenkian, 1978. p. 396.

¹⁵ Conforme o *Law Dictionary*, de Steven H. Gifis, Woodbury : Barron's Educational Series, 1975. p. 11-12, *Amicus Curiae* é o amigo da corte, aquele que lhe presta informações sobre matéria de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção da corte para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe à atenção. Um memorial de *amicus curiae* é a peça produzida por quem *não* é parte numa ação, com vistas a auxiliar a corte, com informações necessárias, para que ela possa tomar uma decisão correta ou com vistas a advogar um determinado resultado em nome de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pela solução da disputa.

Muito embora o projeto faça do *relator* o juiz exclusivo da conveniência e da oportunidade dessas manifestações, só o fato de ensejá-las já representa significativo avanço, sobretudo num contexto de restrições crescentes e sistemáticas, em que sempre se proclamou o caráter reconhecidamente *objetivo* do processo de controle de constitucionalidade em *abstrato* para estreitar os limites das controvérsias constitucionais e, por essa forma, descartar tudo quanto, *subjetivamente*, pudesse dificultar a leitura oficial da Constituição.

A propósito, registre-se que mesmo depois de ampliado o número dos autores legitimados a instaurar o contencioso de constitucionalidade na via da *ação direta* – ou até mesmo por causa dessa ampliação –, embora sem apoio visível na Constituição, ou sequer em norma legal, o Supremo Tribunal Federal continuou restringindo o acesso da cidadania a esse modo expedito de provocar a jurisdição constitucional¹⁶.

Admitida, pela forma indicada, a presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da *questão constitucional*, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa *objetivamente* a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque ao *esclarecer* o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam *reescrevendo* as constituições.

Nessa perspectiva, se é verdade que os autores ingleses consideram os *statutes* do seu Parlamento como *erratas* e *adendas* do *common law*, não seria exagerado dizermos que, à luz da experiência da jurisdição constitucional, os julgados das cortes que a exercem têm funcionado como *correções* e *acréscimos* no texto das Constituições.

Finalmente, o avanço mais significativo, consubstanciado no artigo 27 do projeto:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social*, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos dessa declaração ou

decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Com essa fórmula, inspirada imediatamente na Constituição Portuguesa de 1976, mas historicamente amadurecida na experiência da nossa jurisdição constitucional, tem-se em mira atenuar as conseqüências das declarações de inconstitucionalidade, em ordem a impedir que, por amor aos *princípios*, os juízes acabem contrariando a *natureza das coisas*, desnecessariamente aliás, porque a *Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo*, como bem salientaram os autores do projeto.

Conscientes da *gravidade* e do *risco* de se atribuir semelhante prerrogativa a um tribunal – mesmo que essa corte seja o Supremo Tribunal Federal –, gravidade e risco que se potencializam pelo caráter aberto e indeterminado dos conceitos de *segurança jurídica* e de *excepcional interesse social*, cuidaram os idealizadores da proposta de justificá-la à exaustão, certamente atentos à advertência de que o abandono dos precedentes exige não apenas a *explicação ordinária* das razões de fato e de direito que fundamentaram essa mudança de posição, como também uma *justificação adicional* dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior¹⁷.

Final de contas, sempre se entendeu que uma lei declarada inconstitucional *não é lei de forma alguma* e, por isso, há de ser tida como *nula e de nenhum efeito*... Então, por que mudar? Por que abandonar esse velho e confortável entendimento, que tem a seu favor argumentos lógicos da maior consistência? Por que, enfim, preservar situações que se criaram ao abrigo de normas sabidamente inconstitucionais?

Simplesmente porque assim o exige a *natureza das coisas* e porque *a vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência*...

Pela radical mudança de perspectiva consubstanciada nessa ousada proposta, é de se considerar que aí se encontra a maior e a mais importante abertura em nosso processo de controle abstrato de constitucionalidade, porque dará ensejo a que o Supremo Tribunal

¹⁶ Sobre a jurisprudência de *não-conhecimento* das ações diretas de inconstitucionalidade de iniciativa das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX), na mesma linha do comentário registrado anteriormente (Nota 11), merece registro a *avaliação crítica* de Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 138-145.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, : Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 265; AULIS, Aarnio. *Lo racional como razonable*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 260; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid : Tecnos, 1993. p. 39-40.

Federal – alertado sobre todas conseqüências das suas decisões – venha a adotar, sem contorcionismos, uma realística *jurisprudência de resultados*, assumidamente inspirada nos valores da *segurança jurídica* e do *interesse social*, que são congênitos à idéia de direito.

Concluindo, muito embora não tenhamos ido tão longe quanto desejávamos, o Projeto de

Lei nº 2.960/97 já representa um significativo avanço para a *publicização* e a *democratização* do modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Convertido em lei, depois de aperfeiçoado pelo Congresso Nacional, não temos dúvida de que abrirá caminho para a construção da nossa *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*.