

## INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como objetivo o estudo reflexivo, de caráter essencialmente didático e objetivo, sobre a interpretação das normas constitucionais em face da sociedade aberta e pluralista dos tempos atuais, tendo-se por base a obra do ilustríssimo jurista alemão Peter Häberle – “Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição”.

Observa-se que o modelo de interpretação adotado por Peter Häberle, repetidamente acompanhado de processos institucionalmente estruturados, organismos e procedimentos voltados à implementação prática dos institutos doutrinariamente criados pelo ilustre pensador, é capaz de transparecer os fundamentos com que suas concepções contribuem para o desenvolvimento do Estado Constitucional Moderno, estando presente, inclusive e singularmente, nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Como ilustra HÄBERLE<sup>1</sup>,

“Uma teoria constitucional se concebe como ciência da experiência e deve estar com condições de, decisivamente, explicar 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.”

À título de exemplo, entende-se que o ato de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem como consequência natural a nulidade dessa lei e sua exclusão do mundo jurídico. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro, com o respaldo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, abriu-se à possibilidade de diferentes técnicas de decisão, entre elas a modulação temporal dos efeitos da declaração de nulidade da norma constitucional, por razões de relevante interesse social e segurança jurídica<sup>2</sup> e a existência da figura do *amicus curiae*<sup>3</sup> como interventor em debates de relevância constitucional, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. Observando-se tais perspectivas de decisão e adotando-se diferentes técnicas de interpretação das normas constitucionais, é pertinente apontar como o sentido e o alcance das normas são influenciadas com a abertura interpretativa proposta por Peter Häberle.

Devido à essa problemática constitucional e de abertura da prática interpretativa, alguns questionamentos são fundamentais a serem realizados, a saberem: Como a aplicabilidade da Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição influencia na tomada de decisão estatal? Como definir o sentido e o alcance das normas quanto à aplicabilidade da teoria desenvolvida por Peter Häberle? Qual o legado da Hermenêutica Häberliana no Direito Constitucional Brasileiro nos dias atuais quanto à prática interpretativa das normas constitucionais?

Este artigo busca, portanto, trazer de modo geral considerações e apontamentos acerca da temática da aplicação da Teoria da Interpretação das Normas Constitucionais, de Peter Häberle, analisando as implicações existentes dessa aplicabilidade nos âmbitos jurídico e social, a fim de participar os diversos indivíduos que compõem o Estado Brasileiro nos desafios, nas necessidades e nos objetivos existentes na Sociedade Civil e nos organismos que integram a estrutura da máquina pública, a fim de integrarem a tomada de decisões, atentando-se às circunstâncias sociais, políticas e econômicas no momento e, sobretudo, garantindo a segurança jurídica necessária aos fins que as normas se propõem.

Observando-se a importância das pesquisas relacionadas à aplicabilidade da Teoria da Interpretação das Normas Constitucionais e as implicações desta teoria no contexto jurídico-constitucional brasileiro no que tange a seara hermenêutica constitucional, tal constatação permitiu a realização desta pesquisa, a fim de contribuir com a análise teórica da influência desta teoria no âmbito da prática jurisdicional brasileira, tendo-se em vista a adoção de um modelo procedimental que oferece inúmeras alternativas e condições aos seus aplicadores, em que a interferência de uma pluralidade de sujeitos e suas variadas realidades é cada vez mais notória e determinante no processo constitucional.

Dessa maneira, as noções apresentadas por este artigo conduzem o referencial metodológico empregado para a coleta e a análise bibliográfica<sup>4</sup> e documental<sup>5</sup> de doutrinas e produções acadêmicas que, para fins explicativos, analisam a significativa interferência da aplicação da Teoria da Interpretação das Normas Constitucionais e as implicações nas decisões do Supremo Tribunal Federal, cuja abordagem enfatiza a interpretação dinâmica e contextual da Constituição, levando em consideração não apenas o texto normativo, mas também os princípios e valores subjacentes. Aponta-se, contudo, o não esgotamento do campo teórico existente neste artigo.

## **1 TEORIA DA INTERPRETAÇÃO PARA PETER HÄBERLE**

A Teoria de Interpretação das Normas Constitucionais à época da concepção e lançamento do livro “Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição”<sup>6</sup>, era considerada reducionista por Peter Häberle, uma vez que característico de uma Sociedade Fechada, a interpretação da norma constitucional se concentrava precipuamente no Poder Judiciário e nas partes formais do processo, excluindo os demais setores da sociedade que a vivenciavam.

Diante desta perspectiva histórica, Peter Häberle passa a desenvolver sua tese alicerçada na noção de que a interpretação das normas constitucionais deve abranger todos aqueles que estão potencialmente vinculados a estas normas e que estão, de alguma forma, aptos a aplicar a sua interpretação – “Teoria da Constituição Aberta”. Os reais intérpretes e aplicadores da norma são todos os que de certa forma participam do processo de formação do teor da norma, integrantes e conhecedores da realidade jurídico-social. Este novo paradigma considera maiormente os personagens da interpretação: numa “sociedade aberta”, eminentemente pluralista, como a atual, esta interpretação caberia não mais apenas exclusivamente ao Poder Judiciário e às partes envolvidas na questão em tese, mas também, aos cidadãos, aos grupos e às entidades em geral, sejam elas governamentais ou não.

Numa sociedade pluralista são muitos os intérpretes, gerando um processo de interpretação difuso, questionando-se, portanto, a necessidade de interpretação não só sob o prisma legalista, mas também sob o prisma das ciências sociais e econômicas. Em razão da funcionalidade desta interpretação, é necessário olhar para a “realidade constitucional” vivenciada por estes múltiplos agentes intérpretes, sendo facilmente observável que quanto mais pluralista a sociedade, mais abertos os critérios de interpretação.

A interpretação constitucional, segundo o Peter Häberle, deve ser feita pela sociedade e para a sociedade; entendendo que “a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta, (...) sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da

sociedade aberta e um elemento formador dessa sociedade”<sup>7</sup>. Entende-se, portanto, que a ampliação do círculo de intérpretes constituiria, assim, apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação com a realidade de fato.

Destarte, a nova Teoria de Interpretação proposta por Pete Häberle deve ser garantida sob a “influência da teoria democrática”: aquele a quem se destina a norma constitucional deve ser participante do processo de interpretação, pois não cabe aos intérpretes jurídicos, o “monopólio da interpretação da Constituição”<sup>8</sup>, haja vista que não são os únicos por ela tocados, são também legitimados para tal ação, mesmo que de forma indireta, todos aqueles que a vivem, pois a atualização da Constituição feita pela ação de um indivíduo constitui, pelo menos, uma interpretação constitucional antecipada.

Na medida de uma sociedade pluralista, há uma infinidade de possíveis intérpretes para as normas constitucionais e, assim, a análise daqueles que participam do processo de interpretação, deve ser feita sob uma perspectiva sócio-constitucional, determinando não somente os intérpretes em si, mas também estes dentro do contexto social, histórico e político de sua vivência, averiguando-se, as possibilidades e as necessidades existentes.

Seguindo o raciocínio desenvolvido por Häberle quanto à abertura dos intérpretes da norma constitucional, cabe a crítica de que a interpretação aberta poderia acabar colocando em risco o caráter unificador da Constituição: “Uma teoria constitucional que tem por escopo a produção de uma unidade política e que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição está obrigada a submeter-se a esta crítica”<sup>9</sup> Ocorre, porém, que a teoria do professor alemão se alicerça sobre a legitimação da sociedade aberta na interpretação da Constituição, o que se dá sob três prismas: (i) Teorias do Direito, da Norma e da Interpretação; (ii) Teoria da Constituição; e, (iii) Teoria da Democracia.

Quanto à legitimação para a interpretação, sob o ponto de vista das Teorias do Direito, da norma e da própria interpretação, há que se considerar que

“(...) a interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação judicial se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional.”<sup>10</sup>

Quanto à legitimação em relação à Teoria da Constituição, está se refere ao fato de a Constituição, modernamente, ser considerada a lei fundamental do Estado, organizando suas funções, suas atribuições, suas metas, bem como definindo seus limites; e, também, a lei fundamental da sociedade, através da definição dos direitos e garantias fundamentais, dos meios de participação popular. Conclui-se que não só o Estado e seus órgãos estatais compõem o corpo interpretativo da norma. E que, a sociedade, portanto, não se constitui em um elemento alheio à Constituição, mas como parte integrante desta, traduzindo a sociedade aberta, pluralista e legítima para completá-la, como verdadeiro sujeito constitucional.

“Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.”<sup>11</sup>

Em se tratando das reflexões sobre a Teoria da Democracia como legitimação, a democracia é vista pelo referido autor a partir da realização dos direitos fundamentais, e não no sentido *rousseauiano* de soberania popular. A verdadeira democracia é aquela em que participam todos os cidadãos, sendo mais ampla, por conseguinte, do que a formulada pelo referido teórico francês: “os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes.”<sup>12</sup>

Há que se falar sobre a relativização da interpretação jurídica e o novo entendimento de suas tarefas, em que Peter Häberle reconhece o caráter complexo e plural da interpretação constitucional, e considera uma relativização da interpretação constitucional jurídica. Assim sendo, aquele que detém a função jurisdicional de decidir sobre a matéria constitucional, não interpreta a norma de forma isolada, há os demais participantes no processo. Conforme se amplia o número daqueles que tomam parte na interpretação constitucional, se relativiza o conceito de participante do processo constitucional.

Ocorre, porém, que “a forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada”<sup>13</sup> sendo os métodos e princípios de interpretação essenciais para disciplinar e canalizar a influência dos diferentes intérpretes constitucionais. Quanto mais plural, intensa e efetiva a participação, maior a necessidade de se disciplinar tal manifestação, cabendo à Corte Constitucional controlar a participação dos diferentes intérpretes da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, os interesses daqueles que não participam do processo.

O desenvolvimento de novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes, torna o direito processual constitucional também uma forma de participação democrática. Assim, segundo Peter Häberle, a interpretação constitucional exercitada pelo judiciário pode alargar-se, sem, no entanto, necessariamente mimetizar a interpretação do legislador; e se flexibilizar visando a “questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos)”.<sup>14</sup>

A otimização da norma constitucional *per se* e a aprimorada interpretação do direito constitucional processual são “as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia.”

<sup>15</sup> Seria, assim, o Direito Constitucional um direito de conflito e compromisso e a interpretação das normas constitucionais condicionada a cada intérprete, ao procedimento adotado, sua função e suas qualificações. O caráter difuso da interpretação das normas constitucionais poderia, então, não se apresentar como aspecto distenso de uma teoria constitucional voltada ao consenso e unidade política como fim do processo constitucional e do próprio processo político.

A contrassenso, também seria este caráter simplesmente harmonioso, visto que o consenso entre os intérpretes seria fruto de “conflitos e compromissos” entre personagens que defendem seus interesses e opiniões.<sup>16</sup> Para a teoria constitucional häberliana, é

essencial a questão da vinculação normativa de diferentes forças políticas, da possibilidade de “apresentar-lhes “bons” métodos de interpretação.”<sup>17</sup> Caberia também, nesse caso, o questionamento acerca da magnitude do círculo de interlocutores da doutrina constitucional, uma vez que isto poderia acarretar consequências do processo constitucional como um todo. Para Häberle, a supremacia da competência judiciária para a interpretação constitucional deve ser superada, possibilitando, inclusive que a doutrina constitucional seja “interlocutora do legislador.”<sup>18</sup>

Entretanto, em que medida “outros participantes, singular ou coletivamente considerados ou em grupos, devem ser normativamente constitucionalizados”<sup>19</sup>? Para Häberle, constitucionalizar processos e formas de participação deve ser “uma tarefa específica de uma teoria constitucional (procedimental)”<sup>20</sup> onde conteúdos e métodos devem ser aplicados de forma limitada, uma vez que o processo político deve, em seu cerne, ser e permanecer o mais aberto possível, possibilitando interpretações diversas formadoras da teoria constitucional democrática.

## **2A TEORIA HÄBERLIANA E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Apenas brevemente correlacionando a dissertação de Peter Häberle com a atual hermenêutica constitucional pátria, notam-se decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em muito inspiradas pela contribuição do autor alemão. O Supremo Tribunal Federal tem aperfeiçoado os mecanismos de abertura do processo constitucional a uma cada vez maior pluralidade de sujeitos, sendo exemplo disto, o *amicus curiae*<sup>21</sup> e as audiências públicas.

Este modelo “pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros interessados.”<sup>22</sup> Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “a Corte já reconheceu, inclusive, o direito desses órgãos ou entidades de fazer sustentação oral nos julgamentos (ADI-QO 2.777<sup>23</sup>, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 26.11.2003; art. 131, § 3º, do Regimento Interno do STF), o que antes ficava restrito ao advogado da parte requerente, ao Advogado-Geral da União e ao Ministério Público.”<sup>24</sup>

A mesma lei nº 9.698/99 permite que o Supremo Tribunal Federal requirite informações adicionais, designe peritos ou comissão de peritos, caso haja necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, assim como, realize audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Tais formas procedimentais abertas constituem um excelente instrumento de informação para a Corte Constitucional, possibilitando a integração da realidade dos diversos intérpretes no processo de interpretação, destituindo a configuração do monopólio da interpretação constitucional antes configurada.

Outra evidente contribuição de Häberle para o Direito Constitucional brasileiro reside na tese de que “a interpretação da Constituição, portanto, não deve ser realizada segundo a lógica do “um ou outro” (*Entweder-oder*), mas de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades”, não somente as alternativas em relação à realidade para a interpretação, mas também as alternativas em relação às próprias alternativas.<sup>25</sup>

Na jurisprudência de nossa Corte Suprema, é possível encontrar exemplos da adequação do “pensamento do possível”, em análise de eventual omissão ou lacuna constitucional nas demandas a esta Corte apresentadas. Diversos julgados do STF permitem a interpretação constitucional aberta a novas alternativas e incentivam o processo de adaptação do texto constitucional à evolução social, marca de uma sociedade aberta e pluralista que caminha em direção à discussão sobre a relação entre tempo e Constituição. Assim, Peter Häberle defende que

“O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.”<sup>26</sup>

No que concerne aos direitos fundamentais, não é raro que mudanças relacionadas às evoluções político-econômico-sociais sejam verificadas, sendo, portanto, recepcionadas no quadro de uma nova ordem constitucional. Na prática do Supremo Tribunal Federal, as mudanças têm produzido efeito substancial em entendimentos jurisprudenciais anteriormente consolidados. “Em hipóteses típicas de mutação constitucional ou de evolução na interpretação, em que se altera jurisprudência consolidada, a Corte tem adotado a técnica da modulação dos efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica.”<sup>27</sup>

Para que a Constituição se torne verdadeiramente eficaz, se faz necessário que ela se mantenha viva no seio social, considerando essencialmente o sentido e o alcance das normas interpretadas. Isto será possível mediante a incorporação da realidade ao processo hermenêutico, sendo os integrantes da sociedade verdadeiros intérpretes autônomos, concretizando não apenas o princípio democrático de participação popular, mas também um desdobramento da abertura material da Constituição.

Paulo Bonavides<sup>28</sup> apresenta uma série de dificuldades quanto à aplicação da teoria desenvolvida por Peter Häberle,

“(...) o método concretista da “Constituição aberta” demanda para uma eficaz aplicação a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores sem dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais das nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista. Até mesmo para a constituição dos países desenvolvidos sua serventia se torna relativa e questionável, com um potencial de risco manifesto. Debilitando o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, a adoção sem freios daquele método – instalada uma crise que não se lograsse conjurar satisfatoriamente – acabaria por dissolver a Constituição e sacrificar a instabilidade das instituições. Ademais, o surto de preponderância concedido a elementos fáticos e ideológicos de natureza irreprimível é capaz de exacerbar na

sociedade, em proporções imprevisíveis, o antagonismo de classes, a competição dos interesses e a repressão das idéias.”

Como ilustração da aplicabilidade da modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade, a ser exposta no capítulo a seguir, importa considerar a efetividade da implicação do reconhecimento de que o direito deve considerar não apenas o texto legal, mas também os efeitos temporais e suas implicações na vida dos indivíduos e na sociedade como um todo. Assim, a modulação dos efeitos temporais se torna essencial para garantir que a justiça seja alcançada de maneira efetiva e contemporânea.

### **3 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Desde a instituição de regras sobre o processo e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com a promulgação das Leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas de 1999, os efeitos temporais de eventual decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo são discutidos diante da realidade posta.

Apesar de até então o ordenamento jurídico brasileiro adotar a teoria da nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional, as referidas leis acabaram por introduzir instrumento que relativiza a retroatividade natural da declaração de nulidade: a possibilidade de modulação<sup>29</sup> temporal dos efeitos da declaração de invalidade da norma inconstitucional ou a não retroatividade dessa declaração.

Cabe observar que não se trata da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por exaurimento dos efeitos da própria norma objeto do controle de constitucionalidade, mas sim da manutenção por determinado período de tempo dos efeitos de norma declarada inconstitucional sobre situações jurídicas abertas, porém insuscetíveis de alteração em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social: o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais (que implica a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*), *versus* o princípio da segurança jurídica e do excepcional interesse social (que exige a manutenção por certo tempo da norma inconstitucional).

Como exemplo recente, têm-se os Segundos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357<sup>30</sup> do Distrito Federal, sobre o regime de juros moratórios em relações jurídicas não tributárias. No voto do Ministro Luiz Fux, quanto da apreciação da terceira omissão alegada pelo embargante, há direta e extensa referência à modulação de efeitos apresentada como questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425<sup>31</sup> e a Emenda Constitucional nº 62/2009<sup>32</sup>:

“QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento

voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029. 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. (...) (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08- 2015 PUBLIC 04-08-2015 – sem grifos no original).

Contudo, Humberto Ávila<sup>33</sup> acrescenta um ponto que deve ser levado em consideração na prática de modulação dos efeitos:

“O caso objeto de modulação eficaz deve ser realmente excepcional. Essa excepcionalidade deve estar vinculada à dificuldade de repetitividade no caso no futuro. Toda manutenção de efeitos passados de leis inconstitucionais envolve um "contrassentido": como a norma constitucional, que deveria ter sido respeitada, foi violada, mas os efeitos da violação não foram desencadeados, a transgressão constitucional é, ainda que indiretamente, incentivada, pela ausência de consequências decorrentes da violação. Sendo assim - e utilizando uma linguagem mais afeita ao tema da segurança jurídica -, toda manutenção de efeitos de leis inconstitucionais envolve um conflito interno entre as dimensões temporais da própria segurança jurídica: mantém-se a segurança jurídica no passado, pela preservação da intangibilidade dos atos praticados ou dos efeitos produzidos, mas, ao mesmo tempo, restringe-se a segurança no futuro, pelo incentivo à prática de novo ato inconstitucional.”

Observa-se, portanto, em que pese a segurança jurídica seja o vetor para se efetuar a modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, ela também o será para negar a sua efetivação, quando se leva em consideração a justa expectativa dos indivíduos de ver a correta sanção aplicada às leis editadas em desconformidade com a Constituição: declaração de nulidade com efeitos retroativos. É essa ponderação que deve ser feita pelo Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição República Federativa do Brasil.

## **CONCLUSÃO**

Para Peter Häberle, conforme exposto no decorrer deste artigo, a norma jurídica só existe se interpretada. Assim, interpretar é integrar a norma no tempo, na realidade pública, através de fatores temporais que servem para uma compreensão “supervenientemente” de uma dada norma, a chamada pós-compreensão, que nada mais é do que a pré-compreensão do futuro. Deve-se buscar, portanto, alcançar o real sentido e alcance da norma, aplicando o texto normativo, essencialmente material, ao contexto de cada intérprete. Destarte, a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento histórico onde a norma, confrontada com novas experiências, transforma-se necessariamente em uma outra norma.



O tempo deve ser considerado para a hermenêutica constitucional como a “dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias.”<sup>34</sup> O reconhecimento de inconstitucionalidade de norma anteriormente considerada constitucional pode significar, em alguns casos, admitir que a inconstitucionalidade sempre existirá, porém não havia sido verificada. Como bem coloca o Ministro Gilmar Mendes <sup>35</sup>,

“não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.”

Diante da crescente demanda de ações relativas a temas de alta relevância política e social, somada à cada vez mais ativa postura que o Supremo Tribunal Federal vem adotando, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade vem sendo instrumento de conformação e ajuste do princípio da soberania da Constituição e da democracia aos valores juridicamente relevantes da segurança jurídica e excepcional interesse social, os quais adquirem contornos próprios em cada caso concreto, posicionamento este advindo da sistemática da abertura da atividade interpretativa proposta por Peter Häberle. Nesta atividade, conhecida como Teoria da Constituição Aberta”, as normas constitucionais não devem ser entendidas de maneira rígida ou estática. Em vez disso, ao defender que a Constituição é um documento vivo, esta deve ser interpretada de forma dinâmica, levando em conta os contextos sociais, políticos e históricos em que seus intérpretes se inserem – ou seja, todos que de certa forma, contribuem para a interpretação e aplicação da norma constitucional.

Argumenta, assim, que a Constituição deve ser vista como um "conjunto de normas abertas", que permite múltiplas interpretações e adaptações. Isso se dá porque as sociedades mudam ao longo do tempo, e a interpretação das normas deve acompanhar essas transformações, promovendo um diálogo entre o texto constitucional e as realidades sociais – interpretação contextual, garantindo a efetividade do princípio da segurança jurídica e a flexibilidade na aplicação do Direito de acordo com situação a ser aplicada. Como exemplos práticos, estão as recentes decisões sobre Direitos Fundamentais, em que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado a modulação dos efeitos para equilibrar a proteção desses direitos com as realidades práticas da aplicação da decisão e a adoção da modulação dos efeitos da decisão para assegurar um período de transição para a adaptação à nova interpretação.

Assim sendo, cabe à atuação do Poder Judiciário contribuir para fortalecer a legitimidade do sistema democrático, permitindo a renovação do processo político à revisitação de temas antes consolidados, muitas vezes, movimento preliminar à inauguração de reformas sociais, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a enorme responsabilidade de nortear e direcionar a hermenêutica constitucional que será, via de regra, o alicerce das decisões que trilharam os caminhos das necessárias mudanças. A participação social no contexto interpretativo passa a ser fundamental nesse processo de abertura hermenêutica, tendo-se em vista as múltiplas realidades existentes e os contextos a serem analisados.

---

1 HÄBERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

2 Art. 27 da Lei nº 9.868/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e 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 daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado." BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm) Acesso em: 15 set. 2024.

3 Art. 7º, §2º da Lei nº 9.868/1999: "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades." BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm) Acesso em: 15 set. 2024.

4 Em seu estudo, o papel do pesquisador é de "analisar e esgotar as considerações de ordem jurídica concernentes à problemática, a nível da legislação nacional." MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M.. Metodologia Científica. – 3. ed.– São Paulo: Atlas, 2000, p. 266.

5 HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. Metodologia científica na pesquisa jurídica. – 9. ed., rev. e reform. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 106-108.

6 HÄBERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

7 Ibid., p. 13.

8 Ibid., p. 14 e 15.

9 Ibid., p. 29.

10 Ibid., p. 30.

11 Ibid., p. 33.

12 Ibid., p. 35.

13 Ibid., p. 43.

14 Ibid., p. 48.

15 Ibid., p. 49.

16 Ibid., p. 51.

17 Ibid., p. 53.

18 Ibid., p. 53.

20 Ibid., p. 54.

21 Ibid., p. 54.

22 Por amicus curiae se entende aqueles que se manifestam sobre a questão constitucional em debate, conforme o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que permite que haja por parte de órgãos ou entidades, intervenção no processo.

23 "Art. 138, Código de Processo Civil/2015. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de

declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae. § 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Artigo 138. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em: 15 set. 2024.

24 MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564. pg. 4.

25 ADI 2777 / SP - SÃO PAULO, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Redator(a) do acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 19/10/2016; Publicação: 30/06/2017

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur370240/false> Acesso em: 15 set. 2024

26 Op. cit. pg. 7.

27 Op. cit. pg. 9.

28 Häberle, Peter. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS, 1980, p. 3.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564. pg. 19.

30 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 472.

31 Art. 27 da Lei nº 9.868/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e 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 daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm) Acesso em: 15 set. 2024.

32 ADI 4357 QO-ED-segundos / DF - DISTRITO FEDERAL

SEGUNDOS EMB.DECL. NA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 09/12/2015

Publicação: 06/08/2018

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3813700> Acesso em: 15 set. 2024.

33 ADI 4425 QO / DF - DISTRITO FEDERAL

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 25/03/2015

Publicação: 04/08/2015

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur313771/false> Acesso em: 15 set. 2024.

34 BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2009. Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm) Acesso em: 15 set. 2024.

Em resumo, “a Emenda Constitucional nº 62/2009 estabeleceu que a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, teria como parâmetro, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, a incidência de juros simples no mesmo percentual de juros da caderneta de poupança, contudo, tal regramento foi objeto de arguição de inconstitucionalidade por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.357 e 4.425, destacando-se, neste diapasão, o arbitramento da remuneração básica prevista na caderneta de poupança como índice de correção.” In.: SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo; Miranda, Iná Camila Ramos Favacho de. Precatórios na esfera do TRF da 1ª Região: efeitos das ADI’S 4.357 e 4.425. JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 3 (2022) Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 3, p. 457-480, set./dez. 2022.

35 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pág. 580.

36 MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564. pg. 17.

37 Ibid., p. 21.