

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA  
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

**JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR**

**MARCUS FIRMINO SANTIAGO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Alcebiades de Oliveira Junior; Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-638-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



# **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

---

## **Apresentação**

O Grupo de Trabalho 'Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica' voltou a se reunir no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado entre 13 e 15 de junho de 2018 na cidade de Salvador. Mais uma vez, professores e pesquisadores oriundos das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste tiveram a oportunidade de compartilhar experiências e reflexões, sanar dúvidas e adquirir novas, conhecer outros autores e pontos de vista em uma rica troca possível somente em um ambiente plural e altamente qualificado como o que se encontra no CONPEDI.

Os mais variados temas, todos igualmente centrais ao estudo das Teorias da Justiça e da Decisão, foram apresentados e discutidos, permitindo aos presentes - e agora aos leitores deste volume - ter acesso a um amplo espectro de autores que representam o pluralismo das escolas de pensamento jurídico.

A teoria da norma jurídica, sob a perspectiva de Robert Alexy, foi objeto de análise a fim de subsidiar uma defesa do método da ponderação. Lenio Streck e sua cruzada contra o subjetivismo no processo decisório foram lembrados, assim como sua antítese, representada por uma leitura de Peter Häberle voltada a embasar a ampliação do rol de legitimados processuais no controle de constitucionalidade. A teoria da liberdade de John Stuart Mill foi trazida ao ensejo de se discutir a responsabilidade dos indivíduos perante terceiros. Gunther Teubner e Niklas Luhmann compareceram em um debate sobre auto-poiese vs. desconstrução, em busca de conferir densidade à expressão 'Direitos Humanos'. Já John Rawls, invocado para conferir sustentação ao voto proferido pelo Min. Lewandowski na ADPF 186, teve sua teoria da justiça revisitada.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - PPGD - UFRGS e PPGD - URI DE SANTO  
ÂNGELO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E A TEORIA  
HERMENÊUTICA HÄBERLIANA FACE O CONCEITO DE FAMÍLIA**

**THE OPEN SOCIETY OF THE INTERPRETERS OF THE CONSTITUTION AND  
HÄBERLIANA HERMENEUTICAL THEORY FACES THE FAMILY CONCEPT**

**Camila Christiane Rocha Nicolau <sup>1</sup>  
Francis Pignatti Do Nascimento <sup>2</sup>**

**Resumo**

A teoria da interpretação constitucional proposta por Peter Häberle se depara com uma quantidade maior de participantes do processo de interpretação. Os legitimados para interpretar o texto constitucional previstos no rol que compõem o processo constitucional não são os únicos legítimos na análise interpretativa. No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos. A interpretação Constitucional deve ser entendida e visualizada como um esforço cooperativo de todos os potenciais intérpretes.

**Palavras-chave:** Interpretação, Legitimados, Taxatividade, Direitos fundamentais, Famílias

**Abstract/Resumen/Résumé**

The theory of constitutional interpretation proposed by Peter Häberle is faced with a greater number of participants in the process of interpretation. Those legitimated to interpret the constitutional text foreseen in the roll that compose the constitutional process are not the only ones legitimate in the interpretative analysis. In the process of constitutional interpretation are potentially linked all state organs, all public powers, all citizens and groups. Constitutional interpretation should be understood and viewed as a cooperative effort of all potential interpreters.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Interpretation, Legitimated, Taxa, Fundamental rights, Families

## **INTRODUÇÃO:**

O texto constitucional brasileiro é letra viva da vontade do povo, sendo a expressão do poder constituinte. As mudanças devem ser observadas, haja vista que a interpretação do texto constitucional deve ocorrer em conformidade com os anseios sociais da sociedade vivente. A Constituição Federal de 1988 é a materialização da vontade do povo brasileiro que assegura e estabelece os meios de organização do Estado Brasil. O Estado tem o dever de garantir os direitos e preservar os direitos humanos fundamentais de cada ser humano. A Constituição é a manifestação de vontade de um povo, a qual passa por diversas influências em seu momento de elaboração (Poder Constituinte), sejam elas econômicas, culturais ou religiosas. Como produto da manifestação de vontade do povo brasileiro, a Constituição Federal deve acompanhar a marcha empreendida por seus destinatários ao longo da história, por se tratar de uma evolução contínua rumo ao infinito.

A Teoria do Poder Constituinte no contexto do Direito atual é de fundamental importância, uma vez que o exercício do Poder Constituinte é ilimitado, inicial e incondicionado e deve somente ser exercido em momentos políticos muito especiais. As normas constitucionais definidoras de Direitos Fundamentais, consagradas na Constituição de 1988 são o coração e a cabeça das atuais constituições modernas, o que faz repensar na importância da “Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição e a Teoria Hermenêutica Härbeliana” face aos vários conceitos de família.

Diante das inelutáveis alterações por que passam os diversos grupamentos humanos organizados em torno de um Estado é preciso admitir que a sobrevivência de uma Constituição esta na capacidade de ser duradoura, possuindo coerência com a vontade popular e com os desenvolvimentos culturais de um povo, no qual a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes de Peter Häberle se mostra um mecanismo hábil na manutenção deste texto constitucional.

O presente trabalho elaborado foi construído com base no método indutivo e a técnica da pesquisa empregada foi a documental indireta, através do método teórico, que consiste na pesquisa de obras, artigos, periódicos e documentos eletrônicos que tratam do tema.

## DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

A teoria da interpretação constitucional de Peter Häberle possui duas questões essenciais, a primeira é a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, e o segundo a indagação sobre os métodos, ou seja, quais as regras e processos de interpretação.

A teoria da interpretação constitucional proposta por Peter Häberle se depara com uma quantidade maior de participantes do processo de interpretação, o que vai totalmente à contramão do modelo “fechado” ditado pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição preza por uma participação mais ativa do povo.

A Ação Direita de Inconstitucionalidade n.2.777/2003 – Rel. Min. Celso de Mello reconheceu ser possível sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curie*. O instituto do *amicus curie* passa a ser entendido como uma ferramenta com a qual o povo pode expressar sua vontade.

Assim sendo, os legitimados para interpretar o texto constitucional previstos no rol que compõem o processo constitucional, tais como juízes constitucionais, advogados e membros do Ministério Público, não são os únicos legítimos na análise interpretativa.

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 ficado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (HÄBERLE, 2002, p.13).

O que Peter Häberle formula em sua teoria da interpretação constitucional é um relacionamento entre “constituição e realidade constitucional”, ou seja, colocando no processo hermenêutico constitucional todos aqueles que fazem a realidade de uma Constituição. Logo, se observa uma migração dos participantes deste processo de interpretação constitucional, os quais passam de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta dos intérpretes.

A legitimação taxativa não pode excluir a possibilidade de que outras pessoas também exerçam a função interpretativa. Os intérpretes jurídicos da Constituição não detém monopólio da interpretação da Constituição. A taxatividade de intérpretes deve ser extinta, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para que ocorra uma vinculação de todos os cidadãos e grupos, órgãos estatais, sistema público e pela própria opinião pública.

O trabalho hermenêutico constitucional pode ser realizado pelos órgãos legitimados e por aqueles que fazem parte deste envolvimento constitucional, não existindo espaço para um rol taxativo de intérpretes constitucional.

A interpretação das normas jurídicas no entendimento clássico de Savigny, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro. (SAVIGNY, 1951, p.18/20). O que se busca com a interpretação é estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. (RECHTSPHILOSOPHIE, 1956, p.210)

A interpretação em sentido estrito se distingue quanto às fontes, sujeitos ou agentes de onde procede, como também quanto aos meios que emprega e, finalmente, quanto aos resultados que alcança. (BONAVIDES, 1994, p.399).

A interpretação da Constituição de Häberle se distingue em sentido estrito e em sentido lato. “A interpretação em sentido estrito é a interpretação que usa os métodos tradicionais enunciados por Savigny, de procedência civilista. A interpretação lata é a que oferece um largo terreno ao debate e à renovação, tendo sido habitualmente ignorada ou desprezada pelos preconceitos do jurista técnico, de visão formalista, que fica assim tolhido de conhecer a verdade constitucional em sua essência e fundamento”. (BONAVIDES, 1994, p.466)

A Constituição na visão de Häberle é a “sociedade constituída” (Paulo Bonavides, p.466). Logo, a interpretação da Constituição na sua acepção lata serve de elo para ligar o cidadão (interprete viva) ao jurista (hermeneuta profissional).

Os legítimos intérpretes da Constituição, em sentido lato, não subsistem o papel da jurisdição constitucional, que possuía a última palavra sobre a interpretação constitucional. Devendo a interpretação Constitucional ser entendida e visualizada como um “esforço cooperativo” de todos os potenciais intérpretes. O maior entrosamento entre os intérpretes em sentido lato e os intérpretes em sentido estrito produzirá novas reflexões, estabelecendo ao juiz constitucional um contato real ao que é decidido, conduzindo suas decisões de forma mais adequada.

A Lei 9.868/1999 consagrou a figura do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, representando seu ingresso a abertura do processo objetivo de controle de constitucionalidade, permitindo que terceiros que possuam conhecimentos específicos, possam contribuir no



debate das questões constitucionais, demonstrando sempre o binômio relevância-representatividade.

Veja-se o que dispõe a lei 9868/99:

“Artigo 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 1º (VETADO) § 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.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Ponto negativo na Lei 9.868/1999 que consagrou a figura do *amicus curiae* é o fato da participação de órgãos ou entidades e da realização de audiência pública estar única e exclusivamente no comando do relator “sendo o despacho irrecorrível” o que faz pensar que uma decisão restritiva do relator pode obstruir enormemente a efetivação da sociedade aberta de intérpretes.

A proposta Häberliana da sociedade aberta de intérpretes corre sério risco de efetividade, haja vista a negatória do despacho irrecorrível impede a participação dos verdadeiros intérpretes da Constituição Federal. A sociedade aberta de intérpretes é uma proposta que admite que aqueles que “não tem vez”, que são marginalizados na sociedade brasileira por não possuir espaço tenha força para se expressar e demonstrar os seus desejos.

A Constituição é entendida como um texto constitucional escrito que se desenvolve ao longo do tempo com a participação de todos os integrantes da sociedade pluralista. Se a Constituição

quiser preservar sua força regulatória não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como um projeto. A importância dos fatores reais de poder na vida das Constituições coloca os princípios e direitos fundamentais no ápice da pirâmide constitucional contemporânea.

A teoria da interpretação constitucional esta voltada à defesa da tolerância e da aceitação, objetivando a proteção dos direitos fundamentais face à complexa realidade dos dias atuais, relativizando a interpretação dos juízes. O juiz não pode ser influenciado pela opinião pública, mas pode de modo racional considerar as parcelas de interpretação apresentadas, elaborando assim sua decisão.

O que Peter Häberle descobriu foi à terceira força normativa na vida das Cartas Constitucionais: o império da doutrina. Sendo a normatividade constitucional composta pelas seguintes forças: a força normativa da sociedade (Lassale); a força normativa da Constituição (Konrad Hesse); e a força normativa da doutrina (Peter Häberle).

A inclusão de todos os cidadãos na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição envolve uma ampliação da interpretação da Constituição no sentido material. A Constituição material subsiste mesmo que não exista a interpretação formal do Judiciário, o qual perde seu caráter de exclusividade como única via de acesso ao processo de interpretação constitucional. A interpretação plural é instrumento integrador da realidade com a Constituição, evitando menores prejuízos àqueles que socorrem ao Estado Jurisdicional em busca de solução de conflitos, em especial conflitos envolvendo o Direito de Família dentro do tema “conceito de família”.

## **DO CONCEITO DE FAMÍLIA**

Atualmente o conceito de família no Brasil passa por inúmeras mudanças e assim sendo a sociedade e as normas positivadas passam por constantes adaptações. A família é base da sociedade, sendo o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social, merecendo a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 estabelece que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” O Estado tem o dever de proteção desta instituição e possui no próprio texto constitucional e no Código Civil amparos legais para garantir.

A família continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. A tão propalada "crise" da família nada mais é que o resultado de um processo histórico de alteração das formas de sua constituição. Quando o artigo 16 da Declaração Universal de Direitos Humanos preceitua que "a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade", ele não está excluindo as diversas outras possibilidades de constituição de família, além daquela formada pelo matrimônio.

O Código Civil Brasileiro destina o Livro VI da Parte Especial ao Direito de Família, estabelecendo princípios basilares como dignidade da pessoa humana, igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, igualdade jurídica de todos os filhos, paternidade responsável e planejamento familiar, comunhão plena de vida e pelo princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.

Nas palavras de (VENOSA, 2007, p.18) diz:

“entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. Nesse alvorecer de mais de um século, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade de família bastante distante das civilizações do passado”.

Segundo Diogo de Calasans Melo Andrade, para que haja uma família não é necessária à existência de casamento (BIBLIOTÉCA DIGITAL DO STJ, 2018):

“Atualmente, a idéia de família não está vinculada a de matrimônio, uma vez que é possível a reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e matrimônio sem reprodução. Hoje o direito de família vincula-se à noção de afeto e interesses comuns, independentemente do sexo dos parceiros. Com a isonomia entre homens e mulheres, com o surgimento do divórcio e com a proteção dos filhos tidos fora do casamento, este deixou de ser o fundamento da família, dando lugar a outras formas de entidades familiares, tais como as uniões homoafetivas”.

Nas palavras de (VENOSA, 2007) com a entrada da mulher no mercado de trabalho, conquistando os mesmos direitos que o marido, a convivência com os filhos vem sofrendo mudanças, pois estes passam mais tempo na escola e em outras atividades fora de casa.

Ademais, a partir de meados do século XX o divórcio é aceito não só pela legislação, como também pela sociedade e hoje o matrimônio não é a peça fundamental para se originar uma

família como era no passado. Atualmente vários tipos de família existem na Sociedade e devem ser protegidas pelo Ordenamento Jurídico brasileiro com ampla proteção do Estado no exercício destes direitos.

Foram julgadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132, incidindo na aplicação do princípio instrumental denominado “interpretação conforme a Constituição” tanto ao art. 19 incisos II e V e art. 33, ambos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro), quanto ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernaculamente posto: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (STF, 2011)

Nessa linha de idéias, “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade” (HABERLE, 2002, p.10). O reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF, uma proximidade daquilo que se espera de uma interpretação e fundamentação democrática e participativa no processo constitucional.

Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, no voto proferido na ADPF 132 e ADI 4.277, 2011:

“Enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os aplicadores do Direito, podem em nome de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essa nova realidade e sermos fontes de grandes injustiças. O que não se pode é ceder no conflito entre a vontade de ser justo e o medo de sê-lo. E uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, às portas do novo milênio, não pode conviver com tão cruel discriminação.” (STF. FUX, Luiz. Voto escrito proferido na ADPF 132 e ADI 4.277, 2011).

Em face da evolução dos usos e costumes vários são as modalidades de família. Existindo, Família monoparental que é aquela em que a criança vive com apenas um dos pais - Família pluriparental que é aquela em que a criança tem contato com muitas pessoas, como no caso de divórcios e novos casamentos - Famílias paralelas que é aquela que tem ao mesmo tempo relacionamento paralelo, podendo ser um de casamento e união estável - Família homoparental que é aquela que um ou ambos os genitores do menor são homossexuais -

Família Design que é aquela que é formada por pessoas que se unem no intuito único de ter uma relação e gerar filhos.

Importante observar que essa lista não abrange todas as maneiras possíveis de se constituir família, apenas apresentamos alguns exemplos. Em geral, todas as famílias atuais podem ser consideradas “eudemonistas”, ou seja, regem muito mais pelo afeto do que por outros aspectos.

São diversas as possibilidades de formação familiar importando que as pessoas tenham respeitada a dignidade humana. O princípio constitucional da dignidade passou a servir de base nas relações da família, sendo eleito como princípio norteador do sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana esta no ápice do ordenamento jurídico e encontra no âmbito familiar sua base de desenvolvimento.

Neste sentido, da dignidade da pessoa humana se extrai que o ser humano é digno enquanto pessoa, ou seja, a dignidade é “o mais universal dos princípios”. A solidariedade e o dever de cuidado dos membros de uma família nascem no Ordenamento Jurídico brasileiro com o espírito constitucional da igualdade entre os cônjuges na educação dos filhos e na manutenção da família, sendo dever de um e o direito do outro e sua reciprocidade.

É reconhecida a união estável entre homem e mulher, mas o Ordenamento Jurídico nada diz a respeito de uniões entre pessoas do mesmo sexo, existindo somente decisão judicial da Suprema Corte brasileira determinando a igualdade de pessoas do mesmo sexo em matéria habilitados para o casamento civil.

O ordenamento jurídico brasileiro é um dos mais avançados da atualidade, mas muitas falhas da legislação devem ser corrigidas e apostar na construção de um ordenamento jurídico mais aplicável que garanta direitos em deveres a todos os cidadãos, principalmente contando com uma participação maior de toda a sociedade. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição e a Teoria Hermenêutica Härbeliana fortifica que a “interpretação plural” é um instrumento integrador da realidade com a Constituição Federal, servindo como mecanismo positivo na solução justa dos conflitos envolvendo o tema “Família”.

## **TEORIA DO PODER CONSTITUINTE**

O Poder Constituinte é a capacidade de um povo em elaborar sua Constituição, ou seja, competência através da soberana vontade política da população em criar um Estado social e juridicamente organizado composto de regras estruturais, além de direitos e deveres fundamentais para os cidadãos e seus governantes através de uma lei maior. Somente processos democráticos dialógicos com ampla mobilização popular podem justificar uma ruptura.

A Constituição Federal é a Lei Fundamental, na qual uma sociedade organizada restringe atos ou estabelece prestações Estatais, ou seja, prescrevendo deveres ou garantindo direitos, cria-se uma atmosfera de controle deste Estado Garantidor.

Neste diapasão ensina José Afonso da Silva (SILVA, 2002, p.41):

“A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo”.

É necessário salientar que na Constituição Federal estarão presentes as diretrizes básicas do Estado Democrático de Direito, ou seja, o espírito do sistema jurídico brasileiro estará depositado em seu próprio texto constitucional. Os preceitos que integram a Constituição encontram-se num grau hierarquicamente superior em face de todas as demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. (CANOTILHO, 2007, p.92).

Nas palavras de Hans Kelsen a Constituição encontra-se no ápice do sistema jurídico de um país, haja vista que uma norma jurídica para ser válida precisa buscar seu fundamento de validade em uma norma superior. Em sua obra Teoria Pura do Direito Hans Kelsen (KELSEN, 2009, p.246) ensina brilhantemente:

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental—pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”.

Ensina Oscar Vilhena Vieira “Através das limitações constitucionais as gerações futuras terão resguardados seus direitos de se autogovernarem, frente às ameaças das gerações presentes de impor ideias absolutas que vinculem o futuro”. (VIEIRA, 1999, p.226)

Assim, aqueles direitos que possam ser moralmente reivindicados e racionalmente justificados, enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana que habilitem a democracia, como procedimento para a tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devem ser protegidos como supraconstitucionais, estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, o que é expressamente admitido pelo §2º, do art. 5º da Constituição (VIEIRA, 1999).

A Supremacia da Constituição Federal de 1988 é ponto fundamental do Estado Democrático de Direito, da qual decorre todo o Ordenamento Jurídico brasileiro, conduzindo as limitações impostas pelo texto constitucional. As limitações estabelecidas por esta norma constitucional não podem gerar “limitações absolutas” capazes de vincular e engessar as futuras gerações na reanálise daquilo que foi estabelecido no passado, haja vista que a dignidade da pessoa humana caminha dentro do campo “supraconstitucional”, do qual nenhuma norma constitucional é capaz de limitar.

Neste sentido, possuir “supremacia constitucional” não significa ser absoluto e vinculante para aquele que estão no futuro. Logo, os mortos não devem legislar absolutamente pelos vivos e os vivos deverão escolher o melhor caminho.

A diferenciação entre Poder Constituinte e Poder Legislativo ordinário ganhou relevância na Revolução Francesa, com os pensamentos de Sieyes, que foi um grande revolucionário francês do século XVIII. Existia uma centralização de poder na França que naquela época possuía uma distinção de Primeiro Estado (clero), Segundo Estado (nobreza), e o Terceiro Estado (maioria fragilizada). Com os ideais revolucionários ficou estabelecido que o Poder Constituinte “era” o povo em sua totalidade, devendo o terceiro estado fazer parte da ordem política francesa. (VIEIRA, 1999, p.45/46)

A elaboração da teoria do poder constituinte nasceu com Sieyes o qual dividia a teoria em dois momentos principais: 1) recorte de um poder constituinte da nação entendido como poder originário e soberano; 2) plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao

"fazer uma obra constituinte", não está sujeita a formas, limites ou condições preexistentes. (VIEIRA, 1999).

Para a teoria constitucional o principal legado de Sieyes foi demonstrar a necessidade de se separar o “poder constituinte” do “poder constituído” – poder este decorrente da Constituição e por ela limitado. (VIEIRA, 1999, p.46/47).

Na verdade, Sieyes faz ao mesmo tempo a desconstituição do poder e a reconstituição do poder político, atualizando para a realidade francesa da época as ideias liberais e econômicas de Adam Smith. A principal teoria de Adam Smith baseava-se na ideia de que deveria haver total liberdade econômica para que a iniciativa privada pudesse se desenvolver, sem intervenção do Estado. (SMITH, 1981, p.183/357).

Segundo Sieyes o objetivo ou o fim da Assembleia representativa de uma nação não pode ser outro do que aquele que ocorreria se a própria população pudesse se reunir e deliberar no mesmo lugar. Ele acreditava que não poderia haver tanta insensatez a ponto de alguém, ou um grupo, afirmar que os que ali estão reunidos devem tratar dos assuntos particulares de uma pessoa ou de um determinado grupo. (SIEYES, 1986, p.141/142)

O poder constituinte derivado ou de reforma, divide-se em dois: o poder de emenda e o poder de revisão, enquanto o poder originário pertence a uma Assembleia eleita com finalidade de elaborar a Constituição. O poder de reforma por meio de emendas pode em geral se manifestar a qualquer tempo, sofrendo limites materiais, circunstanciais, formais e algumas vezes temporais. O poder de revisão em geral tem limites temporais, além dos limites circunstanciais, formais e materiais.

Quando se fala em revisão da Constituição Federal de 1988 a previsão é que a revisão somente ocorrerá uma única vez não podendo ocorrer novamente na atual Constituição, haja vista previsão no próprio Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O poder constituinte originário é o momento maior de ruptura da ordem constitucional, onde o poder de fato se instala, capaz de construir uma nova ordem sem nenhum tipo de limite jurídico positivo na ordem com a qual está rompendo, deixando no passado. É o momento de passagem do poder ao Direito.

Ademais, o “Direito” não se resume ao direito positivo, mas está essencialmente ligada a ideia do justo, do correto, do certo, do direito, face ao pensamento do Direito natural. O “Direito” é



sinônimo de justo, e logo a lei positiva pode ou não conter o Direito, pois só será Direito se for uma norma justa.

Neste sentido, o Direito não está apenas no texto positivado (como no positivismo de Kelsen), ou na decisão judicial, mas na ideia de justiça dialogicamente compartilhada em processos democráticos de transformação social, por tal razão a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição e a Teoria Hermenêutica Härbeliana se mostra tão positiva dentro do campo do “Justo”. A “interpretação plural” é um instrumento integrador da realidade com a Constituição Federal, servindo como mecanismo positivo na solução justa dos conflitos envolvidos.

O Poder Constituinte decorrente é aquele poder constituinte decorrente da União, Estados membros e Municípios. Importante frisar que soberano é apenas o Estado Federal. Este poder constituinte decorrente, embora represente a manifestação de parcela de soberania, não é soberano, e por este motivo deve ser um poder com limites.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu limites materiais expressos e obviamente implícitos, deixando para o poder constituinte decorrente prever o seu funcionamento. Encontramos em vários momentos na Constituição Federal de 1988 limites do poder constituinte decorrente. Os limites expressos ocorrem todo momento que a Constituição distribui competências e normatiza condutas dos entes federados. Já os limites implícitos, são os princípios estruturantes e fundamentais da República Federativa do Brasil.

Foi com Sieyes que surge a ideia de poder constituinte, diferenciando este poder constituído, que não pode, na sua ação autônoma, atingir as leis fundamentais contidas na Constituição. A vontade do poder constituinte deve emanar de mecanismos democráticos, que permitam que o processo de elaboração da constituição assim como de sua reforma, seja aberto à ampla participação popular, através de legítima pressão da sociedade civil organizada. Sabiamente, não pode uma minoria se sobrepor a vontade daqueles que gritam nas ruas ou no campo em busca dos seus direitos.

A Teoria do Poder Constituinte de Sieyes não resolve a questão da possível necessidade de correção ou aperfeiçoamento da constituição senão por intermédio de uma nova manifestação do poder constituinte soberano. Como a nação não pode comprometer-se consigo mesma, pode a qualquer tempo retomar sua função constituinte, que, na realidade, jamais abandonou.

Neste sentido, o Poder Constituinte iniciado por Sieyes deve ser entendido como amplo e ilimitado, capaz de estabelecer regras novas na condução e formação deste Estado. Já o Poder Constituído como limitado, prestador de regras e submisso ao que foi previamente estabelecido se torna passível de análise de compatibilidade, onde se encontra com o controle de constitucionalidade. Na teoria da interpretação constitucional proposta por Peter Häberle existe uma quantidade maior de participantes do processo de interpretação, sendo que os legitimados para interpretar o texto constitucional previstos no rol que compõem o processo de interpretação constitucional não são os únicos legítimos na análise interpretativa.

A dignidade da pessoa humana é um conceito extremamente abrangente. A dignidade é um atributo humano sentido e criado pelo homem, existindo desde os primórdios da humanidade. O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito é resultado da evolução do pensamento humano, sempre estando presente na consciência humana.

Nas palavras de Plácido e Silva: (PLÁCIDO E SILVA, 1967, p.526).

“dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico”.

A Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

É o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL, 1988).

O Direito Constitucional apresenta um resultado positivo na afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar normas asseguradoras dessas pretensões. No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos.

O reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, ilesa às maiorias ocasionais formadas no calor de momentos adversos ao respeito devido ao homem. (MENDES, 2008, p.231). A interpretação Constitucional deve ser entendida e visualizada como um esforço cooperativo de todos os potenciais intérpretes.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais tiveram um avanço significativo, estes passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana. Atualmente a família tradicional formada por pai, mãe e filhos não é a única possibilidade, nem o casamento é regra para que uma família se inicie.

Famílias paralelas, reconstituídas, monoparentais, multiparentais ou mesmo unipessoais encontram respaldo na lei, doutrina e jurisprudência, posto que o direito deva atender aos anseios sociais. A Constituição Federal de 1988 já reconheceu a união estável como entidade que detém os mesmo direitos do casamento, bem como a igualdade entre cônjuges e filhos. O princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a ideia democrática, como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A proposta da sociedade aberta de intérpretes é um desafio dos mais importantes para a efetivação da democracia face o Ordenamento Jurídico brasileiro, haja vista que é necessária uma “co-interpretação” do texto constitucional, ou seja, os destinatários das normas e o Supremo Tribunal Federal poderão perseguir uma Justiça eficiente em conjunto.

A teoria de Peter Häberle e a sua proposta da participação efetiva da diversidade de intérpretes, aperfeiçoa a democracia e aumenta o sentimento de cidadania e pertencimento de um povo na vida política da nação. A previsão do “amicus curiae” e a previsão da audiência pública, a ser realizada para que o julgamento constitucional seja o mais completo e esclarecido possível, se nos apresenta como formas de a corte constitucional não se colocar como algo distante da realidade social a que a Constituição se destina.

Quanto maior for o número de interpretes da Constituição, maior será o debate, maior serão as possibilidades de alternativas discutidas, chegando mais facilmente num sentido ideal da

Constituição. As ideias do constitucionalista alemão Peter Häberle e as novidades incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro contribuem com uma democracia mais forte e igualitária para todos viventes do Constitucionalismo Brasileiro de 1988.

#### REFERÊNCIAS:

ALVES, Jones Figueiredo. Família por design. In: IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/881>>. Acessado em: 08/04/2018.

ALVES, Leonardo B. M. A. Constitucionalização do Direito de Família. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>. Acessado em 08/04/2018.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre reforma do Estado. Salvador: Bahia, Número 9 – março/abril/maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>, acessado dia 08/04/2018.

BIBLIOTÉCA DIGITAL STJ. ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/> acessado em 09/04/2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros, 1994.

BRAGANHELE, Beatriz Helena. Novo desafio frente à constitucionalização do direito de família contemporâneo: a mediação de conflitos familiares. Disponível em: <http://www.marialuizapovoa.com.br/dados/file/artigos/Principais.doc>, acessado dia 08/04/2018.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei 9.868/99. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acessado em 08 de abril de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm).>  
Acessado em 08 de abril de 2018.

BRASIL. Código Civil Brasileiro - 2002. In Vade Mecum Saraiva. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei Complementar no. 10406 de 10 de jan. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acessado em 08/04/2018.

BRASIL. Código Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAVO, Maria Celina. As entidades familiares na Constituição. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2665>, acessado dia 08/04/2018.

BUCK, Pedro. As Entidades Componentes da Federação Brasileira: União Federal, Estados membro, Distrito Federal e Município. Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4ª Edição. Coimbra. Editora Coimbra. 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm), acessado em 09/04/2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, V.5: Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo3.htm>, acessado em 08/04/2018.

FERRARI, Fabiana Christina. O direito constitucional de convivência familiar conferido à criança e ao adolescente. Dissertação (mestrado) apresentada ao UNIVEM como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito. Marília: Univem, 2012. Disponível em: <[http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/839/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_Fabiana%20Christina%20Ferrari\\_2012.pdf?sequence=1](http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/839/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Fabiana%20Christina%20Ferrari_2012.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 08 abril 2018.

GOBBO, Edenilza. Direito de família. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=546>, acessado dia 08/04/2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. V. VI, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

HABERLE, Peter. Textos clássicos na vida das Constituições. Tradução de Peter Naumann. Editora Saraiva. São Paulo. 2016.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antônio Fabris, Porto Alegre. 1997.

HABERMAS, Jurgen. Dialética e Hermenêutica Para a Crítica da Hermenêutica de Gadamer. São Paulo. Editora LPM. 1987.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ª Edição. Editora Martins Fontes. 2009.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 11ªed. São Paulo: Método, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Família. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELO, Edson Teixeira. Princípios constitucionais do Direito de Família. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=507>, acessado dia 08/04/2018.

MENDES, Gilmar et al. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. São Paulo: 2008.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Direito de família – aspectos sócio jurídicos do casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. Resumo de Direitos Humanos e cidadania. São Paulo: Iglu, 2001.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Juristische Methodenlehre, hersg. Von Gerhard Wesenberg. Stuttgart, 1951.

SIEYES, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. (Qui est-ce que le tiers Etat) organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azeredo, Rio de Janeiro, Editora Líber Juris, 1986.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967.

SMEND, Rudolf, apud. ENTERRÍA. Eduardo Garcia de. Hermenêutica e supremacia constitucional. RDP, v. 77, n. 19, jan/mar/1986.

SMITH, Adam. Riqueza das Nações. 2ª edição. Hemus editora limitada, 1981.

RECHTSPHILOSOPHIE, Gustav Radbruch. 5ª Ed., Stuttgart, 1956.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. Disponível em: [http://www.jusnews.com.br/portal/index.php?option=com\\_content&task=view&id=42&Itemid=34](http://www.jusnews.com.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=34), acessado em 08.04.2018.

VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 3ª Edição. Editora Del Rey. 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 7ª ed. São Paulo. Atlas, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de Justiça. Editora Malheiros. São Paulo. 1999.