

O neoconstitucionalismo e o instituto da mutação constitucional: uma virada metodológica na hermenêutica constitucional⁷³

The neoconstitutionalism and the institute of constitutional change: a methodological shift in constitutional hermeneutics

Priscila Cardoso Chaves

Bacharelada do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: priscilacardosoch@hotmail.com

Resumo: O tema da mutação constitucional é sobremaneira importante, dada sua intensa manifestação no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o escopo do trabalho, além de demonstrar a densidade teórico-jurídica do instituto, visa exemplificá-lo por meio de uma causa social que lhe é ínsita, noutras palavras, estudar-se-á a consideração da relação homoafetiva como entidade familiar pelo STF. A esteira epistemológica da pesquisa radica na ligação subsistente entre mutação constitucional, princípios (*exegese*, hermenêutica) e sociedade – principalmente os grupos sociais que lutam por reconhecimento. Para tanto, a mutação, que não é senão um processo informal de modificação da Constituição, implica na exaltação dos princípios democrático de direito, segurança jurídica, igualdade e dignidade da pessoa humana, entre outros – o neoconstitucionalismo é verdadeira fábrica de princípios – partindo-se do pressuposto de que todos merecem a proteção das normas constitucionais. Dessa forma, imperioso ressaltar que o instituto da mutação encontra-se imbricado à Constituição, a qual acompanha as mudanças sociais. Nesse sentido, compreende-se a lógica atuacional da mutação, observação engendrada não somente por mecanismo silogístico, mas também por via interpretativa, se observadas, concomitantemente, as diversas mudanças que exsurtem no meio social. Em palavras singelas, não existe texto sem contexto. O trabalho, então, perpassará pela seara dos fatos sociais e tem como objetivo compreender a interligação destes com o instituto da mutação, bem como compreender de que maneira a ciência hermeneuta pode contribuir para análise e interpretação do direito posto. Ademais, o tema da mutação é um assunto tormentoso ainda pouco enfrentado pela doutrina.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Neoconstitucionalismo. Entidade familiar. União homoafetiva.

Abstract: The subject of constitutional mutation is particularly important, given its intense manifestation in the Brazilian legal system. Thus, the scope of this work, besides demonstrating the theoretical density-legal of the institute, aims to exemplify it via a social cause intrinsic to it, in other words, it will be studied the consideration of homo-affective relationship as a family unit by STF. The epistemological wake of research lies in the connection subsisting between constitutional mutation principles (*exegesis*, hermeneutic) and society - mainly social groups struggling for recognition. For both, the mutation, which is nothing but an informal process of changing the Constitution, imply the exaltation of the democratic principles of law, legal certainty, equality and human dignity, among others – the

⁷³ Trabalho orientado pelo prof. Gabriel Gomes Canêdo de Magalhães

neoconstitutionalism is the true factory of principles – based on the assumption that everyone deserves the protection of constitutional norms. Thus, it is imperative to emphasize that the institute of mutation lies interwoven with the Constitution, which accompanies social change. In this sense, one can understand the logic of actantial mutation, observation engendered not only by syllogistic mechanism, but also by way of interpretation, if observed, concomitantly, the various changes in the social environment which arise. In simple words, there is no text without context. The work, then, will go through the field of social facts and aims to understand the interconnection of these with the Institute of mutation as well as understand how the hermeneutic science can contribute to the analysis and interpretation of the right. Moreover, the theme of the mutation is a subject which is still a little stormy faced by the doctrine.

Keywords: Constitutional Mutation. Neoconstitutionalism. Family entity. Homo-affective union.

1 Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo significativas mudanças nos últimos anos em decorrência do surgimento de um novo modelo na teoria jurídica, que tem sido designado como fenômeno do neoconstitucionalismo, superando a velha ordem formal-positivista. Nesse sentido, diz-se que hoje há uma incompatibilidade paradigmática entre o positivismo jurídico e o novo constitucionalismo do século XX. Isso porque o positivismo, preocupando-se apenas com a aplicabilidade dos conceitos embutidos nas regras e ignorando os fatos, escondendo-os no interior dos conceitos, abre espaço para decisionismos e arbitrariedades. No entanto, com a vigência do novo modelo constitucional, tem-se como superada no positivismo a aplicabilidade estrita da lei aos fatos concretos, discutindo-se, hoje, a diferença ontológica de texto e norma, isto é, entre texto jurídico e o sentido desse texto.

Portanto, disserta-se que ao modelo da ciência jurídica em sentido estrito sobrepuseram a força normativa dos princípios jurídicos constitucionais e a intervenção da jurisdição constitucional. Sendo assim, uma vez que grande parte das ideias que contemplam a corrente positivista de pensamento jurídico encontra-se superada e que modernamente a filosofia tem revolucionado o campo da hermenêutica, principalmente no que tange à filosofia da linguagem, tem-se como objetivos deste trabalho elucidar algumas contribuições do neoconstitucionalismo no espaço jurídico brasileiro, bem como tecer comentários acerca de um dos institutos mais importantes da contemporaneidade constitucional, qual seja, a mutação constitucional e, por fim, analisar, sob o prisma da teoria da interpretação, o recente caso da consideração das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo Superior Tribunal Federal (STF).

No que tange à metodologia científica, infere-se, primeiramente, que o trabalho se insere no contexto das ciências factuais, na modalidade social, posto que se objetiva tratar dos fatos, recorrendo aos dados obtidos através da observação de um determinado segmento da sociedade (fato social). Para tanto, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, que se caracteriza por ser um processo de raciocínio que se desenvolve a partir de conclusão de ordem geral até atingir fatos particulares.

Além disso, uma vez apresentado o problema que se pretende discutir no trabalho, necessário se faz elucidar sua forma de abordagem. Nesse sentido, no que se refere à pesquisa científica, emprega-se a perspectiva qualitativa de abordagem do problema (existência de um vínculo indissociável entre o mundo dos fenômenos e a subjetividade do sujeito).

No que concerne aos seus objetivos, impende-se que o trabalho lança mão das perspectivas exploratória, descritiva e explicativa e, por fim, quanto aos procedimentos técnicos adotados (técnicas de coleta de dados), faz uso da pesquisa de cunho bibliográfico – elaborada a partir de material já publicado (livros, artigos, teses, etc.), revisando de forma intensa a literatura existente sobre o determinado assunto em questão.

2 Contornos teóricos do neoconstitucionalismo

Sabe-se que a Segunda Guerra Mundial possibilitou mudanças significativas na seara jurídica em todo o mundo, haja vista que as constituições europeias do pós-guerra são documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que, substancialmente, refletem variedades de temas que, até então, não eram abarcados por Constituições, tais como relações de trabalho, família e economia. Assim,

uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito (SARMENTO, 2008, p. 113-148)

Dessa maneira, a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, lastreou a Constituição de grande importância, redefinindo seu lugar, bem como estendeu a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. No caso brasileiro, propugna-se que a revolução copernicana no direito constitucional se deu, outrossim, na ocasião da reconstitucionalização do país, especificamente no ambiente de transição de um regime totalitário e opressor para um Estado Democrático de Direito (promulgação da Constituição de 1988).

Nessa linha de inteligência, as teorias neoconstitucionais surgidas no Brasil e no mundo objetivam construir novas correntes teóricas que se compatibilizem com a nova realidade jurídico-social, em substituição àquelas do positivismo tradicional. Repise-se, por exemplo, ao invés de insistir na utilização da subsunção e silogismo do positivismo formalista, ou da discricionariedade política dos intérpretes, de acordo com o agregado jus-filosófico de Kelsen e Hart, possa-se discutir métodos ou teorias argumentativas que ensejem respostas razoáveis e proporcionais para “os casos difíceis” do Direito. Noutras palavras, propugna-se pela centralidade da Constituição no ordenamento, a supremacia da sua influência na ordem jurídica, além do papel construtivo da

jurisprudência, *contrario sensu* de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal.

Nessa esteira, teoricamente atesta-se que o novo constitucionalismo, por meio de três grandes transformações, subverte a cognição tradicional relativamente à aplicação do direito constitucional, quais sejam reconhecimento de força normativa à Constituição, expansão da jurisdição constitucional e, por fim, desenvolvimento de um novo dogma da interpretação constitucional.

Nessa linha de pensamento e considerando o levante de ideias já apresentado, conceitua-se o neoconstitucionalismo⁷⁴ como movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional responsável por mudanças fundamentais que, de acordo com a doutrina abalizada de Humberto Ávila,

nesse quadro, o ponto zero estaria na positivação e na aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição). (2009, p. 3)

Ainda de acordo com as concatenações de Humberto Ávila sobre o novo constitucionalismo, mensura-se que quatro são os seus fundamentos: “o normativo (‘da regra ao princípio’); o metodológico (‘da subsunção à ponderação’); o axiológico (‘da justiça geral à justiça particular’) e o organizacional (‘do Poder Legislativo ao Poder Judiciário’)” (2009, p. 3).

Nessa abordagem teórica, também

é imperioso explicitar que, pela expressão Neoconstitucionalismo, termo empregado como novo paradigma da Teoria do Direito, podemos entender o direito constitucional do século XXI, que se desdobra na nova Teoria do Direito. Não surge como teoria geral, mas como Teoria do Direito fundada nas bases de constituições democráticas, com previsão e proteção de direitos fundamentais e com um sistema constitucional que confere supremacia à Constituição. Quando se observam tais pré-requisitos, pode-se afirmar que há um caminho aberto para uma Teoria do Direito capaz de concretizar as práticas jurídicas ocidentais contemporâneas, uma vez que o positivismo e jusnaturalismo já perderam tal potencialidade (MOREIRA; BUNCHAFT, 2011, p. 41)

As bases axiológicas do positivismo não mais satisfazem as ondas de transformações sociais, porquanto o formalismo positivista traduz a ideia de que aos fatos sem previsão legal é defesa a contextualização das bases legais que analogamente poderiam ser aplicadas, ou seja, tendo-se fatos novos, necessariamente, é preciso o

⁷⁴ Não se pode dizer que existe apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”, porquanto a diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é considerável, obstando o esboço de uma única teoria da nova percepção constitucional. Por isso, viável a expressão plural de “neoconstitucionalismo (s)”.

surgimento de leis que os protejam. Além disso, uma vez que se vive na era da “modernidade líquida” e que as transformações necessitam de respostas céleres, elas não podem ficar reféns de um processo legislativo demorado e complexo, quando há a possibilidade de uma resposta de contextualização, haja vista que o neoconstitucionalismo permite esse processo com vistas a tutelar mais fatos jurídicos, bastando, para isso, que se opere mudança de sentido das normas.

2.1 Força normativa da Constituição

Com as mudanças ocorridas ao longo do século XX, sobreveio a superação do modelo que considerava a Constituição como documento meramente político, que previa a atuação dos poderes políticos, atribuindo, para tanto, à norma constitucional o *status* de norma jurídica. Desta feita, as normas constitucionais são imperativas, isto é, são vinculativas e obrigatórias, de modo que, se não observadas ou ignoradas, há de deflagrar a aplicação dos mecanismos cogentes de cumprimento forçado. Não obstante, ressalta-se, ainda, que a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata.

2.2 Expansão da jurisdição constitucional

A partir do final da década de 40, adotou-se no Brasil e no mundo, inspirada na experiência norte-americana, a supremacia da Constituição. Significa que ao Poder Judiciário restou a proteção da constitucionalização dos direitos fundamentais, sendo que, para tanto, criados foram modelos próprios de controle de constitucionalidade, associados à criação de tribunais constitucionais.

No Brasil, a expansão da jurisdição constitucional deu-se com a promulgação da Carta de 1988, em que à ação direta – destinada ao controle por via principal –, ao direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade”, somaram-se a formação de novos instrumentos de controle concentrado, a exemplo da ação declaratória de constitucionalidade, e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De acordo com Barroso,

no sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via do recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. (2009, p.9-10)

A Assembleia Constituinte de 88 reforçou o papel do Judiciário na Constituição de 1988, na medida em que consagrou a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, bem como fortalecendo a independência do Ministério Público e ampliando os mecanismos de controle de constitucionalidade.⁷⁵

⁷⁵ “Neste último tópico, ela democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional, ao instituir no

2.3 A nova interpretação constitucional

Reconhecendo-se que normas constitucionais são normas jurídicas, frise-se também que a interpretação constitucional é espécie de interpretação jurídica. Sendo assim, os elementos tradicionais da interpretação do Direito, tais como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico são aplicáveis à interpretação constitucional. Cabe anotar que caso exurgem conflitos normativos, os critérios para solução são: hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre o geral). Vale enfatizar que a doutrina e jurisprudência desenvolveram um conjunto de princípios ajustáveis à interpretação constitucional. Eles são de caráter instrumental, adequáveis às circunstâncias apresentadas. São eles: “o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade” (BARROSO, 2003, p. 102).

É cediço que a tradicional interpretação jurídica anuncia que cabe à norma, abstratamente, prever a solução dos conflitos e, no que se refere ao juiz, a ele cabe o enquadramento do fato no relato da regra jurídica. Noutras palavras, o juiz é “boca da lei” e seus métodos de interpretação se dão por meio da subsunção e silogismo.

Com a resplandecência do direito constitucional, a aplicabilidade dos métodos da hermenêutica tradicional já não mais é viável, raciocinando-se, pois, que nem sempre a solução dos conflitos de interesses se encontra no relato abstrato da norma, e, quanto ao juiz, não lhe resta uma função meramente técnica. O intérprete complementa a atividade desenvolvida pelo legislador, na medida em que contribui para a criação do Direito, ao atribuir sentidos às clausulas gerais (ex.: ordem pública, interesse social e boa-fé) e ao proceder com a ponderação.

Outra contribuição da nova interpretação constitucional é a atribuição de normatividade aos princípios⁷⁶ e a distinção deles em relação às regras. São três as perspectivas acerca da diferenciação entre os princípios e regras. A primeira refere-se à separação qualitativa, na qual advogam Dworkin e Alexy. A segunda disserta que a distinção entre regras e princípios é de grau, “seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade” (SILVA, 2003, p. 609). Esse é o segmento mais difundido em

Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto através de ação direta como do mandado de injunção” (SARMENTO, 2007, p. 14)

⁷⁶ Uma das mais importantes inovações introduzidas pelo neoconstitucionalismo foi o reconhecimento da natureza jurídica dos princípios referidos expressamente ou implícitos no texto constitucional, igualando-os, em termos de eficácia e imediata exigibilidade, às normas constitucionais. Por força dessa inovação, os princípios constitucionais deixam de ser vistos e tratados como recomendações ou sugestões, que poderão ser acolhidas e respeitadas ou não, sem que a recusa de acolhimento ou desrespeito acarretem qualquer consequência jurídica. Essa é, realmente, uma das inovações de maior reflexo prático, pois até recentemente os princípios, geralmente inseridos no preâmbulo da Constituição ou no início de um capítulo ou artigo referente à Declaração de Direitos, não eram reconhecidos como normas jurídicas, e por isso não eram tidos como obrigatórios e exigíveis por meios jurídicos. (DALLARI, 2010, p. 320-321)

terrae brasilis. E, para completar a tríade, existem aqueles que, por razões diversas, denegam ou rejeitam a separação entre regras e princípios.

Tendo em vista que a segunda concepção prevalece para a literatura jurídica brasileira, “princípios são, tradicionalmente, definidos como ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um sistema” (MELLO, 2008, p. 942). De acordo com Silva, concatena-se que

(...) são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil – mas a idéia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. (2003, p. 612)

Para Lorenzetti, por seu turno,

a distinção entre regras e princípios é de fundamental importância para qualquer concepção de direito preocupada com a razoabilidade das decisões jurídicas. Em resumo, poderíamos referir o seguinte: as regras (por exemplo, “o limite de velocidade máxima é de 100 km/h”) têm determinação precisa do suporte fático, de maneira que sua aplicação consiste em subsumir os fatos no direito e deduzir a solução (dedução). O cidadão não pode dizer que por razões de princípio não as respeita, ou que tem outro princípio mais importante no caso (por exemplo, a urgência, porque está atrasado para o trabalho), e ignorar a regra: ou obedece, ou sofrerá uma sanção por desobediência. Se há duas regras diferentes sobre um mesmo suporte fático (uma lei determinando que a velocidade máxima é de 100 km/h e uma norma municipal que a fixe em 40 km/h), existe um problema de antinomia: uma exclui a outra, por razões de hierarquia (lei superior), temporais (lei posterior) ou de especialidade (lei especial), mas nunca se aplicam as duas, porque uma delas será inaplicável ou inválida. Por isso, aplicam-se às regras a dedução e, quando há conflito, as antinomias; os princípios são indeterminados, porque não têm suporte fático específico (por exemplo, se for utilizado um princípio em lugar de uma regra para regular a velocidade, dir-se-á “conduza de maneira que não cause dano a outrem”, mas isso seria muito difícil, porque cada condutor faria uma valoração diferente. Demandaria muito trabalho tomar a decisão sobre velocidade a cada instante – altos custos de transação – e ocasionaria uma grande insegurança, uma vez que os demais não teriam como saber, de antemão, qual a decisão de cada condutor nas diferentes situações). Ao não existir um suporte fático, não se aplica a dedução (subsunção do fato no direito). São guias de raciocínio lógico-jurídico, e ordenam que sejam cumpridos na máxima medida possível, pois sempre existirá outro princípio a eles contraposto. A colisão entre princípios, porém não é uma opção, senão uma ponderação, posto que cada caso deverá ser observado como será medida a importância de cada um deles. (2010, p. 35-36)

Não se pode ignorar a existência de colisões de normas constitucionais, aqui englobadas tanto as de princípios como as de direitos fundamentais. Para exemplificar, há choque entre proteção ambiental e promoção do desenvolvimento, entre a livre-iniciativa e a proteção ao consumidor. No campo

dos direitos fundamentais, o direito de privacidade e a liberdade de expressão estão sempre em tensão. Nessa situação, o hermenêuta criará o direito aplicável ao caso concreto. Para a solução dos conflitos entre normas constitucionais, necessário se faz a ponderação, como já mencionado por Lorenzetti, no fragmento de texto encimado. De acordo, também, com Barroso,

neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade. (2009, p. 14)

Humberto Ávila, no segmento do raciocínio majoritário, adota a corrente em que se diferenciam regras e princípios pelo grau de abstração, sustentando que os princípios são mais abstratos do que as regras (2001, p. 167). Sustenta, ainda, que tanto quanto os princípios, as regras devem passar pelo processo interpretativo. Silva, ao comentar a obra de Ávila, afirma ser importante também a distinção na teoria geral do direito entre texto e norma. Acredita-se, igualmente, que para os fins os quais se dirige o trabalho, sendo um deles a delimitação do instituto da mutação constitucional, tal distinção é prodigiosamente importante.

Dessa maneira, seguindo o raciocínio de Silva, pronuncia-se que,

segundo essa distinção, de larguíssima aceitação, independente de corrente doutrinária, texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas enunciado lingüístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado. Um breve exemplo é suficiente para deixar clara essa distinção. O inc. XL do art. 5º da Constituição tem a seguinte redação: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Isso é o que aqui se chama de texto ou enunciado. Esse texto exprime uma norma que proíbe a retroação da lei penal, a não ser que essa retroação beneficie o réu. Nesse último caso, existe um dever de retroação. A mesma norma poderia ser expressa por meio de outros enunciados, como, por exemplo, “a lei penal retroagirá somente em benefício do réu”, ou ainda “é proibida a retroação penal, a menos que seja para beneficiar o réu” etc. Como se vê, a despeito das variações na redação dos enunciados apresentados, por meio da interpretação de todos eles chega-se à mesma norma. Toda norma é, pois, produto da interpretação de um sinal lingüístico, quase sempre um texto. (2003, p. 616)

Nesse sentido, afirma Lenio Streck, sob os aportes da hermenêutica filosófica, que a norma é o produto da interpretação do texto. Isto é, há uma diferença, que é ontológica, entre ambos, contudo, o texto não subsiste sem a norma, assim como também não há norma sem texto (2011, p. 279).

Vale dizer, então, que a diferença entre regras e princípios é a diferença entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos, sendo que, como já dito, as regras e princípios devem passar pelo crivo da interpretação.

Por fim, relata-se acerca da argumentação, ou seja, as decisões proferidas mediante ponderação, nos chamados casos difíceis, que são aqueles que ensejam mais de uma solução possível, devem ser razoáveis e, por conseguinte, fundamentadas. Para assegurar a legitimidade e racionalidade de sua interpretação, de acordo com Barroso, deve o intérprete, em meio a outras considerações:

- (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador;
- (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas;
- (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. (2009, p. 15)

Lembra-se que, no que concerne à argumentação, a filosofia da linguagem trouxe diversas contribuições, sendo importante a adequação das palavras, ou seja, a linguagem tem uma função constitutiva a respeito das relações sociais e políticas.

2.4 Construção de uma teoria da decisão judicial como condicionante à obtenção de respostas constitucionalmente adequadas

É sabido que se tem discutido bastante atualmente acerca das decisões judiciais e seus métodos de formação. Alguns admitem o caráter excludente dos critérios para formar a decisão constitucionalmente adequada, outros, como é o caso de Ricardo Lorenzetti, pugnam pelo caráter da complementariedade dos critérios entre si, dizendo-se, ainda, que deve existir uma ordem no raciocínio. Nessa linha de pensamento, cita-se que,

no entanto, entendemos que deve existir uma ordem no raciocínio, e este deve ser sucessivo: primeiro, aplicar a dedução das regras válidas; segundo, controlar esse resultado conforme os precedentes, o resto do sistema legal e as conseqüências; terceiro – e se restarem problemas, estaremos diante de um caso difícil -, deve ser aplicada a solução baseada em princípios; quarto, se houver paradigmas que definam a solução, serão aplicados, devendo ser procurada a sua harmonização. (LORENZETTI, 2010, p. 157)

O método dedutivo permite a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, sendo que, no que concerne aos casos fáceis, relata-se que os inconvenientes judiciais que os encetam são resolúveis por meio da dedução. Já nos casos difíceis, dado o seu grau de indeterminação exasperador, o sistema dedutivo mostrou-se falível, de modo que conveniente, então, é resolver os problemas jurídicos por meio da ponderação dos princípios. Infere-se, também, que os casos fáceis são a regra e os casos difíceis são exceção. Nesse sentido, traz-se à baila, mais uma vez, o pensamento de Lorenzetti a respeito:

segundo essa concepção, a maioria das situações é resolvida com base no raciocínio dedutivo de uma norma válida (requisito da validade) e aceita (norma de reconhecimento). Os casos difíceis são aqueles em que se detectam dificuldades no elemento normativo (determinação da norma aplicável, interpretação) ou no fático (prova dos fatos) ou na dedução (qualificação). (2010, p. 158)

Dessa maneira, os passos para aplicação do método dedutivo são: delimitar os fatos (elemento fático) – identificar um suporte fático proeminente por aplicação das regras processuais (elemento fático-premissa menor), identificar a norma (elemento normativo) – delimitar um conjunto de premissas jurídicas válidas que autorizam fomentar um enunciado normativo geral (elemento normativo – premissa maior) e, por fim, deduzir a solução do caso (elemento dedutivo) – o juiz deve analisar os elementos fáticos e sua correspondência com a norma aplicável, dando a solução ao caso pela via da dedução (LORENZETTI, 2010).

Em relação ao controle da solução dedutiva, afirma-se que é imprescindível levar-se em consideração os precedentes judiciais que estabeleceram regras jurídicas para os casos similares, bem como que as decisões baseadas nas regras jurídicas insculpidas nos casos análogos sejam harmônicas com o resto do sistema jurídico e que, importante também, é focar na análise das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que podem produzir a decisão no futuro (LORENZETTI, 2010). Noutras palavras, significa dizer que a interpretação não pode dispensar as consequências jurídicas. Trata-se de um paradigma consequencialista, importante para conferir às decisões conotação de razoabilidade.

Ressalta-se que nem sempre um conflito jurídico pode ser resolvido por simples dedução, seja porque há dificuldades na aplicação da norma ou na sua interpretação, seja porque ela é inconstitucional. Assim, surgem os chamados casos difíceis, que podem ser solucionados por meio da discricionariedade, que significa escolha entre alternativas e que encontra limite nos parâmetros da razoabilidade. Lembra-se que a arbitrariedade não é cabível no método de interpretação aplicável nos casos difíceis, não podendo o juiz decidir como quiser, isto é, não se pode olvidar que o magistrado deve pautar-se pelos princípios e aplicar o juízo de ponderação, justificando a sua decisão.

E, por último, explica-se a solução baseada em paradigmas, apregoando-se que os juízes não devem julgar com base em seus valores pessoais que não são jurídicos, ou seja, a interpretação não pode ser subjetiva. Para tanto, devem ser observados dois passos, quais sejam, o da explicação e o da harmonização. De acordo com o quesito da explicação, exprime-se que “é necessário expor o paradigma e qual o objetivo a ser alcançado, assim como a tensão que provoca com outro paradigma competitivo”, e o quesito da harmonização, por sua vez, apregoa que a “tensão deve ser resolvida mediante uma harmonização que leve em conta o modelo de democracia deliberativa” (LORENZETTI, 2010, p. 164).

2.5 Trinômio moral – princípio – discricionariedade e insurgência do ativismo judicial

Muito já foi mencionado a respeito do surgimento de uma nova teoria do Direito, conhecida como pós-positivismo, considerado um momento marcado pela eclosão de diversas visões teóricas que pretendem romper com o segmento positivista de Direito. A título de exemplo, fala-se da teoria de Ronald Dworkin, com seu conceito interpretativo de Direito, que reconhece a política como a justificativa mais geral e abrangente para o direito, derivando dessa justificativa a “doutrina da responsabilidade política”⁷⁷ que rege a jurisdição constitucional. Dworkin reconhece, também, o importante papel dos princípios no fechamento aplicativo dos direitos. Tem-se, também, Neil MacCormick, com sua proposta de reconciliação entre o viés argumentativo e o Estado Democrático de Direito, que se consubstancia no reconhecimento de um freio fundamental no processo de argumentação jurídica, que nada mais é que a conformação da argumentação às condições de racionalidade e razoabilidade. Mencionam-se, ainda, Jürgen Habermas e Niklas Luhmann, que questionam, no Direito, a questão da comunicação.

Desta maneira, admitindo-se mudanças significativas na órbita jurídica, com o estabelecimento do neoconstitucionalismo, é possível, observando-se este fenômeno jurídico, identificar a marca do trinômio moral – princípios – discricionariedade⁷⁸. A introdução da moral ao direito produz uma elasticidade interpretativa por meio da eleição de valores (discricionariedade judicial). Os princípios aumentam as possibilidades interpretativas. Por fim, a nova tendência corrobora que a Constituição cuja atualização não depende de reformas, mas de uma contextualização – está vinculada à discricionariedade, de outra maneira, o reconhecimento da discricionariedade dos juízes importa em elementos inéditos para a Teoria do Direito, que inauguram uma nova tradição jurídica.

Além do trinômio ressaltado acima, é importante dissertar sobre a teoria do direito e a insurgência do caráter ativista do judiciário. Nesse norte, o ativismo judicial

⁷⁷ De acordo com a doutrina explicitada, os juízes têm para si o dever de, no momento da decisão judicial, decidir conforme o direito segundo argumentos de princípios e não argumentos de política. Com base nessa teoria, pode se questionar acerca da atuação da suprema Corte Constitucional Brasileira no que tange à formação de suas decisões judiciais: são principiológicas ou de caráter manifestamente político?

⁷⁸ Lenio Streck (2011) constrói sua teoria afirmando a necessidade (o direito) de se obter respostas corretas (ou constitucionalmente adequadas), a partir da negação da discricionariedade judicial (considerada principal característica do positivismo). Nisso está incluído algo que a prática dos juízes e tribunais parece se esquecer – de que há um dever de fundamentar as decisões ou, nas palavras do autor, de que é imprescindível a existência de “uma fundamentação da fundamentação, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição” (STRECK, 2011, p. 619). Veja-se que a proposta de Lenio Streck é algo muito maior do que conferir se a decisão está de acordo com o manancial de leis existentes e com o texto constitucional: por óbvio, pragmaticamente, também passa por isso; entretanto, seu posicionamento vai bem mais além, afirmando a ruptura com a clássica compreensão positivista (exegética) do direito e a importância de pensá-lo como um todo. (LIMA; TASSINARI, 2011, p.109)

caracteriza-se quando a decisão judicial é formada por critérios extrajurídicos, isto é, pelo desejo do julgador – entre as várias soluções possíveis, a escolha do magistrado é adstrita ao desejo de acelerar a mudança social ou, ao reverso, de traduzir módicas transformações. Desse modo, a discussão sobre ativismo é saber em que medida juízes e tribunais podem considerar suas próprias crenças e preferências como fundamento para decidir casos jurídicos. Este é o problema a ser enfrentado: a postura ativista do Judiciário consistente numa decisão fundamentada em um ato de vontade de quem julga, fazendo com que a concretização de direitos e a democracia fiquem presas aos aspectos subjetivos dos juízes de seu poder discricionário⁷⁹.

Comenta-se que o ativismo judicial provoca um desequilíbrio na relação entre os Poderes, impedindo uma atuação constitucionalmente legitimada. Por isso, há necessidade de se construir uma teoria da decisão judicial, questionando-se os limites da intervenção do Judiciário, bem como estabelecer a adequada aplicação do trinômio supramencionado.

3 Mutação Constitucional

Para se discutir o assunto da mutação constitucional, primeiramente faz-se importante relatar uma história, “Katchanga Real”, criada por Luis Alberto Warat e citada por Lenio Luiz Streck:

Chegou um forasteiro e desafiou o croupier do cassino, propondo-lhe o jogo da Katchanga. Como o croupier não poderia ignorar esse tipo de jogo – porque, afinal, ali se jogavam todos os jogos (lembremos do non liquet) –, aceitou, ciente de que “o jogo se joga jogando”, portanto, não há lacunas no “sistema jogo”.

Veja-se que o dono do Cassino, também desempenhando as funções de croupier, sequer sabia que Katchanga se jogava com cartas... Por isso, desafiou o desafiante a iniciar o jogo, fazendo com que este tirasse do bolso um baralho. Mais: o desafiado também não sabia com quantas cartas se jogava a Katchanga... Por isso, novamente instou o desafiante a começar o jogo.

O desafiante, então, distribuiu dez cartas para cada um e começou “comprando” duas cartas. O desafiado, com isso, já aprendera duas regras: 1) Katchanga se joga com cartas; 2) é possível iniciar “comprando” duas cartas. Na sequência, o desafiante pegou cinco cartas, devolveu três; o desafiado (croupier) fez o mesmo. Eram as regras seguintes.

⁷⁹ Vale lembrar que se admite a aplicação da discricionariedade na nova teoria do direito, qual seja, neoconstitucionalismo. No entanto, o poder discricionário, quando da sua utilização, deve pautar-se de razão e proporcionalidade, posto que, se assim não o seja, transgredirá o Estado Democrático de Direito. Para retratar a visão sobre a discricionariedade que se tem atualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello a conceitua como: “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. (MELLO, 2012, p. 48)

Mas o “Grundcassinero” (chamemos ele assim) não entendia o que fazer na sequência. O que fazer com as cartas? Eis que, de repente, o desafiante colocou suas cartas na mesa, dizendo “Katchanga”... e, ato contínuo, puxou o dinheiro, limpando a mesa. O “Grund...”, vendo as cartas, “captou” que havia uma sequência de três cartas e as demais estavam desconexas. Logo, achou que ali estava uma nova regra.

Dobraram a aposta e... e tudo de novo. Quando o “Grund...” conseguiu fazer uma sequência igual a que dera a vitória ao desafiante na jogada primeira, nem deu tempo para mais nada, porque o desafiante atirou as cartas na mesa, dizendo “Katchanga”... Tinha, desta vez, duas sequências...! Dobraram novamente a aposta e tudo se repetiu, com pequenas variações na “formação” do carteadado. O “doutor Grund...” já havia perdido quase todo o dinheiro, quando se deu conta do óbvio: a regra do jogo estava no enunciado “ganha quem disser Katchanga primeiro”.

Pronto. O “doutor” “Grund...” desafiou o forasteiro ao jogo final: tudo ou nada. Todo o dinheiro contra o que lhe restava: o Cassino. E lá se foram. O desafiante pegava três cartas, devolvia seis, buscava mais três, fazia cara de preocupado; jogava até com o ombro... E o “Doutor Grund”, agora, estava tranquilo. Fazia a sua performance. Sabia que sabia!

Quando percebeu que o desafiante jogaria as cartas para dizer Katchanga, adiantou-se e, abrindo largo sorriso, conclamou: Katchanga... e foi puxar o dinheiro. O desafiante fez cara de “pena”, jogando a cabeça de um lado para outro e, com os lábios semi-cerrados, deixou escapar várias onomatopeias (tsk, tsk, tsk)... Atirou as cartas na mesa e disse: Katchanga Real! (STRECK, 2012)

Pode-se extrair deste pequeno texto que os sentidos não cabem na regra (mutação e sentido são pressupostos inseparáveis), sendo que uma situação concreta enseja várias interpretações. Tendo em vista que atualmente não se promove a reforma das Constituições, mas, como já dito, sua contextualização, insere-se aqui o fenômeno da mutação constitucional que não dispensa, sobremaneira, a atuação conjunta da hermenêutica constitucional e do novo constitucionalismo sobre si. As Constituições não são eternas e nem imutáveis. Por esse motivo é que as Cartas Políticas preveem mecanismos para sua própria alteração e adaptação aos novos contextos. No entanto, esta não é a única forma de modificação do conteúdo das normas constitucionais.

3.1 Conceito

Com efeito, a modificação da Constituição pode ocorrer por duas vias: a via formal e a via informal. A via formal⁸⁰ se dá através da reforma constitucional, procedimento este complexo, posto que a modificação do sentido e do texto da Constituição é gravosa (rigidez constitucional). Já a via informal consubstancia-se por meio da alcunhada mutação constitucional, que, nas palavras de Barroso, é

⁸⁰ No que tange à alteração formal do texto de uma Constituição, há apenas uma maneira. Isso se dá pela via de um processo legislativo específico, previsto em seu art. 59 – emenda constitucional. Este procedimento de alteração textual necessita da aprovação do Congresso Nacional, do Presidente da República ou de Assembleias Legislativas, observados os requisitos e particularidades estabelecidos pelo art. 60 da Constituição do Brasil.

(...) mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são adotadas inúmeras normas constitucionais. (2010, p. 124)

Vale a pena fazer transcrição das palavras de Canotilho sobre o conceito de mutação, a saber: “(...), considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto” (CANOTILHO, 2000, p. 1228).

Por seu turno, Nelson Nery Júnior (2009) afirma que mutação constitucional não consiste em processo de artificialidade. Ou seja, não se trata de uma medida intencional, programada. Em outras palavras, não se pode pretender fazer uma mutação – ela ocorre ou não, caso contrário se estaria incorrendo em violação ao Estado Constitucional.

Por todo o exposto, em relação à concepção de mutação, refere-se a um fenômeno que não tem previsão legal, tratando-se, portanto, de mudança informal da Constituição. Por meio dela, modifica-se a norma constitucional, propriamente, seu sentido, mantendo-se seu texto, pressupondo a não identificação entre norma e texto.

Ressalta-se, aqui, a importância do neoconstitucionalismo para este instituto, porquanto o novo modelo de constitucionalismo permitiu a distinção entre norma e texto, texto e sentido, princípios e regras, entre outros, como já elucidado neste trabalho, e esta diferenciação proporcionada que ensejou o surgimento da mutação constitucional. Sendo assim, a mutação é mais uma das inovações da teoria pós-positivista, decorrente, substancialmente, da distinção entre texto e norma e, também, da corrente de contextualização/conformação da Constituição à nova realidade social, política e econômica.

Nesse sentido, manifesta-se Adriano Sant’Ana Pedra, dizendo que

o fenômeno da mutação constitucional é uma constante na vida dos Estados e ocorre porque o significado da Constituição não é dado de antemão, mas depende do contexto no qual é concretizado. O sentimento constitucional presente em cada momento vivido passa a permear a realização da Constituição, e a natureza dinâmica da Constituição, como organismo vivo que é, permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas. (2010, p. 3)

Nesse contorno, é indispensável estabelecer um liame entre o mundo fático e o mundo normativo, a fim de que as normas constitucionais sejam responsáveis por conformar a Constituição à realidade.

3.2 Espécies de mutação constitucional

A mutação constitucional aplica-se quando configurado o estado de incongruência entre as normas constitucionais e a realidade, sendo suas espécies utilizadas:

- a) Mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição;
- b) Pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente;
- c) Por uma prática estatal contraditória com a Constituição; ou, ainda,
- d) Através de interpretação, situação de anormalidade que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria práxis constitucional. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p. 189)

Ressalta-se que, como se objetiva discutir neste trabalho o caso das uniões estáveis como entidades familiares, então, a espécie de mutação constitucional a que se pode fazer a subsunção ao aludido caso é a que se dá pela via interpretativa.

3.3 Limites da mutação constitucional

A mutação constitucional manifesta-se por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por costumes e práticas políticas adequadas socialmente. A legitimidade de sua prática está na convergência entre conceitos que guardam tensão entre si, que são: a rigidez da Constituição e a elasticidade de suas normas. Segundo Barroso,

a rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma. (2010, p. 128)

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites e, caso sejam ultrapassados, violados serão o poder constituinte e a soberania popular. Externando essa preocupação, Canotilho afirma que,

muito embora não se deva entender a Constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional, isso não significa entregar o seu texto à discricção dos intérpretes/aplicadores, liberando-os para leituras que, realizadas à margem ou além da fala constitucional, acarretem alterações não permitidas pela Constituição. (2003, p. 1195-1245)

O tema preocupa bastante àqueles que trabalham com a Constituição, pois mesmo as leituras não autorizadas da Carta Constitucional se espalham no ordenamento jurídico e nela provocam grandes estragos. Essas leituras são aceitas sem o menor esforço, pois, afinal, as interpretações e as recepções são formas abreviadas de criação do direito. Assim, visando proteger o espírito da Constituição, não permitindo que as adaptações à nova realidade desvirtuem sua substância, de acordo com Barroso,

(...) a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder

constituente reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário. (2010, p. 128-129)

Noutras palavras, deverá haver um cuidado precioso no que se refere à atribuição de sentido à norma constitucional, de modo a preservar os princípios fundamentais da Constituição.

3.4 Mutação inconstitucional

Caso a modificação informal da Constituição ultrapasse o limite imposto pela elasticidade do texto constitucional, surge a chamada mutação inconstitucional, o que a doutrina chama de falseamento ou quebrantamento (ou quebramento) da Constituição, que ocorre quando a alteração informal representa afronta ao sistema constitucional. Conforme discorre Adriano Sant'Ana Pedra,

Néstor Pedro Sagües escreve que, por vezes, ocorre uma manipulação constitucional, isto é, a utilização da Constituição com um interesse particular. Nessa hipótese, o manipulador, ao invés de servir à Constituição, serve-se dela. Os mecanismos manipuladores são muitos, dentre os quais o autor cita: (i) dar às palavras da Constituição um sentido absurdo; (ii) interpretar isoladamente um artigo da Constituição; (iii) realizar afirmações infalíveis e sem necessidade de demonstração; (iv) praticar analogias improcedentes; (v) postular algo como regra, mas não aplica-la sempre; e (vi) criar exceções que a constituição não prevê. (PEDRA, 2011, p. 16)

Os efeitos provocados pelas mutações inconstitucionais possibilitam transformações temporárias ou perenes e, até mesmo, suspendem a eficácia da norma constitucional, em evidente desrespeito à Constituição. Assim, não se pode deixar que a mutação constitucional promova resultados conflitantes com a ordem jurídica constitucional. Desta feita, do mesmo modo que as mudanças formais da Constituição (reforma e revisão) passam pelo crivo do controle de constitucionalidade, as mudanças informais são suscetíveis de serem controladas.

3.5 Mecanismos de atuação da mutação constitucional

A adaptação da norma constitucional a novas realidades pode acontecer por meio de ações estatais ou por comportamentos sociais. Tal adaptação pode ser levada a efeito através da interpretação constitucional, pelo costume constitucional ou pelo próprio legislador. A interpretação constitucional visa determinar o sentido e o alcance de uma norma constitucional. Aplicar-se-á a Constituição nas operações de concretização do direito, podendo a aludida aplicação ser direta ou indireta. Será direta quando a pretensão tiver como fundamento dispositivo constitucional, a exemplo da pessoa que ingressa com ação na defesa de seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X). Lado outro, será indireta quando a pretensão estiver sob égide de norma infraconstitucional. Nesse caso, de acordo com Barroso, “a Constituição figurará como

parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela” (2010, p. 130).

Ademais, tem-se na contemporaneidade constitucional adotado o costume como fonte de direito positivo, inclusive por países dotados de Constituições escritas e rígidas, como é o caso do Brasil. O costume, por muitas vezes, ensejará a interpretação informal da Constituição, tendo, ainda, papel atualizador de seu texto e, em algumas situações, estará em contradição com a norma constitucional. Das três espécimes de costume, que são: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem*, também conhecido como integrativo e, por fim, o *contra legem* ou derogatório, somente este último não merece a guarda do Direito.

Por fim, haverá mutação constitucional por via legislativa, mais uma vez invocando aqui a doutrina de Barroso,

(...) quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo. (2010, p. 133)

Em certas ocasiões, que requerem a edição de legislação integradora, o legislador atuará, por determinação expressa da Constituição. Nesse sentido, haverão casos em que a mera edição de normas com escopo de desenvolvimento ou complementação do texto constitucional não caracterizará mutação constitucional.

4 Reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo STF

Primeiramente, é preciso suscitar a aplicação da elasticidade do texto normativo no que tange ao conceito de família dado pela Constituição de 1967/1969, no qual “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (artigo 167, do texto de 1967 e artigo 175, do texto de 1969). Inserida neste conceito, não estava a ideia de proteção à situação de um homem e uma mulher que vivessem juntos como cônjuges, sem, no entanto, serem casados. O Supremo Tribunal Federal, no seu processo de concretização, entendeu, no julgamento do Recurso Extraordinário RE nº60.657/GO⁸¹, que, tendo em vista as mudanças socioculturais brasileiras, o direito deveria também proteger a relação constituída a partir da convivência, sob o mesmo teto, de homem e mulher não casados.

Já sob a proteção da Constituição Brasileira de 1988, o Governador do Estado do Rio de Janeiro propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental – ADPF nº 132/RJ, em que se pretendia obter a declaração de aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas.

De acordo com Barroso,

⁸¹ Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Rel. Min. Adalicio Nogueira. J. 20/11/1970. DJ 16/12/1970.

o contexto fático do ajuizamento da ação pode ser descrito da seguinte forma. Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existiam incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema. (2012, p. 121)

Contudo, a Constituição Federal de 1988, que pugna por organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, forjada na igualdade⁸² de todos, não tem previsão legal a respeito da liberdade de orientação sexual. Por consequência, não se fez menção, também, às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões heterossexuais, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher (CF/88, art. 226, § 3º). O Código Civil acrescentar nas referências, ao disciplinar o tema da união estável, em seu art. 1.723, prescreve que: “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”.

Analisadas as teses jurídicas apresentadas, de acordo com Barroso,

em seu voto-condutor, o Ministro Carlos Ayres Britto acentuou a liberdade individual, o direito à intimidade e à privacidade das pessoas, além de enquadrar a orientação sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, percorreu os dispositivos constitucionais que vedam tratamento discriminatório em razão do sexo, de modo a concluir que eventual interpretação reducionista do conceito de família iria de encontro a princípios constitucionais, bem como redundaria em discurso homofóbico ou preconceituoso. Nesse sentido, os casais homoafetivos teriam o mesmo direito subjetivo titularizado pelos casais heteroafetivos de formar uma família. Em conclusão, o Ministro-Relator atribuiu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável (contínua, pública e duradoura) entre pessoas do mesmo sexo como família, reconhecendo a aplicação das mesmas regras e consequências conferidas à união estável heteroafetiva. (2012, p. 124)

Da leitura do texto retro, conclui-se que a concepção de entidade familiar envolve toda a problemática do caso, sendo que, para conformar uniões homoafetivas ao conceito de família, fizeram-se necessários dois institutos oriundos da nova ordem constitucional, quais sejam, a mutação e a interpretação conforme a constituição. A interpretação, conforme a constituição, é ramo do direito constitucional que traduz a conformação das leis infraconstitucionais às normas da Constituição. Sendo assim,

⁸² “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

uma vez que união homoafetiva foi considerada entidade familiar, o art. 1.723 do CC não pode representar óbice para a concretização deste direito por parte da Constituição Federal. Por isso, aplicou-se à união homoafetiva o mesmo regime jurídico da união estável entre pessoas heterossexuais.

4.1 Contextualização do caso das uniões homoafetivas na Teoria Tridimensional do Direito

É cediço que não mais se vive sob a proteção do formalismo positivista, que apregoava validade jurídica somente para os enunciados normativos previstos. Dessa maneira, o abandono ao positivismo simboliza que não é pelo fato que a Constituição menciona expressamente a união entre homem e mulher como entidade familiar, que seja esta o único tipo de união permitido. A redação constitucional expressa apenas que restou reconhecida a união heteroafetiva, nada dizendo a Carta Política acerca da união homoafetiva: não a regulamentou expressamente, como também não a proibiu. Assim, valendo-se do disposto no art. 5, inciso II, da CF/88, segundo o qual ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, tem-se que inexistem proibições implícitas no Direito brasileiro. Então, ou existe norma constitucional expressa proibitiva ou se tem a existência de mera lacuna normativa passível de colmatação pela interpretação extensiva ou pela analogia.

Com efeito, levando-se em consideração os contornos da ordem constitucional, não se reconhecem apenas os fatos expressamente albergados pela literalidade normativa. Quando a lei regulamenta determinado fato, ela o faz devido a determinado valor a ele atribuído, valoração esta que gera a norma. Noutras palavras, a norma é o resultado da valoração de determinados fatos (Teoria Tridimensional do Direito⁸³ segundo a qual norma = fato + valor). Nessa linha de pensamento, diz-se que

⁸³ Em outras palavras: a norma é a conjunção de fatos e valores (as três dimensões do Direito), donde se pode concluir pela existência da equação segundo a qual norma = fato + valor, do que se percebe que é o valor que justifica a regulamentação de determinado fato, sendo o valor, assim, o elemento relevante da análise da finalidade normativa, não o mero fato. (Cf. REALE, 2004. p. 64-65). Essa é a teoria tridimensional do Direito, segundo a qual há três aspectos nas normas jurídicas, a saber: (i) um aspecto fático, que engloba os fatos abarcados pela norma; (ii) um aspecto valorativo, que justifica a proteção aos fatos abarcados em virtude de um valor positivo a eles atribuído ou então justifica a condenação aos referidos fatos em virtude de um valor negativo a eles vinculado; e (iii) um aspecto normativo, que instrumentaliza em um texto normativo a proteção ou condenação legislativa aos fatos em comento. Isso significa que o Direito é uma ciência valorativa, no sentido de que protege ou reprime determinados fatos em razão da valoração a eles atribuída. Ademais, a equação norma = fato + valor é subjacente às lições de Miguel Reale. Afinal, afirma o autor que “a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada situação de fato, referida a valores determinados”, sendo preciso observar “a unidade ou a correlação existente entre os aspectos fático, axiológico e prescritivo do Direito” (REALE, 2008. p. 511); ou ainda que “a tridimensionalidade específica do Direito resulta de uma apreciação inicial da correlação existente entre fato, valor e norma no interior de um processo de integração, de modo a abranger, em unidade viva, os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito” (Ibidem, p. 515). Cite-se, ainda, o entendimento do autor no sentido de que “duas são as condições primordiais para que a

o fato verifica-se na existência de uniões entre pessoas de mesmo sexo, o valor consiste na identificação do elemento formador da família juridicamente protegida do atual ordenamento jurídico-constitucional e norma não é senão o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo STF.

4.2 *Relação entre ativismo judicial e caso das uniões homoafetivas*

De acordo com Tassinari,

caso: reconhecimento das uniões homoafetivas. No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo judicial começa a ser discutida em diálogo com o texto de Lenio Streck, Vicente Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira⁸⁴. Como resultado da análise do posicionamento destes autores, o ministro manifesta entendimento contrário, afirmando que o Judiciário deve ter um papel ativo, na espera que o Legislativo venha a atuar; que o Supremo Tribunal Federal deve apresentar uma resposta de caráter positivo; que “se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político, a resposta do Supremo Tribunal Federal só pode ser de caráter positivo (pp. 160-162). Já o pronunciamento do ministro Celso de Mello sobre o ativismo, em um primeiro momento, ocorre de modo diferenciado, pois afirma: “nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justifiquem esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos”; e, ainda, “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam excessivamente o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade” (p. 261). No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo apresenta-se como uma

correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta: uma se refere ao conceito de valor, reconhecendo-se que ele desempenha o tríplice papel de elemento constitutivo, gnoseológico e deontológico da experiência ética; a outra é relativa à implicação que existe entre o valor e a história, isto é, entre as exigências ideais e a sua projeção na circunstancialidade histórico-social como valor, dever-ser e fim. (...) Dizemos que o valor constitui a experiência jurídica porque os bens materiais ou espirituais, construídos pelo homem através da História, são, por assim dizer, ‘cristalizações de valor’ ou ‘consustanciações de interesses’” (Ibidem, p. 543). Ora, se a estrutura do Direito é tridimensional porque o elemento normativo supõe uma situação fática referida a valores determinados (primeira citação), isso significa que a norma é formada pela atribuição de um valor a um fato. Logo, a equação apresentada (norma = fato + valor) afigura-se correta.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro constituinte”. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 1, n. 2, pp. 75-83.jul./dez.2009.

postura positiva no suprimento da atuação dos demais Poderes. Celso de Mello, por sua vez, identifica o ativismo também como postura ativa, mas agrega o fato de que ela ocorre em cumprimento da Constituição. Ainda, aponta o ativismo como uma necessidade institucional.⁸⁵ (2012, p. 108-109)

Analisando-se o texto elucidado por Tassinari, diz-se que os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, mais alta Corte do país, denotam que a acepção e compreensão do ativismo vinculam-se a ideia de boa atuação do Judiciário, ou seja, o exercício de uma função que não é típica do Judiciário é uma consequência natural de sua intervenção, ou seja, é natural uma atuação por parte do Poder Judiciante para além de suas atribuições. Em outras palavras, a visão de ativismo judicial revela uma concepção de aumento de poderes do Judiciário que, conseqüentemente, comina no protagonismo judicial.

4.3 O caso das uniões homoafetivas como exemplo de mutação constitucional

Como já mencionado várias vezes, o direito precisa acompanhar a dinâmica das transformações sociais e, para tanto, são necessários métodos de contextualização da lei, fonte do Direito mais utilizada, principalmente das leis editadas há mais tempo, como é o caso da Constituição Federal de 1988. A mutação constitucional serve para os fins de contextualização, sendo que sua atuação se dá no campo semântico, isto é, transforma-se o sentido da norma, mantendo-se seu texto. De acordo com Cunha Júnior,

[...] a mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com sua realidade social. Com a mutação constitucional não se muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das Constituições, cujos enunciados muitas vezes ficam asfixiados à espera de revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem as demandas do texto e dos fatos. (2009, p. 257)

Dessa maneira, analisando o art. 226, § 3º, da CF, tem-se que a Carta Magna limitou a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável somente às pessoas de sexo opostos, silenciando-se a respeito das uniões homoafetivas. De fato, essa nova maneira de pensar família, ou seja, pessoas do mesmo sexo que convivem intimamente, existe no Brasil desde a década de 80. Então, realmente, o constituinte originário foi relapso ao não albergar as uniões sob o mantra da Constituição. No tocante às relações de família e às constantes transformações, pronuncia-se Dias:

as relações familiares são as mais sujeitas a mutações, pois regidas por costumes que se alteram cada vez em maior velocidade. O gradual afastamento da sociedade da moral judaico-cristã rompeu o modelo conservador da família, que dispunha de

⁸⁵ ADIn 4277/DF/ Tribunal Pleno/Relator Ayres Britto/ Julg.:05/05/2011/ DJe Pub.: 14/10/2011

um perfil patriarcal, hierarquizado, patrimonial, matrimonializado e heterossexual. A revolução feminista, bem como o surgimento dos métodos contraceptivos e de reprodução assistida, produziu profundas alterações na estrutura familiar. O desafio foi abandonar o tradicional conceito de família, identificado exclusivamente com o casamento, e encontrar novos referenciais, para albergar as organizações que se formaram fora do laço da oficialidade. O comprometimento mútuo decorrente de um elo de afetividade levou a doutrina a chamar de família a multiplicidade de vínculos que se identificam pelo afeto. (2003, p. 12-13)

O interessante é que por meio do processo legislativo pudesse-se fomentar o regime jurídico das uniões homoafetivas. No entanto, sabe-se que esse processo é complexo, demorado e gravoso. Dessa forma, enquanto a lei não é editada, o Judiciário precisa suprir essa lacuna. Analisando-se a pretensão interposta no Supremo Tribunal Federal, observa-se que o julgamento tratou da apreciação conjunta da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ. As pretensões encerram as seguintes propostas: reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com a ampliação dos direitos conferidos aos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo e, sob os argumentos da isonomia, liberdade e dignidade da pessoa humana, que o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723, do Código Civil, fosse estendido às uniões homoafetivas.

Acompanhando o voto do Relator, Ministro Ayres Britto, por unanimidade, o Plenário do STF decidiu pela procedência das ações propostas e com efeito vinculante, dando interpretação conforme a Constituição no sentido de excluir qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil, que pudesse vir a impedir o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Sendo assim, pode-se dizer que, uma vez que o art. 226, § 3º da CF não sofreu qualquer alteração em seu texto, e que, agora, para fins de consideração de entidade familiar inserem-se também as uniões homoafetivas, percebem-se mudanças de crivo semântico no conteúdo da norma constitucional. Portanto, restou comprovado que quando o Supremo Federal reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, concedendo-lhes, ainda, regime jurídico equivalente às uniões estáveis, constatou-se a ocorrência da mutação constitucional, sendo a interpretação seu meio de efetivação, além, é claro, de restar ratificado igualmente o ativismo judicial do STF ao suprir a lacuna legislativa referente ao caso em questão.

5 Conclusão

O trabalho perpassou por vários segmentos do direito constitucional, na busca da solução da problemática que se propôs a discutir. O primeiro item tratou da questão da nova teoria constitucional e suas consequências, principalmente para o campo da hermenêutica. O Neoconstitucionalismo propiciou novas formas de se pensar o direito e os conteúdos constitucionalmente relevantes, influenciando, inclusive, nas decisões

judiciais. O segundo item teve como objetivo trazer à baila um esboço teórico acerca da mutação constitucional, traduzindo seus pontos mais importantes.

Já no terceiro item estabelece-se uma relação íntima entre a mutação constitucional, o ativismo judicial e o caso das uniões homoafetivas, concluindo-se que o STF, buscando suprir lacunas deixadas pelo constituinte originário e, levando-se em consideração que o processo legislativo, no tocante à emenda constitucional, é complexo, ampliou a compreensão acerca do que pode ser considerado como entidade familiar, inserindo neste campo as uniões homoafetivas, conferindo-lhes regime jurídico de uniões estáveis. Isto é, por meio do ativismo judicial⁸⁶, a Suprema Corte concedeu ao art. 226 da Constituição Federal uma nova interpretação, haja vista a mudança da realidade social e a nova percepção do Direito.

Há que se frisar, então, a aplicação da mutação constitucional por via da interpretação, concluindo-se que houve interpretação da interpretação, mudando-se o sentido, mas mantendo-se o texto no que se refere ao conceito de família e união estável.

Referências

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Bahia, n.17, 2009.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Bahia, n.4, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 379 p.

_____. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de [Coord.]. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis. *RBDC-Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, p.109-137, 2012.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 09 set. 2013.

BRASIL. *Constituição* (1967). Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm> . Acesso em:

⁸⁶ O ativismo judicial para a Suprema Corte representa uma postura positiva no suprimento da atuação dos demais Poderes.

09 set. 2013.

BRASIL. *Constituição* (1988). Brasília, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 09 set. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade – o que diz a Justiça! as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

LIMA, Danilo Pereira; TASSINARI, Clarissa. O problema da inefetividade constitucional no Brasil: o Estado patrimonialista e o ativismo judicial. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 98-113, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos do Direito*. Tradução Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugênia. Filosofia Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. p. 37-79, 2011.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latinoamericana. In: VIII CONGRESSO MUNDIAL DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2010, Cidade do México. *Mesa Temática 13: Novas tendências temáticas do direito constitucional na América Latina*. p.3-4.

_____. *Mutação Constitucional e Teoria da Concretização*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. p. 15-35, 2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de Paula; NOVELINO, Marcelo. [Coord.]. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A Incompatibilidade paradigmática entre positivismo e neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de Oliveira (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 jun. 2012, Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em 09/11/2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional: alteração da Constituição em modificação do texto, decisionismo e *verfassungsstaat*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I*, p. 607-630, 2003.

TASSINARI, Clarissa. As transformações da teoria do direito contemporânea no contexto do trinômio moral-princípios-discrecionalidade. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. v. 3, n. 3, 2010.