II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HERMENÊUTICA JURÍDICA

RUBENS BEÇAK

JÂNIO PEREIRA DA CUNHA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini - 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 - UNIVEM – São Paulo
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 – Goías
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 Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

H553
Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Jânio Pereira da Cunha; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2020.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-174-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Hermenêutica. 3. Jurídica. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

A realização do “II Encontro Virtual do CONPEDI” nesse momento ainda de plenas restrições aos eventos presenciais decorrentes da necessidade do isolamento social imposto pela pandemia do COVID 19 obriga a uma reflexão sobre o acerto da decisão na realização do tradicional encontro, mesmo nessa condição de adversidade.

A virtualística tem funcionado como forma possível a assegurar o evento, em evidente privilégio dos esforços daqueles que realizaram o seu denodo de pesquisa, como forma de viabilizar suas apresentações para a comunidade científica.

O Grupo de Trabalho ‘Hermenêutica Jurídica I’ contou com excelentes trabalhos e profícuas discussões sobre eles, em debate instigante que possibilitou o enfoque de múltiplas abordagens, dentro da melhor experiência dos encontros anteriores do CONPEDI.

Assim, foram feitas exposições oportunas e percucientes para a Pesquisa brasileira sobre oito trabalhos, listados no índice, com investigações que retrataram temas dos mais variados, em ampla amostragem do que se faz no de melhor Brasil no campo da Hermenêutica Jurídica.

Note-se também a ampla participação de congressistas presentes na sala virtual, em evidente comprovação do acerto na edição, mesmo em formato eletrônico, em algo emblemático e que, somado ao debate crítico, deixa boas lembranças.

Boa leitura!

Prof. Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo (USP)

Prof. Dr. Jânio Pereira da Cunha – Centro Universitário Christus

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A (DES)NECESSIDADE DE REVISITAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL PELO PODER CONSTITUINTE (POVO) APÓS A INTEPRETAÇÃO JUDICIAL QUE SE AFASTA DA LITERALIDADE: O CASO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

THE (DIS)NEED TO REVISIT THE CONSTITUTIONAL TEXT BY THE CONSTITUENT POWER (PEOPLE) AFTER THE JUDICIAL INTEPRETATION THAT DEVIATES FROM LITERALITY: THE CASE OF THE HOMOAFFECTIVE STABLE UNION

Renata Albuquerque Lima [1]
Jose Sodre Ferreira Neto [2]

Resumo

Este artigo faz considerações sobre o povo e seu poder constituinte para, a partir da ideia de texto normativo para a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, avaliar a necessidade de revisitação do texto constitucional após a interpretação judicial que se afasta da literalidade do enunciado linguístico, ilustrando, para tanto, com o objeto das ADPF 132 e ADI 4277, qual seja, o reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Neste desiderato, em uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial de cunho indutivo, observou-se que tais dissonâncias exigem uma reanálise do texto constitucional pelo Congresso Nacional.

Palavras-chave: Povo, Poder constituinte, Texto normativo, Interpretação judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This article makes considerations about the people and constituent power in order to, based on the idea of a normative text for the Structuring Theory of Law, by Friedrich Müller, evaluate the need to revisit the constitutional text after the judicial interpretation that deviates from the literality of the linguistic statement, illustrating with the object of ADPF 132 and ADI 4277, which is, the legal recognition of the homoaffective union. In this regard, in a bibliographic and jurisprudential research of an inductive nature, it was observed that such dissonances require a reanalysis of the constitutional text by the National Congress.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: People, Constituent power, Normative text, Judicial interpretation

[1] Pós-doutora em Direito pela UFSC. Doutora em Direito pela UNIFOR.

[2] Mestrando em Direito pela Unichristus. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 já anuncia que “todo poder emana do povo”. O mencionado *poder* comporta em si a faculdade de edição de normas constitucionais, originárias e derivadas, que servem de base à toda a sociedade e ao ordenamento jurídico subjacente em um Estado Democrático de Direito.

Como marco teórico, tomar-se-á a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, em especial naquilo que o jurista alemão chama de *texto normativo.* Para Müller, o *texto normativo* é um limite a estruturação da norma, sendo possível, em razão do *âmbito normativo* envolvido, que a norma jurídica se afasta da *ideia normativa fundamental* (2009, p. 211).

Neste contexto, este trabalho pretende analisar as aproximações teóricas mencionadas, a partir de uma pesquisa bibliográfica, tomando por base a união estável de casais homoafetivos, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em face do enunciado linguístico do parágrafo 3º do artigo 226 da Carta Cidadã de 1988. Em seguida, considerado esse ponto de partida, buscar-se-á avaliar a necessidade de revisitação do texto constitucional pelo legislador constituinte, ainda sob a perspectiva de Friedrich Müller, como forma de conformação entre o texto normativo e âmbito normativo.

Assim, o problema reside no afastamento das hipóteses de aplicação da norma jurídica daquelas gramaticalmente deduzidas do enunciado linguístico do texto constitucional e as consequências desse divórcio para o intérprete. Por conseguinte, a relevância deste estudo repousa na verificação da necessidade do intérprete, autêntico ou não, extrair diretamente do texto constitucional os seus possíveis sentidos, sem prejuízo de decisões ou percepções que fujam à interpretação literal consideradas as nuances do caso concreto.

2 O POVO E O PODER CONSTITUINTE: BREVES CONSIDERAÇÕES

A Grécia Antiga já conhecia a Teoria da Democracia e suas nuances, tendo Aristóteles revelado a noção da participação popular com grande afinco, chegando mesmo a elencar cinco espécies de democracia (REGINALDO, 2004, p. 255). Contudo, a soberania popular não remonta a mesma época. Somente a Idade Moderna trouxe consigo a ideia de que a massa popular detém o poder constituinte, emergindo a noção de democracia constitucional (KALYVAS, 2013, p. 37). Nesta esteira, nota-se que se forma um interessante paradoxo no constitucionalismo, como anuncia Alexandre Araújo Costa, onde a "soberania popular que precisa ser absoluta (para fundamentar a validade da constituição) e ao mesmo tempo limitada (para respeitar a validade da constituição)" (2011, p. 180).

Para além de todas as dissonâncias e percepções acerca da democracia e suas espécies, da constituição e suas possibilidades, do poder constituinte e suas perspectivas, é necessário fazer um recorte objetivo para fins deste artigo, dada a vastidão do terreno que as teorias sobre esses temas percorrem. Assim, vale destacar, de antanho, que o paradoxo mencionado e algumas de suas decorrências que serão adiante debatidas servem de sustentáculo às indagações a que este trabalho se propõe. Assim, a dualidade da figura do *povo* no cenário da democracia constitucional é o bastante, por enquanto, para o desiderato que se objetiva, ou seja, a noção de que a massa popular é, ao mesmo tempo, autora e destinatária da Constituição de um Estado Democrático de Direito (KALYVAS, 2013, p. 38).

Feita esta pontuação, torna-se necessária uma apresentação conceitual dos elementos que compõem a relação tridimensional anunciada no título deste tópico, a fim de que seja viável, em seguida, uma análise acerca do paradoxo e suas implicações na consciência popular acerca do texto constitucional.

O vocábulo *povo* inserto na Constituição Cidadã de 1988 está longe de ser unívoco, requerendo um grande esforço conceitual, sobre o qual se debruçou Friedrich Müller (2003) em seu livro *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. A concepção de *povo*, como rememora Fábio Konder Comparato ao prefaciar a obra de Müller, já era conhecida desde a antiguidade clássica, tendo tomado contornos mais relevantes com a Era Moderna e a ideia de

soberania popular. Ainda, nas linhas iniciais do aludido trabalho, destaca-se a introdução, escrita por Raph Christensen (2003, p. 33-34), que anuncia a relevância das percepções que se tem acerca da palavra *povo* estampada nos textos constitucionais. Estas reflexões preambulares demonstram a amplitude e a complexidade que envolvem a delimitação do significado da palavra *povo* no texto constitucional, exigindo que se navegue em águas mais rasas, considerado o propósito deste estudo.

Assim, pode-se indicar, de modo aparentemente consensual, o *povo* como "elemento humano" na formação do Estado, tendo assumido a preponderância no cenário político a partir das revoluções liberais que puseram abaixo o Antigo Regime (GAIA, 2014, P. 147). Frise-se que não se pretende, neste estudo, avaliar questões mais profundas atinentes à legitimidade democrática na construção constitucional, especialmente em países cujos níveis de desigualdade são clarividentes, como o Brasil (COMPARATO, 2003, p. 24).

Passando à análise da relação entre os elementos, o *povo* é o titular do *poder constituinte* em uma democracia, como indica o artigo 1º da Bíblia Política brasileira, e daqui se extrai a primeira faceta da ambivalência anunciada, qual seja, a soberania popular para editar toda e qualquer forma normativa positivada, seja ela constitucional ou não. Nesta senda, como leciona Müller (2003, p. 55), "o povo atua como sujeito de dominação nesse sentido por meio da eleição de uma assembleia constituinte e/ou da cotação sobre o texto de uma nova constituição". Deste modo, a soberania popular confere poderes para editar os atos normativos de mais alto grau em uma Estado Constitucional e, por consectário lógico, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Aqui, cumpre esclarecer que Müller (2003, p.62) também indica todo o poder estatal decorre do poder constituinte, sobrelevando que o *estado* é o âmbito material desse poder de direito emanado do dispositivo democrático. Esta é uma premissa da sua parte do paradoxo, uma vez que as normas às quais se submete o *povo*, em última análise, são decorrentes da própria soberania popular. Isto é, o povo tem o poder de editar normas que regrará a sua própria vida social (CHUEIRI; GODOY, 2010, p.166).

Não se pode olvidar, como lembra Gilberto Bercovici (2013, p. 309) que o poder da soberania popular em uma democracia constitucional não se exaure na eleição da assembleia constituinte ou na promulgação da constituição, sendo permanente, contendo ainda poder de alterar ou mesmo revogar as normas constitucionais.

Nesta esteira, a partir do brocardo latino *a maiori, ad minus*, torna-se possível contemplar, dentro do poder constituinte anunciado, a interpretação adequada da norma constitucional. O alicerce teórico acima que remete a percepção de que o *povo* é titular do poder constituinte, assim este deve ter a última palavra sobre o sentido do texto normativo que produziu ou que determinou a produção, quando se pensa em democracia representativa. Qualquer interpretação dissonante desta premissa parece burlar o propósito primeiro da letra constitucional, qual seja, realizar, ainda que em linhas gerais, a vontade do seu soberano, na democracia, o povo (GAIA, 2014, p. 152).

Deste modo, os métodos interpretativos relacionados ao texto constitucional devem, por tais razões, ser transitórios, de modo que, assim que possível, aquele que detém o poder de escrever venha e exerça o poder de dizer o que escreveu. Não se descura que a interpretação servirá a dar respostas adequadas enquanto não for possível consultar o emissor do comando normativo. Quando o conferencista é prontamente interpelado acerca do significado de sua expressão por um ouvinte e o responde, não há interpretação deste, pois aquele (conferencista) já explicitou o único sentido possível sobre o que dissera. Por outro lado, se os interlocutores não estiverem no mesmo ambiente, como ocorre no texto constitucional analisado no caso concreto, serão necessários mecanismos interpretativos para buscar aquilo que fora proposto de forma mais fiel possível, porém temporária, não definitiva, sob pena de usurpação inarredável do poder de dizer o que se quer dizer. Neste aspecto, por mais bem-intencionados que sejam os intérpretes, eles jamais serão autores e tão pouco devem se propor a ser, sob pena de falência da própria democracia.

Assim, não sobram muitas dúvidas acerca da posição da Suprema Corte como último intérprete do texto constitucional, não por sua inabalável capacidade de dissecar o pensamento do constituinte, mas, unicamente, pela sua posição

no sistema jurídico desenhado constitucionalmente, vale ressaltar pelo *povo*, como anunciam os artigos 101 e seguintes da Constituição da República.

3 O TEXTO NORMATIVO EM FRIEDRICH MÜLLER COMO PARÂMETRO DE REVISITAÇÃO PELO PODER CONSTITUINTE

Para além das importantes contribuições teóricas acerca do povo e do poder constituinte já mencionadas neste trabalho, Friedrich Müller foi o precursor da Teoria Estruturante do Direito, que deu nome a um de seus livros, uma construção pós-positivista de feições concretistas que incorpora ao conteúdo da norma a situação fática submetida à análise jurídico-normativa, ou seja, não existe norma antes da existência do caso concreto ou *âmbito normativo* (MULLER, 2009, p. 206).

A partir das ideias de Müller, percebe-se que o texto constitucional, sob a noção de enunciado linguístico, só é adjetivado de normativo quando se destina a aplicação ao caso concreto, antes disso se resume a tinta grafada no papel (MÜLLER, 2009, p. 150-151). No entanto, sob a mesma perspectiva, apresentada uma situação fática a ser solucionada pelo Direito, o intérprete, sem perder de vista a realidade que o motiva buscar o texto, extrairá deste (texto) o que Müller chamou de *ideia normativa fundamental*, inserida em um programa normativo (MÜLLER, 2009, p. 205). Este programa incidirá sobre um determinado âmbito da vida humana, sobrelevando determinados pontos a fim de identificar as questões fáticas relevantes à solução jurídica do caso. Em linhas gerais, o conjunto dos fatos relevantes é denominado, por Müller, de *âmbito normativo*. Acrescenta o mencionado jurista alemão que, uma vez dissociado do *âmbito normativo*, o "texto original da norma passa a ser apenas texto linguístico" (MÜLLER, 2009, p. 218).

Desta relação entre *programa normativo* e *âmbito normativo* será extraída a norma jurídica adequada ao caso concreto que, uma vez aplicada, será considerada a norma de decisão. É importante ressaltar, desde logo, que Müller indica que estes são elementos da norma jurídica e não limites a ela (MÜLLER, 2009, p. 201). Essa singela observação dá aso à percepção de que a norma jurídica não está adstrita ao texto normativo e menos ainda ao enunciado linguístico expresso da Carta Política de um Estado. Ou seja, inobstante o texto

seja idêntico a cada estruturação da norma, esta será sempre diferente pois, ainda que se pense em um *programa normativo* igualmente extraído, o *âmbito normativo* será diverso e, por conseguinte, a norma jurídica também o será.

> A forma linguística do texto normativo geralmente fornece importantes indicações a respeito das ideias normativas fundamentais da disposição e, com isso, os questionamentos sob os quais o âmbito normativo deve ser observado. Este, por sua vez, frequentemente não é indicado no texto normativo e sempre, como ocorre na maioria dos direitos fundamentais, é evocado somente por meio de uma expressão sintética (“casamento e família”, arte e ciência”, “pesquisa e doutrina”, “uniões e sociedades”, “posse e direito das sucessões”). (MÜLLER, 2009, p. 205).

Observa-se que o *texto normativo*, com dito, não é limite à norma, mas um de seus elementos. Para sustentar este pensamento, Müller disserta que, para que pudesse ter a função limitadora, a metodologia literal de interpretação necessitaria de credibilidade especial. Isto é, haveria a imprescindibilidade de uma “*convenção* linguística prevalecente de forma geral ou estabelecida pela ciência jurídica” (MÜLLER, 2009, p. 208). Assim, poucas são as situações fáticas que podem ser regulamentadas diretamente a partir do texto normativo.

Entretanto, Müller destaca outras importantes funções do *texto normativo* como a concessão de “segurança jurídica”, “clareza da norma”, “publicidade” e “inviolabilidade do ordenamento constitucional no Estado Democrático de Direito” (2009, p. 208-209). Conclui, então, o jurista alemão que, inobstante desempenhe funções relevantes, o *texto normativo* não encerra todas as possibilidades fáticas do âmbito da vida humana (MÜLLER, 2009, p. 213).

Traçadas as linhas basilares acerca do *texto normativo* na Teoria Estruturante do Direito, destaca-se uma de suas funções para o propósito deste trabalho, qual seja, a análise da necessidade de revisitação do texto constitucional pelo poder constituinte: a indicação das situações fáticas que estão abrangidas pela norma a partir da interpretação literal.

Revisitando o primeiro tópico deste trabalho, verifica-se que um dos lados do paradoxo da democracia constitucional está na submissão do povo soberano às normas constitucionais que lhe autorregulam. Destarte, parece razoável que o *povo*, na qualidade de destinatário da norma compreenda o seu conteúdo a partir do enunciado linguístico por, pelo menos, duas razões que podem ser

logicamente deduzidas: a) para ter conhecimento sobre as situações fáticas acobertadas pela norma constitucional[1]; b) para exercer o seu poder constituinte de revisar as normas constitucionais.

Sob esta perspectiva, mostra-se desejável que o texto normativo contenha, tanto quanto possível, as situações fáticas contempladas, nas palavras de Müller (2009, p. 213-214):

> Quanto mais precisamente e mais completamente programa normativo e âmbito normativo são apreendidos pela língua do texto normativo, tanto mais fortemente a concretização pode ater-se à análise conceitual do texto literal (tradicionalmente multas vezes mal-interpretado como "a norma").

A questão é complexa, já reconhecia o referido jurista (2009, p. 213), e a reflexão feita neste trabalho reside precisamente nas decisões emanadas pela Suprema Corte brasileira na análise de questões constitucionais que fogem às situações literalmente decorrentes do *texto normativo* da Carta Magna. Portanto, é imperioso avaliar as digressões teóricas de Friedrich Müller acerca das divergências entre texto normativo e norma, esta especialmente no elemento *âmbito normativo*, acrescentando um caso já avaliado pelo Pretório Excelso.

4 A DISSONÂNCIA ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA: O CASO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

> Um dos paradoxos mais salientes da história do direito é a influência negativa que um corpo bem-sucedido de normas exerce sobre a teoria jurídica. Diante dele, os juristas tendem a se tornar simples glosadores, e o pensamento jurídico reduz-se a pobres comentários, quando não a mera paráfrase do texto normativo. (COMPARATO, 2003, p. 9).

Uma das bases teóricas da Teoria Estruturante do Direito é o *âmbito normativo* caracterizado pelo entrelaçamento entre direito e realidade, sendo o recorte do âmbito da vida humana que tem relevância normativa, compondo, assim, a construção da norma. Nota-se que a normatividade da disposição depende dos fatos que estão sob análise, sendo possível que o resultado se situe dentro de algum dos significados do enunciado linguístico ou mesmo fora deles. (MÜLLER, 2009, p. 156-159). A condução do problema para dentro da

[1] A questão se torna mais complexa quando se trata de enunciados linguísticos muito abrangentes, a exemplo de princípios e cláusulas gerais, como menciona Müller (2009, p.212).

teoria normativa não tem suas raízes na teoria de Müller, mas remontam a antiguidade clássica com a *tópica aristotélica* (VIEHWEG, 2008, p. 23). Escola de argumentação jurídica que também aderia à *problemática* pela construção de um raciocínio indutivo foi a *tópica* de Theodor Viehweg (ATIENZA, 2003, p. 59-61).

Neste estudo, trataremos de um caso que impôs à Suprema Corte brasileira reflexões profundas acerca da compatibilidade entre texto normativo e norma, considerada a realidade que se apresenta construída no seio social: o julgamento das Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, sobre as quais se passa a traçar breves contornos a fim de conformar o assunto aqui proposto.

Vale destacar, de antanho, que as referidas ações tinham como objeto, em linhas gerais, a discussão acerca da constitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil, cuja redação apregoa 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”. Visava-se, sinteticamente, o reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico a despeito da disposição normativa, empregando a técnica da interpretação conforme à Constituição. A sessão plenária foi realizada no dia 5 de maio de 2011, na qual foram, por votação unânime, julgadas procedentes as ações para conceder as mesmas regras e consequências da união heteroafetiva à relação homoafetiva, conforme ementa e acórdão publicados em 14 de outubro de 2011, com a decisão integrada por 270 páginas com os votos dos Ministros da Corte.

Outras considerações são importantes aqui em vista do imprescindível recorte teórico que circunda o questionamento aqui proposto. Recomenda-se a leitura integral dos votos proferidos na referida sessão dada a riqueza de fundamentos práticos e teóricos que foram apresentados pelos membros da Corte, apontando questões de hermenêutica, direito constitucional, filosofia, história, entre outras ciências. Contudo, os trechos que serão, neste estudo, excretados se adstringem unicamente às questões que revelam dissonâncias entre a interpretação literal do texto constitucional e a norma produzida na

decisão judicial. Outros fundamentos, por mais que apareçam adiante, em virtude da impossibilidade de uma cisão cirúrgica dos argumentos, não são objeto deste artigo nem serão, por essa razão, minudenciados. Por fim, ainda, no campo dos esclarecimentos necessários, não serão feitos apontamentos que permeiem a discussão acerca da correção ou incorreção do provimento jurisdicional em comento[2].

Ultrapassados estes anúncios, assevera-se que este caso foi escolhido pois, por mais que se trate sobre a constitucionalidade de um dispositivo de lei ordinária – artigo 1.723 do Código Civil –, o texto é reprodução parcial do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 ("para efeito da proteção do Estado, *é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"). De outro lado, a existência fática de uniões homoafetivas, ao tempo do julgamento, já era amplamente consolidada no meio social, pois o censo demográfico já apontava em torno de 60 mil casais homoafetivos, como indica o Ministro Ricardo Lewandowski (p. 718) em seu voto.

Em sua metódica estruturante, Friedrich Müller indica a possibilidade de uma profunda alteração do plano fático faça com que a compreensão da norma, inalterada em seu texto, se torne inconstitucional a partir da verificação empírica do desencaixe entre o direito e a realidade (2009, p. 149). Nesta esteira, a decisão da Corte Suprema está em consonância com a teoria estruturante, tendo sido o jurista alemão citado pelo Ministro Ayres Britto, relator da ADI 4277 (p. 644).

É de bom alvitre sobrepujar que o enunciado linguístico do artigo 226, §3º, da Carta Constitucional foi tomado por empecilho ao reconhecimento da união estável homoafetiva em razão da interpretação filológica que extrai do texto somente o reconhecimento do enlace entre "homem" e "mulher", como

[2] Cabe registrar que, embora o julgamento tenha sido por unanimidade, houve divergência no tocante aos fundamentos, sobrelevando-se posições que extraiam a possibilidade da união estável homoafetiva diretamente do art. 226, §3º, da CF/88 e argumentos que alicerçavam em outros princípios constitucionais.

salientava o Ministro Luiz Fux (p. 681), pois, noutro giro, não haveria razão da propositura das ações objetivas.

Por oportuno, é fundamental evocar também que o texto do artigo 226, §3º, da Constituição brasileira é oriundo de sua redação originária e que a possibilidade de união de pessoas do mesmo sexo foi debatida, no dia 20 de setembro de 1988, pelo legislador constituinte, conforme revela o Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"), página 212, publicado no dia 23 do mesmo mês[3]:

> O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: -Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225, § 3º. Este parágrafo prevê:
>
> 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'
>
> Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays do País, **porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo**. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §3º dois artigos: "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.
>
> O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.
>
> O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.
>
> O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.
>
> O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.
>
> O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas). (**grifou-se**).

Observa-se, dessarte, que o constituinte originário não olvidou de inserir a possibilidade da união homoafetiva no enunciado normativo do dispositivo em questão, mas sim, deliberadamente, afastou essa hipótese, ocorrendo o que Norberto Bobbio chama de *lacuna voluntária* (1995, p. 144)[4]. Ou seja, aqueles

[3] Mantida formatação e redação originais da publicação do diário na imprensa oficial.

[4] Impede registrar que o Ministro Celso de Mello, em seu voto (p. 841), entendeu que não havia "lacuna voluntária" nos termos propostos por Norberto Bobbio.

buscam a intenção do legislador para buscar o sentido da norma, encontrariam, neste caso, óbice inarredável ao provimento das ações constitucionais. Sob este prisma, estar-se-ia diante do "limite intransponível na própria univocidade das palavras" (FERREIRA; CADEMARTORI; LIMA, 2017, p. 249). Assim, o sentido gramatical do enunciado do retrocitado parágrafo somente se extrai que se trata de uma união entre *o homem e a mulher*, não comportando outro sentido.

Neste ponto, é cabível a percepção de Friedrich Müller que o texto normativo não impõe limite à norma, mas é um elemento desta, como acabou sendo decidido pelo Pretório Excelso de forma unânime. Aqui, repete-se, a clareza na teoria estruturante de que normas constitucionais podem se tornar inconstitucionais pela mudança substancial da realidade fática, ou seja, do *âmbito normativo* (MÜLLER, 2009, p. 170).

Entretanto, outro aspecto, revisitando as linhas do primeiro tópico, é que o poder constituinte do *povo* não se encerra na promulgação do texto constitucional, ou seja, ele continua *latente* e presente na sociedade atual que poderá, através de movimentos democráticos, alterar ou mesmo revogar o conteúdo constitucional (CHUEIRI; GODOY, 2010, p.171), reafirmando a soberania popular.

Retomando a decisão da Corte Suprema que ora se analisa, mostra-se valioso para o estudo aqui desenvolvido a transcrição de trecho do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

> É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união ***"entre o homem e a mulher"***, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).
>
> Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes (p. 710-711). (grifos no original).

Denota-se que durante o julgamento fora relevante, em diversos momentos, o significado que se extrai diretamente do texto constitucional, o qual restringia o instituto da união estável às relações heterossexuais. A clarividência

do dispositivo também não passou ao largo da percepção do Ministro Gilmar Mendes, que declinou em seu voto:

> Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso. (p. 732).

Em complementa mais adiante o membro da Corte:

> Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional. (p. 765-766).

Portanto, mostra-se insofismável, nos limites aqui estabelecidos, que não se retira do texto normativo assinalado, em sua interpretação literal, o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva. No entanto, a Corte Suprema, como já dito, julgou as ações procedentes por unanimidade para acatar que o arcabouço constitucional contempla, por razões outras que não a literalidade do enunciado linguístico, a ligação homoafetiva como instituto jurídico carecedor de proteção legal.

Neste ponto, chega-se ao cerne do debate aqui proposto. Quando o Supremo Tribunal Federal decide que uma determinação situação jurídica está protegida ou não contemplada pela constituição mesmo quando o texto expresso não revela esta proteção ou a sua exclusão, qual circunstância temporal deve recair sobre essa interpretação? Transitória ou definitiva? Alguns dos membros da Corte se manifestaram sobre o assunto. O Ministro Ricardo Lewandowski ao concluir seu voto disse:

> Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, **até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações**. (p. 719). (grifou-se).

Adiante, proferiu o Ministro Gilmar Mendes que “não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, **ainda que provisoriamente**, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo” (p. 729) (grifou-se).

E, ainda, asseverou o Ministro Ricardo Lewandowski durante debate com os seus pares:

> Ministro Gilmar Mendes, assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a **nossa comutação desta lacuna é meramente provisória**, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional (p. 746). (grifou-se).

Depreende-se das manifestações dos integrantes do Pretório Excelso que a resposta à provocação acima delineada é a transitoriedade da interpretação estruturada para a formação da norma jurídica aplicada ao caso concreto que, em última análise, destoou da expressão linguística do texto constitucional.

Por conseguinte, em arremate, retomando o marco teórico assentado na metódica estruturante de Friedrich Müller, nota-se, a partir do caso analisado e da resposta encontrada, que a estrutura do âmbito normativo deve ser incorporada ao texto pelo legislador ou mesmo rechaçada[5], no problema proposto, pelo Poder Constituinte (2009, p. 174).

Tendo em vista o que Peter Häberle denominou de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* indicando que interpretação consiste na assertiva de que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la” (2015, p. 27) e relacionando com as noções acerca da democracia e o poder constituinte do povo, é imperioso concluir que os cidadãos devem extrair diretamente dos enunciados constitucionais os seus possíveis sentidos, ou seja, não se mostra razoável que ao ler a sua Constituição, vale repisar por seu *poder* promulgada, o indivíduo tenha que buscar as decisões da Corte Suprema para extrair o significado.

Nesta esteira, sempre que possível deve o Poder Constituinte, configurado no Poder (Constituído) Legislativo competente para o processo

[5] O movimento contrário às decisões do Supremo Tribunal, especialmente na interpretação constitucional, tem sido denominado de *backlash*. Para melhor entendimento, “*Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva*” de Mariana Barsaglia Pimentel, publicado na Revista de Informação Legislativa nº 214.

legislativo das Emendas Constitucionais[6], revisite o texto constitucional de modo a inserir ou afastar, tanto quanto possível, os âmbitos normativos que revelam nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, com relação à união estável homoafetiva e sua dissonância da expressão linguística do parágrafo 3º do artigo 226 da Bíblia Política brasileira, é necessário destacar a existência da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 158, de 2015, que intenta a seguinte redação para o referido parágrafo: "§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida como entidade familiar o núcleo social formado por duas ou mais pessoas unidas por laços sanguíneos ou afetivos, originados pelo casamento, união estável ou afinidade". Dentre as justificativas da PEC, encontra-se a decisão proferida nas Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, analisadas neste artigo, sob a perspectiva do texto normativo na Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller.

> A sequência histórica não interessa à constitucionalidade de uma disposição legal a ser verificada e materialmente relacionada a esse contexto. Sua legitimidade deve poder ser constatada a partir da Constituição vigente. "Imagem global" é uma outra designação para "âmbito da vida humana" ou para semelhantes termos discutidos, ou seja, de acordo com a compreensão aqui desenvolvida, para o âmbito normativo. Este, por sua vez, é constituído ela estrutura fática, bem como pelos traços jurídicos. Isto quer dizer: por meio dos ordenamentos processuais vigentes e por meio da justiça material interna do tipo de processo específico. (MÜLLER, 2009, p. 154).

Observa-se, portanto, que a revisitação do texto constitucional se mostra imperiosa para fins de compatibilização entre o enunciado linguístico e as situações da vida que o texto normativo pretende regular. Essa atualização viabiliza a imediata extração dos objetivos perseguidos pelo Poder Constituinte, assim como faz parte da vivacidade da Lei Fundamental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em matéria de direitos constitucionais, cuja normatividade pode ser menos densa, é importante explicitar ao cidadão o que lhe é assegurado pelo Estado Democrático de Direito da maneira mais clara possível. O povo, além de

[6] Artigo 60, §2º, da Constituição Federal de 1988.

escrever a Constituição, precisa abri-la e entender o que está escrito, sendo despiciendo buscar a jurisprudência do Supremo Tribunal para ampliar ou restringir o sentido do texto.

No plano de concretização da norma constitucional, a minudência do seu âmbito de incidência se revela como importante carga argumentativa que restringe o real sentido da ideia normativa fundamental.

Assim, o povo, titular inafastável do trono em uma democracia, sequer envelhece, somente se transforma. E, aqui, a revisitação do texto toma contornos ainda mais interessantes. Perguntar ao *povo* de hoje não será perguntar ao *povo* de 1988, assim como a norma constitucional forjada em 1988 não servirá, de modo ajustado, ao *povo* de hoje.

O texto produzido pela Assembleia Nacional não contempla, na limitação inarredável de qualquer escrito normativo, as situações hodiernas, como ficou demonstrado no caso analisado. Portanto, ainda que fosse possível, poderia não ser adequado indagar o sentido do texto àqueles que compuseram o corpo de legisladores originários. Mas apropriado é fomentar o posicionamento dos congressistas atuais acerca da amplitude do enunciado linguístico do texto constitucional.

Em arremate, revivescendo o exemplo do art. 226, §º, da Constituição Federal a par do julgamento da ADPF n. 132 e da ADI n. 4.277, observa-se que a reescrita do dispositivo constitucional nos termos da PEC n. 158/2015 se mostra, não somente pertinente, mas também necessária. Vale destacar que a evolução social exigirá, mais cedo ou mais tarde, novas revisitações do texto constitucional, permitindo ao intérprete a dedução lógica, mas não única, do sentido pretendido pelo Poder Constituinte, o Povo.

6 REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2ª ed. São Paulo: Landy editora, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, 88: 305-325, 2013

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apres. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio de Cicco. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21/06/2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 21/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ**. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277/RJ**. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011 e publicado no DJe em 14/10/2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 158, de 2015.** Dá nova redação ao §3º do artigo 226 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CA6922540EC841D76973AC26D03622CC.proposicoesWeb2?codteor=1406720&filename=Avulso+-PEC+158/2015. Acesso em: 22/06/2020.

CHRISTENSEN, Ralph. Introdução. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo 6(1) | P. 159-174 | jan-jun 2010

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Revista Teoria Sociedade** nº 19.1 - janeiro-junho de 2011.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; LIMA, Renata Albuquerque. Nova hermenêutica constitucional e a aplicação dos princípios interpretativos à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em busca de limites para a atividade jurisdicional. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 1, p. 218-260, 2017.

GAIA, Fausto Siqueira. O povo como guardião da Constituição Estudo sobre a legitimidade do controle preventivo de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51 Número 202 abr./jun. 2014.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Direito Público, v. 11, n. 60, p. 25-50, 2015.

KALYVAS, Andreas. **Democracia constituinte*** Trad. Florência Mendes Ferreira da Costa. Lua Nova, São Paulo, 89: 37-84, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REGINALDO, Sídney Guerra. Democracia em Aristóteles. **Revista Opinião Jurídica**, n. 4 - 2004.2.

VIEHWEG, Theodor; DA SILVA, Kelly Susane Alflen (trad.). **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Fabris, 2008.