

**A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTÁ VIVA?
LIVING CONSTITUTION E A ATUALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA QUESTÃO
DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS***

**IS BRAZILIAN CONSTITUTION ALIVE?
LIVING CONSTITUTION AND CONSTITUTION UPDATE BY THE
BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT ON THE ISSUE OF
HOMOSEXUAL COUPLES**

José Ribas Vieira **
Camila Luna de Carvalho ***
Mário Cesar da Silva Andrade ****

Resumo: O presente artigo analisa a aplicabilidade da doutrina da Living Constitution ao contexto brasileiro. Partindo do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, sobre o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, investiga-se a adaptabilidade da referida doutrina à prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF). A defesa de uma Constituição viva, apta a abarcar novas situações, pode conflitar com o sentido pretendido pelo constituinte democraticamente legitimado. Cumpre analisar essa tensão entre atualização e majoritarismo na prática decisória do STF. Metodologicamente, a pesquisa confronta as propostas parlamentares e populares sobre uniões entre pessoas do mesmo sexo apresentadas nas comissões de elaboração do anteprojeto da Constituição de 1988 com a jurisprudência do STF sobre o tema. A partir da doutrina da Living Constitution, teorizada por David Strauss e Cass Sunstein, são analisadas as críticas de autores originalistas, como William Rehnquist. No tema selecionado, a pesquisa identifica um exemplo de como a tensão entre a Living Constitution e o majoritarismo democrático aparece na jurisdição constitucional brasileira. Em

* O artigo foi elaborado a partir de resultados do Projeto de pesquisa “O STF e as propostas rejeitadas da Constituinte de 87-88”, contando com financiamento do CNPq.

** Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Associado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor Titular aposentado de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - UFF. Fundador e primeiro presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Presidente da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Pesquisador-coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq Observatório da Justiça Brasileira - OJB/UFRJ. Contato: jribas@puc-rio.br.

*** Graduanda na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Observatório da Justiça Brasileira - OJB/UFRJ. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PIBIC/UFRJ/CNPq). Contato: camila.luna.9@gmail.com.

**** Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ. Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq Observatório da Justiça Brasileira - OJB/UFRJ. Bolsista da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro - FAPERJ. Contato: mario.csa@hotmail.com.

A constituição brasileira está viva?: Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas

conclusão, aponta-se a fragilidade de uma atividade atualizadora da Constituição que não esteja amparada pela coerência com a jurisprudência da Corte. No Brasil, a ausência de uma cultura de precedentes abre a possibilidade de a Living Constitution se degenerar em decisões mais resultantes de volições conjunturais do STF do que de uma evolução jurisprudencial consistente.

Palavras-chave: Constituição viva; Contramajoritarismo; Homoafetividade.

Abstract: This article analyses the applicability of Living Constitution doctrine in Brazilian context, based on the Allegation of Disobedience of Fundamental Precept (ADPF) 54 and the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 4277 judgments, about the legal recognition of homosexual common-law marriage. It aims to investigate the compatibility of Living Constitution doctrine with the Federal Supreme Court (STF) decisions. Supporting a Living Constitution, able to change over time and embrace new circumstances, tends to confront with the original sense intended by the democratically legitimized Constituent. Therefore, it matters analyses how the STF deals with their judgments in this tension between updating and majoritarianism. Methodologically, the research confronts parliamentary and popular proposals about homosexual common-law marriage, presented in the elaboration commissions of Federal Constitution of 1988 preliminary draft, with the STF judgments about this subject. Starting from the Living Constitution doctrine, theorized by David Strauss and Cass Sunstein, have been analyzed criticisms from originalist authors, as William Rehnquist. On the theme in vogue, the research identifies an example of how does the tension between Living Constitution and democratic majoritarianism appear in the Brazilian constitutional jurisdiction. In conclusion, it is presented the fragility of Constitution updating that is not coherent with the Court's jurisprudence. In Brazil, the lack of an established precedent culture allows Living Constitution doctrine to degenerate into judicial decisions, more resultant of STF conjuncture wills than a consistent evolution of the Court's decisions.

Keywords: Living Constitution; Countermajoritarianism; Homoaffectivity.

1. INTRODUÇÃO

A disciplina constitucional pretende-se razoavelmente estável, dotada de certa durabilidade, entretanto, a mutável realidade social, apresenta frequentes situações que a desafiam à atualização. Os intérpretes e aplicadores do texto constitucional são desafiados a apresentarem respostas para questões não previstas pelos parlamentares constituintes. A distância entre o passado tornado texto rígido e o presente dinâmico pode ser superada pela renovação da Constituição, seja por alterações formais, como as emendas, seja por informais, através de novas interpretações. Renovando-se, a Constituição deve se revelar *viva*.

No contexto estadunidense, a necessidade de atualização das disposições constitucionais tem singular importância, haja vista o texto significativamente antigo e

sinérgico da Constituição Americana de 1787. Dificilmente um texto do sec. XVIII conseguiria funcionar como parâmetro normativo para a atualidade, sem momentos de ressignificação de suas previsões, a fim de adaptá-las às exigências e problemas da contemporaneidade. A demanda pela atualização informal é particularmente importante nos Estados Unidos, devido ao processo altamente difícil de emenda da Constituição Americana.

Por isso, o conceito de *Living Constitution*, pelo qual a Constituição deve ser interpretada como um sistema vivo, com disposições abertas a novos significados, e não como um parâmetro estático.

A Constituição brasileira de 1988 não é qualificada pela mesma antiguidade que a americana. Porém, seu caráter analítico somado à rigidez formal também gera a necessidade de frequentes alterações. O acentuado número de dispositivos normativos e o detalhamento de muitos deles contribuem para que a atual Constituição brasileira precise ser atualizada, com certa frequência. No dia 07 de junho de 2017, foi promulgada a 96ª emenda à Constituição, reconhecendo como não cruéis práticas desportivas com animais que sejam manifestações culturais (BRASIL, 2017). O processo de alteração textual da Constituição brasileira, ainda que menos difícil do que o norte-americano, depende de contingências e fatores que nem sempre concorrem a favor das maiores demandas nacionais. Portanto, para o contexto brasileiro, a ressignificação interpretativa também pode ser uma importante via de atualização da Constituição.

Especialmente desde 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem proferido decisões sobre assuntos altamente controversos, atendendo, por vezes, demandas históricas de grupos sub-representados. Nesse sentido, há o exemplo da questão do reconhecimento jurídico da união estável, que foi objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, ações julgadas conjuntamente pelo Plenário do STF, nos dias 04 e 05 de maio de 2011.

A pesquisa pretende confrontar a referida decisão com as demandas de segmentos sociais historicamente minoritários e/ou marginalizados, identificadas nas propostas parlamentares e populares apresentadas durante a elaboração constituinte brasileira de 1987-1988. Busca-se apurar *se e em que medida* essa decisão do STF atualizou o sentido da Constituição e atendeu reivindicações preteridas no processo

A constituição brasileira está viva?: Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas

constituente. Esse confronto crítico permitirá avaliar se o conceito de *Living Constitution* guarda aplicabilidade ao cenário jurídico brasileiro.

A partir da doutrina da Living Constitution, o confronto da decisão do STF com as propostas parlamentares e populares apresentadas na constituinte possibilitará a análise longitudinal e crítica da atuação da Corte na trajetória histórica de concretização dos direitos fundamentais no Brasil.

A presente pesquisa qualitativa e jurídico-compreensiva vale-se da análise bibliográfica de fontes doutrinárias, jurídico-positivas e documentais, especialmente dos anais da Constituinte 1987-1988, os registros das propostas populares, das manifestações parlamentares e das deliberações nas comissões temáticas encarregadas da elaboração do projeto da nova Constituição.

Primeiramente, aborda-se a doutrina da Living Constitution, com a exposição de seu histórico, principais características, defensores e críticos. Em seguida, é apresentada a análise documental das propostas parlamentares e populares que tiveram como tema o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tema que foi objeto do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277. Posteriormente, avalia-se em que medida a Constituição de 1988 tem se mantido *viva* pela atuação do STF. Investiga-se, particularmente, se a atualização promovida pelo exercício da jurisdição constitucional tem atendido as demandas contramajoritárias sobre direitos fundamentais apresentadas na Constituinte, mas não acolhidas no texto da Constituição.

2. LIVING CONSTITUTION

2.1. NECESSIDADE E PROPOSTAS

É característica da realidade a permanente mudança. Desde 1787, data da promulgação da Constituição Americana, a vida social passou por impensáveis mudanças, em campos diversos, como cultura, economia, política, relações internacionais e interpessoais (STRAUSS, 2010, p. 01).

Os Convencionais de Filadélfia, no sec. XVIII, encontravam-se sob limites temporais-cognitivos que os impediam de conjecturar as modificações sociais que o futuro reservava. Em contraponto, eles pretenderam uma Constituição que funcionasse como o principal diploma normativo e fundamento de validade de sua comunidade

política e social, e do ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América. Percebe-se a instauração de uma tensão entre a rigidez e durabilidade pretendidas para a Constituição e a dinamicidade da realidade social. As normas constitucionais devem, em alguma medida, se adaptar à realidade cambiante que almejam disciplinar (STRAUSS, 2010, p. 02).

Nas palavras do Professor da *University of Chicago*, David A. Strauss: “[...] uma Constituição imutável não serviria aos seus reais propósitos. Ela seria ignorada ou, pior, seria um entrave que afastaria a sociedade americana do progresso e a privaria de seu desenvolvimento”¹ (STRAUSS, 2010, p. 01-02). Para acompanhar a dinâmica social, a Constituição deve, em alguma medida, conseguir mudar, a fim de preservar sua eficácia. Essa maleabilidade do sentido constitucional é importante no constitucionalismo norte-americano, principalmente, devido ao dificultoso processo de emenda à Constituição de 1787.

Como exemplo sintomático da dificuldade na alteração formal da Constituição Americana, basta lembrar a aprovação da 27ª Emenda. Cumprida a fase inicial no Poder Legislativo Federal, com a aprovação por, pelo menos, 2/3 dos membros da *House of Representatives* e do Senado, ainda é necessária a ratificação pelo Legislativo de 3/4 dos Estados membros da Federação (USA, 1787). Somente após essa aprovação pelos Estados é que a emenda entra em vigor. A 27ª Emenda² foi proposta por James Madison e aprovada pelo Congresso em 1789, porém somente alcançou a ratificação por 3/4 dos Estados com a 38ª aprovação pelo Estado de Michigan, em 07 de maio de 1992. Portanto, a Constituição Americana foi emenda pela 27ª vez somente quase 203 anos depois da aprovação pelo Legislativo Federal (MCKAY; JOHNSON, 2010, p. 137).

Já como exemplo de alteração do sentido do texto constitucional, isto é, de mudança por via interpretativa, há o julgamento pela Suprema Corte americana, em 1954, do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483). Nesse celebre caso, a Corte declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais que instituíam a segregação racial da população negra americana. Ao modificar a interpretação da 14ª Emenda estabelecida no precedente *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), de 1896, a Suprema Corte declarou inconstitucional a política institucional da *separação com igualdade*, que permitia a segregação racial através da existência de escolas e outros aparelhos públicos destinados exclusivamente a pessoas brancas, desde que fosse

A constituição brasileira está viva?: Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas

preservada a igualdade de condições materiais com aqueles destinados à população negra. A decisão alterou a interpretação e a aplicação da própria 14ª Emenda (JARDIM, 2012, p. 18-19).

Com a decisão do caso Brown (1954), o conteúdo normativo da Constituição americana foi modificado pela interpretação da Corte. Porém, Strauss (2010, p. 92) ressalta que a alteração da interpretação judicial de uma norma não deve ser pensada isoladamente. A mudança do entendimento do Tribunal deve ser compreendida como um passo no processo paulatino de evolução da jurisprudência da Corte. Na questão da igualdade racial nos Estados Unidos, a decisão de 1954 foi um importante marco do processo histórico de superação do precedente de 1896 e da própria construção social dessa igualdade de direitos.

Conforme Strauss, “[...] a Living Constitution é aquela Constituição que evolui, que se modifica com o decorrer do tempo e que se adapta às novas circunstâncias, sem ser formalmente emendada”³ (STRAUSS, 2010, p. 01). A via de atualização da Constituição não é exclusivamente o processo de emenda ao texto, mas também as novas interpretações do mesmo texto normativo. Embora o significante não seja alterado, seu significado se torna diverso daquele atribuído originalmente pelo constituinte e/ou por decisões anteriores da Corte Constitucional. Também pela atuação interpretativa e decisória do Tribunal no exercício do controle de constitucionalidade, a Constituição pode ser mantida *viva*.

Aplicar a Constituição envolve a recorrente necessidade de atualizá-la. A opção do constituinte americano por termos altamente gerais, abstratos e polissêmicos, ou mesmo por um texto mais sintético do que analítico, já teria sido uma estratégia de deixar para as gerações futuras a tarefa de adaptar a linguagem constitucional ao mundo em transformação. Nas palavras do 16º *Chief Justice*, William Rehnquist (1924-2005), ao usar uma linguagem por vezes imprecisa, os autores da Constituição “[...] garantiram latitude para aqueles que iriam interpretá-la, a fim de torná-la aplicável aos casos que não foram previstos”⁴ (REHNQUIST, 1976, p. 402).

Deve-se ressaltar que a doutrina da Living Constitution possui fortes opositores, estando longe de ter acolhida acadêmica ou jurisdicionalmente de forma unívoca. Critica-se, especialmente, a alegada falta de legitimidade democrática da Suprema Corte para a realização de atualizações da Constituição. Nessa linha, a crítica de Rehnquist:

(...) nonelected members of the federal judiciary may address themselves to a social problem simply because other branches of government have failed or refused to do so. These same judges, responsible to no constituency whatever, are nonetheless acclaimed as 'the voice and conscience of contemporary society' (REHNQUIST, 1976, p. 403).

Para os críticos da doutrina da Living Constitution, como Rehnquist, alterar o sentido prescritivo de uma norma constitucional por via jurisdicional tem um caráter essencialmente antidemocrático e contramajoritário, destinado a atender demandas de interesses particulares, minoritários ou facciosos, usurpando a competência das autoridades democraticamente legitimadas para tal exercício (REHNQUIST, 1976, p. 403-404). Em consonância com esse pensamento, Rehnquist atribui outro sentido ao conceito de Living Constitution. Ele entende que a Constituição pode e deve seguir viva, mas sendo ressignificada pelos Poderes Executivo e Legislativo, pois democraticamente legitimados. A condução do projeto de uma Living Constitution não deve ser atribuída à Suprema Corte, ao Poder Judiciário. Para o referido *justice*, a Constituição “[...] foi projetada para habilitar as divisões do Governo eleitas pelo povo, não o Judiciário, a manter o país em dia com a realidade”⁵ (REHNQUIST, 1976, p. 407). Ele não aceita que, em uma sociedade democrática, as atualizações e avanços constitucionais sejam realizados por meios independentes de eleições populares, da legitimação democrática direta. Isso seria corroborado pelo próprio histórico da Suprema Corte, que conta com desastrosas decisões em que se buscou incorporar pretensas inovações (REHNQUIST, 1976, p. 407).

Ainda que reconheça a necessidade de ocasionais atualizações do sentido normativo de algumas disposições constitucionais, Rehnquist (2010) enfatiza o risco o sentido constitucional seja alterado apenas para a satisfação de variações conjunturais da opinião pública. Com a justificativa de atender demandas sociais, de *atualizar*, a Corte se atribui o poder de modificar o sentido constitucional sem os limites do processo regular de emenda. Percebe-se que, para Rehnquist, a Constituição deve ser sensível às mudanças da realidade social, entretanto, ele defende que as possibilidades de alteração constitucional estejam condicionadas aos limites do poder de emenda (REHNQUIST, 1976, p. 405).

Segundo Strauss (2010), uma Constituição viva é, inevitavelmente, manipulável, pois passível de que seu intérprete a modifique de acordo com suas

próprias ideias. Por isso, o texto normativo assume o papel de eliminar ou diminuir divergências. Os limites da redação restringem os sentidos possíveis de serem inferidos do texto constitucional. A redação constitucional, por imprecisa ou vaga que seja, sempre estabelece limites para as possíveis interpretações.

A defesa da mutabilidade informal da Constituição *viva* também pode comprometer o principal propósito da própria ideia moderna de uma Constituição, a saber, revestir, com a estabilidade de um texto rígido, os direitos e garantias individuais e a separação de Poderes. Conseqüentemente, os princípios normativos basilares da organização política da sociedade não podem estar sob a disposição de majorias populares ou intérpretes ocasionais. A Constituição deve ser “[...] viva, adaptável e mutável e, simultaneamente, estável e resistente à manipulação humana”⁶ (STRAUSS, 2010, p. 02).

2.2 A DISPUTA: LIVING CONSTITUTION VS. ORIGINALISMO

No cerne das divergências a respeito da doutrina da Living Constitution, encontra-se a forma de considerar a Constituição e, especialmente, sua interpretação e aplicação. O Originalismo e a Living Constitution figuram como os dois flancos opostos do debate acadêmico norte-americano sobre os limites da interpretação constitucional, contando, ambos os lados, com defensores célebres, inclusive, na Suprema Corte (JARDIM, 2012, p. 17). Em apertada síntese, enquanto os originalistas defendem a limitação do intérprete ao sentido pretendido pelos pais fundadores, a vontade do constituinte, os adeptos da Living Constitution acreditam na necessidade de compreender a Constituição contextualizadamente, enquanto normas cujo sentido é, em certa medida, maleável, para se adequar à realidade presente (GOLDFORD, 2005).

Na interpretação da Constituição, os originalistas defendem a subordinação do intérprete ao sentido original da norma constitucional, ao intencionado pelos legisladores constituintes, no momento de concepção da norma. A única hipótese admissível de mudança do sentido da norma constitucional seria a alteração formal de seu texto através do processo de emenda à Constituição. Contudo, essa visão não deve ser confundida com um apego reducionista à literalidade do texto, com um simplório *literalismo*. Cumpre frisar, ainda, que o originalismo não é um bloco plenamente homogêneo, comportando teóricos representantes de diferentes intensidades originalistas⁷ (VIEIRA; DUTRA, 2013, p. 52-53).

Quando o texto normativo é suficientemente claro e preciso, ao elencar, por exemplo, critérios quantitativos, o originalismo não encontra grandes resistências. Nesse sentido, a objetividade do requisito de idade mínima para ocupar a Presidência dos Estados Unidos tem afastado qualquer incerteza ou disputa interpretativa (JARDIM, 2012, p. 20).

A disputa entre originalistas e adeptos da Living Constitution emerge quando a abertura semântica do texto constitucional permite interpretações diversas, sentidos não vedados expressamente pela própria Constituição (VIEIRA; DUTRA, 2013, p. 53). A disputa se acirra, quando são levantadas interpretações alternativas a fim de possibilitar práticas não previstas ou não admitidas pelo legislador constituinte. São exemplos contemporâneos de controvérsias desse tipo, a defesa da possibilidade jurídica do aborto e do reconhecimento jurídico de uniões homoafetivas.

De acordo com o Originalismo, nesses casos, o intérprete deve recorrer à pesquisa histórica, aos registros dos debates constituintes, para recuperar, nas falas dos parlamentares, o sentido originalmente pretendido para a norma (GOLDFORD, 2005). “[...] Os originalistas recorrem a uma série de recursos como a história, a linguística e a antropologia.” (VIEIRA; DUTRA, 2013, p. 52).

O Originalismo pode ser entendido como um modo de interpretação concebido para limitar o poder de interpretação dos juízes, atendendo a ordem democrática e garantindo a segurança jurídica (GOLDFORD, 2005). Para seus defensores, ao submeter a jurisdição constitucional ao sentido intencionado pelo constituinte, assegura-se a legitimação democrática da decisão, pois o juiz estará respeitando a soberana vontade democrática expressada no supremo momento de fundação da ordem constitucional. O Originalismo ganha destaque na Suprema Corte Americana nas décadas de 60 e 70 do sec. XX, como reação ao ativismo judicial celebrizado pela Corte Warren (1953-1969) (MORALES, 2011, p. 34-35).

A interpretação originalistas caracterizou os períodos considerados predominantemente conservadores da Suprema Corte Americana, como os da Corte Burger (1969-1986) e da Corte Rehnquist (1986-2005) (GOLDFORD, 2005). Essa corrente interpretativa abarca juristas e teóricos célebres, como William Rehnquist, Antonin Scalia, Clarence Thomas, Samuel Alito, John Roberts, Robert Bork e Raoul Berger (MORALES, 2011, p. 36).

Em contraponto, o Originalismo também acumulou críticas. A primeira aponta a impossibilidade de identificar o pretense significado real atribuído pelo constituinte. É pouco provável que intérpretes contemporâneos sejam capazes de recuperar toda a cultura, mentalidade e raciocínio de homens de épocas passadas tão distintas das atuais (MORALES, 2011, p. 41). Além disso, ainda que admitida a possibilidade, essa identificação do *sentido original*, seria tarefa especializada de historiadores, sociólogos, antropólogos e não, propriamente, de juristas (VIEIRA; DUTRA, 2013, p. 54).

Uma segunda crítica ressalta ser inescapável a promoção de certa atualização pelo intérprete. Ainda que o sentido original da norma seja resgatado, permanecerá necessário contextualizá-lo à realidade atual. Atualizar o sentido da Constituição seria inevitável. Ademais, resta saber se, uma vez inserido no contexto presente, o constituinte não teria proposto normas constitucionais diversas (GOLDFORD, 2005). Pense-se, por exemplo, no direito ao porte de armas de fogo, previsto na Constituição americana. Na prática, é impossível, identificar, com precisão, qual seria a opção dos fundadores diante do potencial de fogo das atuais armas e munições disponíveis no mercado, bem como diante dos recorrentes casos de chacinas em escolas, fatores impensáveis aos convencionais de 1787.

Como lembra Strauss (2010), ao escrever para James Madison, em 1789, Thomas Jefferson destacou: “‘A terra pertence [...] aos que vivem’ [...]. Uma geração não pode amarrar a outra: ‘Parece que não percebemos isso, que pelas leis naturais, uma geração é para a outra o que um país independente é para o outro’”⁸ (STRAUSS, 2010, p. 24).

O apego à interpretação dos legisladores constituintes não acompanha as mudanças circunstanciais das presentes e futuras gerações. A doutrina da Living Constitution contrapõe-se ao Originalismo a partir desse ponto.

A Living Constitution pretende buscar, entre os diversos sentidos possíveis da norma constitucional, um compatível com as demandas da realidade presente. Partindo do comprometimento com a adaptação à realidade, o intérprete deve assegurar que a Constituição, a despeito de sua antiguidade, não perca sua capacidade de pautar, normativamente, a vida social e as instituições públicas atuais. Ela também reconhece aos juízes o poder de atribuir novos sentidos às normas constitucionais (STRAUSS, 2010).

Ficam claras as divergências entre as duas doutrinas. Porém, tem crescido nos Estados Unidos uma interpretação diferente da disputa entre Living Constitution e Originalismo. Atualmente, Cass Sunstein (2016, p. 01), professor da *Harvard Law School*, defende a tese de que, na prática, essas vertentes guardam diferenças que não são de todo inconciliáveis. Pelo contrário, por vezes, os elementos de ambas aparecem fundidos em decisões da Suprema Corte. Para Sunstein (2016), um originalista célebre, como Antonin Scalia, defende que o significado das normas constitucionais evolui ao longo do tempo, ainda que dentro dos limites traçados por alguns princípios inalteráveis, semelhantemente ao que ocorre no processo de evolução do próprio *common law*. Sunstein identificou casos em que Scalia decidiu sem sequer considerar o sentido original da redação constitucional, por reconhecer que essa limitação pode ser revelar absurda, se levada ao extremo. Nas palavras do próprio Scalia, “Eu sou um originalista, mas eu não sou doido”⁹ (SUNSTEIN, 2016, p. 07).

A mediação entre a proposta de atualização da Constituição e a práxis institucional de observar seus princípios inalteráveis é realizada pelo respeito aos precedentes da Suprema Corte (SUNSTEIN, 2016). Ao observar o *stare decisis*, a Corte pratica uma espécie de controle fino da mutabilidade interpretativa constitucional. Assegura-se que as alterações do sentido constitucional estejam subsidiadas pelo processo histórico de ressignificação da Constituição. A observância dos precedentes e da *evolução ressignificativa* neles expressa, dá ao originalista a possibilidade de atualizar o sentido da norma ao mesmo tempo em que preserva os princípios e valores *fundantes* da Constituição.

Pratica-se uma corrente hermenêutica híbrida, em que a pretensão de atualizar a Constituição coaduna-se com a de preservá-la. A Living Constitution funde-se com o Originalismo, contextualizando a interpretação, mas preservando os valores constitucionais basilares. Nesse ponto, Sunstein (2016, p. 01-07) revela o importante papel do precedente na tarefa de atualização segura da Constituição.

Exatamente pela importância dos precedentes no processo decisório, Strauss (2010, p. 35-36) garante que o sistema em que a Living Constitution se faz possível é o do *common law*. Em razão do princípio do *stare decisis*, quando da decisão de um caso, os precedentes com similar conteúdo são observados e aplicados ao novo caso. Os precedentes exercem um papel delimitador, densificando valores e condicionando futuras reinterpretações textuais. Somente quando a jurisprudência for indeterminada,

A constituição brasileira está viva?: Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas

não pacífica, e o caso apontar para a necessidade de atualização do sentido normativo, seja do texto constitucional ou da jurisprudência, o juiz poderá ressignificar a norma a partir de princípios e valores constitucionais e preceitos de justiça (JARDIM, 2012, p. 32-33).

Segundo Sunstein (2016), na Living Constitution, a mutabilidade interpretativa das normas constitucionais está limitada, mas não determinada, pelos precedentes da Corte e não propriamente pelo texto constitucional. Esse limite cumpre a função de submeter eventuais ímpetos conjunturais de ressignificação da norma à decisão refletida e historicamente amadurecida por um coletivo experiente de *justices*. Nessa lógica, o precedente figura como limite e mecanismo de reavaliação do sentido das normas constitucionais.

Nas palavras de Strauss:

Those precedents, traditions, and understandings form an indispensable part of what might be called our small - c constitution: the constitution as it actually operates, in practice. That small - c constitution – along with the written Constitution in the archives – is our living Constitution (STRAUSS, 2010, p. 35).

Portanto, a Constituição se faz viva através de decisões atualizadoras de seu sentido normativo, mas também pela evolução jurisprudencial consubstanciada nos precedentes da Corte Constitucional.

3. ANÁLISE DAS PROPOSTAS

O processo de elaboração da Constituição de 1988 foi marcado pela abertura à participação popular, experiência inédita na história brasileira e de escasso paralelo no plano internacional da época. Diferentemente do praticado nos processos constituintes em geral, em que a elaboração do texto constitucional centra-se na deliberação parlamentar sobre anteprojeto redigido por um ou alguns poucos juristas renomados, a Constituinte de 1987/1988 abriu a elaboração do anteprojeto a propostas da sociedade civil e à discussão setorial em audiências públicas, através do funcionamento de comissões e subcomissões temáticas (CARVALHO, 2017). Esse diferencial teve como uma de suas consequências, o maior grau de detalhamento e diversidade de temas da disciplina constitucional brasileira. Ainda que muitas propostas não tenham logrado a positivação no texto final, as comissões serviram de arena pública de discussão social,

bem como de evidenciação das demandas dos mais diversos segmentos da sociedade civil.

O registro das propostas populares e parlamentares apresentadas nessas comissões constituem importante banco de dados para a investigação das demandas sociais durante o processo constituinte. O confronto dessas propostas com a decisão do STF no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 pode fornecer um significativo exemplo de *se e como* a Corte vem atendendo demandas sociais que não lograram a positivação constitucional em 1988.

O sítio eletrônico do Senado Federal (BRASIL, 1987-88) disponibiliza a consulta a todas as propostas, populares e parlamentares, apresentadas nas comissões e subcomissões temáticas encarregadas da elaboração da respectiva parte do projeto da Constituição de 1988.

Inicialmente, pretendia-se examinar exclusivamente as propostas populares, entretanto, após pesquisa exploratória, aferiu-se que o universo das propostas apresentadas por representantes de segmentos da sociedade civil era significativamente menor do que aquele composto pelas propostas parlamentares. Essa constatação permitiu ampliar o objeto de análise da pesquisa a fim de abarcar também as propostas parlamentares.

3.1 RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Por unanimidade, no dia 5 de maio de 2011, o STF reconheceu juridicamente a união estável homoafetiva. Após o julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277, conferiu-se ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para reconhecer juridicamente a união estável entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2011).

Mais do que o reconhecimento da união estável e seus efeitos jurídicos, a decisão conferiu tratamento isonômico para os casais, homoafetivos ou não, na constituição familiar. A Corte Constitucional destacou que o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal garante a efetiva proteção do Estado à família, independentemente de formalidades ou do gênero e da sexualidade daqueles que convivem maritalmente (BRASIL, 2011, p. 02).

A pesquisa na base de dados das comissões da Constituinte pelo termo *união estável homoafetiva* não encontrou nenhum resultado. Esse resultado negativo, ao

A constituição brasileira está viva?: Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas

invés de representar mero óbice à pesquisa, indica que a questão pelos direitos de igualdade da comunidade LGBT¹⁰.

A busca pelos termos correlatos *casamento homossexual* e *casamento gay* também não retornou nenhuma ocorrência. Quanto ao termo *união homossexual*, foi encontrada uma única proposta, de repreensão moral a relacionamentos homoafetivos (BRASIL, 1987-88).

Deve-se ressaltar que as buscas pelos termos referidos foram realizadas na modalidade *pesquisa simples*, a fim de incluir todos os resultados com qualquer um dos termos que compõem as locuções pesquisadas. Ainda assim, os resultados foram quase totalmente negativos.

A inexpressividade quantitativa dos resultados colhidos junto aos anais das propostas parlamentares e populares aponta para a imaturidade, em 1987-1988, da reivindicação social por direitos LGBT. Isso pode ter decorrido da ausência de consciência de igualdade, da alta repressão social ou da desorganização dos segmentos interessados. Os dados indicam que tal demanda não chegou ao processo constituinte, seja de forma direta, em propostas populares, seja através da apresentação por parlamentares engajados ou sensíveis à causa. É significativo que a única proposta sobre o tema LGBT, tenha sido uma proposta de rejeição a qualquer relacionamento homossexual.

A despeito do silêncio nas propostas populares, o tema apareceu incidentalmente, por exemplo, em discussões sobre discriminação ou sobre o conceito de censura. Na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, destinada à discussão dos anteprojetos encaminhados pelas subcomissões, na reunião do dia 27 de maio de 1987, o deputado federal constituinte João de Deus Antunes¹¹ manifestou-se sobre a possibilidade de censura a exibições televisivas consideradas imorais:

Onde é que o sexo causa problema moral? – perguntou V. Ex.^a O sexo causa problema moral quando encontramos homens desavergonhados, que perderam seus sentimentos e que se inflamaram na sua sensualidade, e andam até tentando, em algumas partes do mundo – **quem sabe se no Brasil, amanhã, teremos isso? – o casamento entre homossexuais, homem com homem, mulher com mulher.** É nesta parte que o assunto nos toca. Falou-nos V. Ex.^a a respeito da pobreza: "...temos de nos preocupar um pouco mais com a pobreza e a miséria do povo". Existe uma Comissão específica que vai tratar disso. Temos a oportunidade, também, de lá agir, apresentando emendas e destaques. E faremos isso! Estamos muito preocupados com a miséria e a pobreza do povo. Quero dizer-lhe, nobre

Relator, que **não vim aqui para agradar uma minoria**, não vim aqui para passar a mão na cabeça de dois ou três que vêm do Triângulo não-sei-do-quê, do Rio de Janeiro, integrantes desses **movimentos diabólicos e pervertidos**, tentar impingir no seio desta Constituinte a **desmoralização da célula mater. Não estamos interessados na apologia dos desavergonhados, com seus trejeitos e requebrados**. As prioridades somos nós que vamos dizer quais são. **A moral, os bons costumes, a censura são prioridades**. Porque uma nação depende da moral de seus filhos. Sodoma e Gomorra chegaram à podridão diante do nariz de Deus. (destaque nosso) (BRASIL, 1987-1988, p. 20).

Apesar de a proposta de união estável ou casamento homoafetivo não ter aparecido nas propostas parlamentares ou populares à Constituinte, o trecho transcrito revela que o tema não era ignorado pelos legisladores constituintes¹².

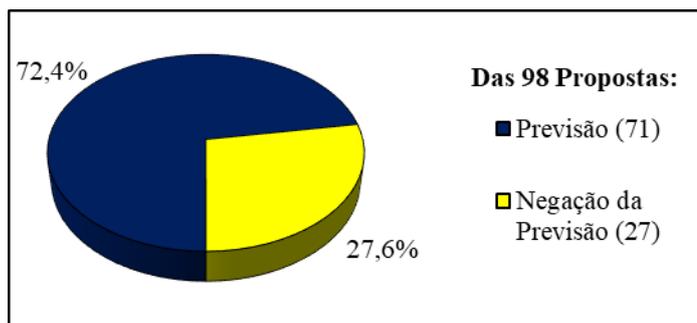
Portanto, no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, o STF decidiu uma questão omissa nas propostas populares. Com a decisão pelo reconhecimento jurídico de uniões estáveis homoafetivas, a Corte atualizou a Constituição, acompanhando o novo momento em que se encontram os debates e reivindicações por igualdade de direitos. O Tribunal atribuiu à norma um sentido não pretendido pela sociedade brasileira de 1988 ou pelos legisladores constituintes. Depois de trinta anos, o STF é chamado a atualizar o texto constitucional, que agora se vê defasado diante de novos anseios e mobilizações sociais, que adquiriram expressividade nacional.

Em buscas complementares na base de dados da Constituinte, o termo que revelou significativa incidência foi *orientação sexual*. A pesquisa pelos termos: *homoafetiva* e *homoafetivo* não encontrou nenhum resultado. Foram encontradas propostas para os termos: *gay* e *homossexual*, 01 (uma) e 16 (dezesesseis), respectivamente. No entanto, são termos citados nas propostas, em maioria, porque presentes no nome de grupos organizados, em geral, contrários às demandas homossexuais. Somente uma proposta citou o termo *homossexual* como objeto de não discriminação.

A análise do banco de dados pelo termo selecionado *orientação sexual* contabilizou 98 (noventa e oito) propostas, das quais 5 (cinco), foram populares e as demais, parlamentares.

Avaliando as propostas quanto à *orientação sexual* como objeto de não discriminação, elas foram subdivididas em dois conjuntos: (1) Previsão: 71 propostas; e, (2) Negação da Previsão: 27 propostas.

Gráfico 1 – Propostas sobre “orientação sexual”



Fonte: Dados colhidos pelos autores.

Sob a categoria *Previsão*, foram reunidas as propostas que defendiam que a Constituição previsse no rol de não discriminação, a orientação sexual.

Sob a categoria *Negação da Previsão*, foram reunidas as propostas pela não inclusão expressa da orientação sexual como objeto de não discriminação.

Esses resultados obtidos devem ser examinados criticamente. Os resultados reúnem as propostas de inclusão da *orientação sexual* como objeto de não discriminação. Porém, não permite apurar a proporção dessa ocorrência frente a outros tantos fatores levantados em propostas similares, como raça, nascimento, etnia, cor, idade, sexo, estado civil, natureza do trabalho, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental.

Embora, o termo prevalescente tenha sido orientação sexual, outros termos recorrentes foram suscitados nas propostas em defesa de sua substituição, como *comportamento sexual*, *identidade sexual*, *desvio sexual* e *sexo* (BRASIL, 1987-88). Nesse ponto, as propostas questionaram a homossexualidade como disposição pessoal inerente, questão existencial ou como proveniente de uma escolha livre e pessoal.

À vista disso, os dados em análise não devem ser menosprezados, basta que as ressalvas evidenciadas sejam consideradas. É possível inferir que havia uma demanda, quantitativamente expressiva, pela constitucionalização de previsão contra a discriminação de homossexuais. No entanto, em contrapartida, havia certo clima religioso e/ou moralizante contrário a inclusão de temas LGBT na Constituição. Apesar do número de propostas pela constitucionalização, predominou na Constituinte o entendimento pela *Negação de Previsão*, o que pode ser aferido no atual texto constitucional, em que a orientação sexual não consta no rol do art. 3º, VI (BRASIL, 1988).

Nas discussões das propostas apresentadas, qualificativos depreciativos eram recorrentes, como “anomalias sexuais” (BRASIL, 1987a) e “degenerações e depravações sexuais” (BRASIL, 1987b). Paradoxalmente, tais discussões tratavam da constitucionalização do combate ao preconceito e discriminação.

Se por um lado, o reconhecimento da família homossexual não figurou como demanda nas propostas parlamentares e populares. Por outro lado, algumas propostas já levantavam a orientação sexual como objeto de não discriminação no ambiente do trabalho com diferenças salariais, na veiculação de propagandas com conteúdo preconceituoso e nos crimes sexuais com tratamento diferenciado (BRASIL, 1987-88).

De modo geral, a Constituinte apresentou profundo dissenso e contradições. Houve certa disposição geral, abstrata e difusa ao combate a preconceitos e discriminações, mas muito conformadas por vieses morais e religiosos.

3.2 A DISCUSSÃO DA CONSTITUINTE NA DECISÃO DA ADPF 132 E ADI 4277

Durante o julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277, alguns Ministros recorreram às discussões ambientadas na Assembleia Nacional Constituinte a respeito da elaboração do artigo 226 da Constituição Federal. É uma constatação pertinente, uma vez que o STF, pautado na tradição romano-germânica, não pratica a mesma cultura jurídica de observância dos precedentes e, muito menos, às discussões realizadas na elaboração da Constituição¹³.

A principal controvérsia do julgamento teve como objeto a natureza taxativa ou exemplificativa do rol constante no § 3º do artigo 226 da Constituição, que faz referência expressa à união estável entre *homem e mulher*. O Min. Relator Ayres Britto e a maioria dos demais Ministros entenderam esse rol taxativo como produto da vontade do Constituinte de combater os costumes de uma sociedade patriarcal, enfatizando a igualdade de gênero e valorizando uma relação familiar horizontalizada (BRASIL, 2011, p. 04).

O entendimento prevalecente foi no sentido de priorizar uma interpretação não-reducionista do conceito de entidade familiar, posto que, em atitude diversa, incorrer-se-ia em leitura preconceituosa, homofóbica e contrária ao propósito emancipatório do dispositivo, que reconhece a união estável como entidade familiar

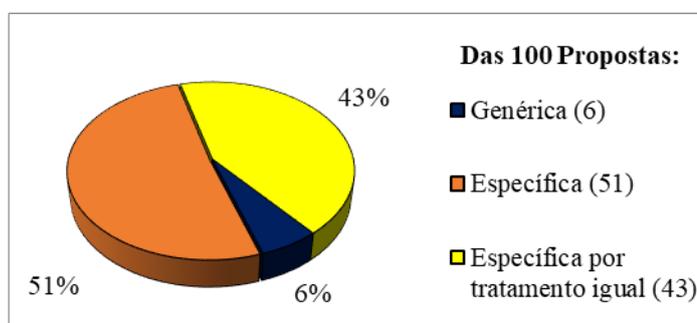
A constituição brasileira está viva?: Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas

(BRASIL, 2011, p. 39). A decisão inclui as uniões homoafetivas no âmbito semântico das uniões estáveis reconhecidas constitucionalmente, configurando entidade familiar.

A fim de obter visão mais ampla da representatividade da questão homoafetiva no conjunto das propostas sobre união estável, empreendeu-se pesquisa complementar na base de dados pelo termo *união estável*. Foram contabilizadas 100 (cem) propostas, defendendo a inclusão da união estável no escopo constitucional de proteção à família, reconhecendo-a como entidade familiar. Dessas 100, uma única proposta foi popular.

Analisando as propostas sobre união estável, elas foram subdivididas em três conjuntos: (1) Genérica: 06 propostas; (2) Específica: 51 propostas; e (3) Específica por tratamento igual: 43 propostas.

Gráfico 1 – Propostas sobre “união estável”



Fonte: Dados colhidos pelos autores.

Sob a categoria *Genérica*, foram reunidas as propostas que propunham apenas o tratamento jurídico da união estável como entidade familiar.

Sob a categoria *Específica*, foram reunidas as propostas que além de preverem a categoria genérica, especificaram a união estável entre homem e mulher. Nesta categoria, foram incluídas também aquelas propostas que entenderam a “[...] entidade familiar formada por qualquer um dos pais ou responsáveis legais e seus dependentes consanguíneos ou não” (BRASIL, 1987c), a chamada família monoparental. Percebe-se que tais propostas partiram de concepção restritiva de entidade familiar, composta, estritamente, por casais heterossexuais.

Sob a categoria *Específica por tratamento igual*, foram reunidas as propostas que além de preverem a categoria genérica, defenderam a união estável “[...] baseada na igualdade entre o homem e a mulher” (BRASIL, 1988).

A análise comprova que o interesse centrava-se, principalmente, no objetivo de contemplar a união estável como entidade familiar, assim como o casamento. No entanto, como elucidaram os Ministros e como revela a própria análise dos dados, na categoria *Específica por tratamento igual*, também houve a defesa da igualdade jurídica dos parceiros na relação, contra os costumes patriarcais.

Como apontado pelos Min. Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, a despeito da cultura emancipatória refletida do reconhecimento da união estável como entidade familiar e na igualdade de direitos entre os cônjuges, a redação constitucional não incluiu, *intencionalmente*, as relações homoafetivas (BRASIL, 2011).

Essa contrariedade no discurso emancipatório constituinte é perceptível em algumas propostas. A mesma proposta que defendeu a não discriminação quanto à orientação sexual, limitou, expressamente, a composição familiar à união entre homem e mulher (1987d).

Assim, os Min. Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso entenderam por permanecer adstritos à vontade do Constituinte, não incluindo as uniões homoafetivas na interpretação do art. 226 da Constituição. Após transcrever discurso de uma parlamentar constituinte contrário à menção constitucional à orientação sexual, o Min. Ricardo Lewandowski afirmou:

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distintos (BRASIL, 2011, p. 104).

Com esse tipo de raciocínio, o Ministro aproximou-se da atuação defendida pelo Originalismo: a recuperação da vontade do Constituinte. Uma vez recuperado o sentido original da norma constitucional, os três Ministros citados não reconheceram as uniões homoafetivas como família constitucionalmente reconhecida, mas criaram uma nova entidade familiar, aberta à conformação legislativa (BRASIL, 2011, p. 05).

As hipóteses de mutação constitucional ou de interpretação extensiva não foram trabalhadas pelo Min. Lewandowski, sob a alegação de que a redação do § 3º do art. 226 figura como limitação formal e material; ultrapassá-la violaria a cláusula pétrea de separação dos Poderes (BRASIL, 2011, p. 105).

O argumento dialoga diretamente com a ideia de que a redação constitucional funciona como limite dos sentidos possíveis de serem atribuídos ao texto. Para o Ministro (BRASIL, 2011), o texto compreende, estritamente, casais com pessoas de sexos distintos. Porém, por uma interpretação sistemática, a necessidade de concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, preservação da intimidade e não discriminação por orientação sexual demanda o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Nessa fundamentação, o recurso ao expediente da interpretação sistemática parece mais um subterfúgio discursivo para driblar a limitação textual do art. 226, enquanto, na verdade, o Ministro realiza uma atualização do sentido normativo do dispositivo, dando-lhe uma abrangência semântica não intencionada pelo constituinte.

O Ministro alegou, ainda, que a realidade fática da existência de casais homoafetivos, em relacionamentos dotados de visibilidade, durabilidade, pretensão de continuidade e não proibidos pelo ordenamento jurídico, evidenciam a necessidade de reconhecimento dessas uniões pelo Direito (BRASIL, 2011, p. 101-104).

Citando a expressão *ex facto oritur jus*, o Ministro preceituou que o direito nasce do fato (BRASIL, 2011, 105). A ideia é de que, embora o texto e seu sentido original sejam claros, diante da realidade e de uma leitura sistemática da Constituição faz-se necessário reconhecer a união estável homoafetiva.

A despeito da conclusão, o Ministro não se preocupou em trabalhar argumentativamente como uma realidade fática demonstra a necessidade de reconhecimento jurídico, ponto que poderia ter esclarecido melhor a compreensão do Ministro sobre as questões levantadas pela doutrina da Living Constitution.

Interessante notar que, se o Ministro Lewandowski iniciou o discurso defendendo o intuito original, ele concluiu perseguindo a atualização da norma diante dos fatos concretos, alegando, paradoxalmente, a existência de uma omissão constitucional. Todavia, para contemplar essa nova entidade familiar, o Ministro alegou realizar uma interpretação por integração analógica (BRASIL, 2011, p. 104), ainda que

em caráter provisório, pois vigente até o pronunciamento do Legislativo (BRASIL, 2011, p. 108).

A contradição é evidente. Se o Ministro realizou uma interpretação sistemática ou integrativa, como afirmou, o caráter provisório é injustificável. Se o constituinte, intencionalmente, não incluiu as uniões homoafetivas no art. 226, não há omissão inconstitucional, até mesmo por se tratar de dispositivo da redação originária da Constituição.

A decisão da maioria dos Ministros assegurou a legitimidade da atuação contramajoritária da Corte na concretização de direitos fundamentais de minorias. Nas palavras do Min. Celso de Mello sobre o papel do STF:

[...] órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica (BRASIL, 2011, p. 238).

É perceptível que, por vias argumentativas diversas, a decisão foi a mesma. Inclusive aquelas que constataram, no desenvolvimento do raciocínio, o intento original do constituinte manifestamente contrário às uniões homoafetivas. A despeito do resultado do julgamento e das inferências de alguns Ministros aos debates constituintes, a Corte brasileira ignorou as implicações e controvérsias levantadas pela doutrina da Living Constitution.

A Constituição foi atualizada, mas de forma não declarada e, nos votos de alguns Ministros, como o de Ricardo Lewandowski, disfarçada de interpretação sistemática, a fim de se adequar discursivamente a certa crença originalista. Mais uma vez, o papel do precedente como elemento do processo controlado de ressignificação da Constituição foi negligenciado pelo Tribunal, demonstrando que o STF ainda terá que aprender a lidar com o passado, seja para preservá-lo, seja para atualizá-lo.

4. CONCLUSÃO

A questão homoafetiva trouxe, a princípio, um obstáculo à pesquisa, já que a demanda pelo reconhecimento jurídico de uniões homoafetivas não foi objeto de propostas parlamentares ou populares na elaboração do anteprojeto da Constituição de 1988. Porém, esse resultado negativo inicial muito contribuiu para a maior compreensão

do objeto, na medida em que evidenciou o amadurecimento da própria demanda social por direitos LGBT.

Em geral, a positivação constitucional de um tema consagra um paulatino processo de maturação social, resultado de lutas que atravessam décadas. A possibilidade de êxito de reivindicação por reconhecimento jurídico depende de certo período de maturação.

Nesse sentido, a inexpressividade da questão homoafetiva nas propostas parlamentares e populares indica a imaturidade da mobilização social em prol dos direitos LGBT e/ou o alto grau de conservadorismo moral da sociedade brasileira de então, a desestimular a apresentação de propostas, cuja rejeição era certa. Esta última justificativa ganha crédito a partir da análise de alguns pronunciamentos de parlamentares constituintes. É representativo que a única proposta parlamentar versando sobre a questão homoafetiva, teve como justificativa a repreensão moral e religiosa a práticas homossexuais, qualificadas como espúrias e antinaturais.

No julgamento realizado em 2011 (ADPF 132 e ADI 4277), o STF atualizou o sentido normativo do § 3º do art. 226 da Constituição de 1988, ao reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva, apesar da intenção diversa, excludente e absolutamente majoritária no momento constituinte.

Por maioria, os Ministros atenderam as atuais demandas contramajoritárias pelo reconhecimento das uniões homoafetivas, adequando o sentido constitucional ao presente grau de conhecimento e conscientização, e concretizando os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, intimidade, privacidade e combate à discriminação.

A despeito de uma pretensa vontade do constituinte, o STF atualizou a Constituição, assegurando que, pelo menos nesse tema, ela permaneça viva e consentânea com a contemporaneidade que pretende disciplinar. A Corte atualizou a Constituição à nova realidade, preservando sua eficácia normativa sobre um contexto em constante transformação, inclusive, em termos de conscientização de direitos, numa manifestação similar à *Living Constitution*.

Também no caso analisado, é possível identificar a tensão entre a *Living Constitution* e as ideias de majoritarismo e legitimidade democrática típica da perspectiva originalista, visto que a questão homoafetiva nunca foi majoritária, atualmente ou em 1987-1988.

Porém, a doutrina da Living Constitution não encontra no Brasil uma plena aplicação, e por razões que parecem ir além das especificidades nacionais do *civil law*. Na prática jurisdicional brasileira, não se desenvolveu uma cultura de respeito ao precedente, fazendo com que o princípio do *stare decisis* tenha uma tacanha eficácia vinculante, seja sobre as instâncias inferiores do Judiciário, seja sobre as decisões do próprio STF. O incipiente desenvolvimento dessa cultura no Brasil, que somente agora começa ganhar maior força, cria dificuldades e perigos para a atualização da Constituição.

Conforme ressalta David Strauss, a melhor prática para assegurar uma *Constituição viva*, que siga se adaptando a novas realidades, mas sem se autonomizar da base democrática, que a institui e legitima, parece ser a promoção de uma atualização que respeite reflexivamente os precedentes judiciais da Corte Constitucional. Um Tribunal comprometido com seus precedentes, com a história constitucional e com o texto normativo atuará pautado por parâmetros mínimos de controle de novas interpretações, evitando que a possibilidade de inovações interpretativas se degenere em volições conjunturais, desconectadas do processo histórico de ressignificação da Constituição. Contudo, parece ser, exatamente nesse ponto, que o cenário brasileiro apresenta um especial problema. O Direito brasileiro ainda carece de uma política de respeito ao precedente.

No caso analisado, restou patente a contradição em que os Min. Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso incidiram, ao identificarem o entendimento constituinte como contrário ao reconhecimento de uniões homoafetivas, mas decidirem favoravelmente sob a alegação de interpretação sistemática. Essa manobra discursiva evidencia que o Tribunal não admite seu papel atualizador da Constituição, ainda que se sinta coagido a exercê-lo.

Nesse ponto, a falta de uma cultura de respeito reflexivo ao precedente, em parte estimulada pela jurisprudência vacilante do próprio STF, aumenta a insegurança jurídica e colabora para a resistência à ressignificação do texto constitucional. Sem a baliza de processo paulatino de reinterpretção constitucional traduzido na observância crítica da história jurisprudencial da Corte, aumenta a probabilidade de que a ressignificação da Constituição represente mais as volições conjunturais da composição do STF do que a evolução consistente do entendimento jurídico sobre uma controvérsia. O caso analisado comprova essa ideia. Ainda que o resultado tenha sido materialmente

A constituição brasileira está viva?: Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas

louvável, a falta das balizas de uma jurisprudência consistente abre uma liberdade interpretativa desmedida ao STF, gerando insegurança sobre o resultado de futuras reinterpretações, cujos resultados podem não ser tão salutares.

A atualização do sentido de uma norma é necessária para que a Constituição permaneça viva, entretanto, sem a construção de uma cultura de respeito aos precedentes que assegure coerência e organicidade às decisões de ressignificação do texto constitucional, a Constituição brasileira corre o risco de estar viva, mas permanentemente instável.

REFERÊNCIAS

ARAGÓN, Angela Pattatucci. **Challenging lesbian norms: intersex, transgender, intersectional, and queer perspectives**. New York: Routledge, 2006.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 96**, de 07 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Senado Federal. **Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988**. Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões). Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=orienta%C3%A7%C3%A3o+sexual>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Senado Federal. **Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988**. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=uni%C3%A3o+est%C3%A1vel>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Senado Federal. Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. **EMENDA:00009**. Autoria: Salatiel Carvalho (PFL/PE). Data: 18-05-1987 (1987a). Disponível em: < <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-B/6231.html> >. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Senado Federal. Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. **EMENDA: 00076**. Autoria: Benedita da Silva (PT/RJ). Data: 09-06-1987 (1987b). Disponível em: < <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-G/20927.html> >. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Senado Federal. Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. **EMENDA: 33512**. Autoria: Antonio Mariz (PMDB/PB). Data: 05-09-1987 (1987c). Disponível em: < <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-O/64207.html> >. Acesso em: 25 abr. 2017

_____. Senado Federal. Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. **EMENDA: 01192**. Autoria: Benedita da Silva (PT/RJ). Data: 13-01-1988 (1988). Disponível em: < <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-S/67659.html>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Senado Federal. Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. **Substitutivo do Relator da Comissão**. 1- Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Data: 01-07-1987 (1987d). Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/ANTE/15476.html>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Reqte: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intdo: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Distrito Federal, 05 maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF**. Reqte: Procuradora-Geral da República. Intdo: Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Associação Eduardo Banks, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Min. Ayres Britto. Distrito Federal, 05 maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da R. de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988**: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. São Paulo: Record, 2017.

FACCHINI, Regina. **Movimento homossexual no Brasil**: recompondo um histórico. Cad. AEL, v. 10, n. 18/19, 2003, p. 82-124.

FGV, FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **FGV CPDOC** - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. Verbete ANTUNES, JOÃO DE DEUS. (s.d.) Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/antunes-joao-de-deus>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

GOLDFORD, Dennis J. **The American Constitution and the debate over originalism**. New York: Cambridge University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Ashgate Publishing Company, 1997.

A constituição brasileira está viva?: Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas

MCKAY, William; JOHNSON, Charles W. **Parliament and Congress: representation and scrutiny in the twenty-first century.** New York: Oxford University Press, 2010.

JARDIM, Flávio Jaime de M.A Doutrina da Living Constitution segundo a ótica de David Strauss. **A Doutrina da Living Constitution segundo a ótica de David Strauss e o julgamento da Reclamação n. 11.243 e da Petição Avulsa na Extradicação N. 1.085 pelo STF (caso Cesare Battisti).** Distrito Federal, 2012. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1535/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Flavio%20Jaime%20de%20Moraes%20Jardim.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 mar. 2017.

MOURA, Rafael Moraes. ‘Decisão sobre o aborto é para que se adotem políticas públicas’, diz Barroso. **O Estado de S. Paulo.** São Paulo, 1 dez. 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,decisao-sobre-aborto-e-para-que-se-adotem-politicas-publicas-diz-barroso,10000091794>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e interpretação constitucional.** São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16042012-161140/pt-br.php>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

REHNQUIST, William H. The Notion of a Living Constitution. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 29, n. 2, p. 401-415, 2006.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution.** New York: Oxford University Press, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. Antonin Scalia, Living Constitutionalist. **Harvard Law Review, Forthcoming**; Harvard Public Law Working Paper, n. 15-16, 2016.

USA, UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States of America.** (1787). Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 25 fev. 2017.

VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O debate entre o originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. **Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos**, vol. 18, n. 1, jan./abr., p. 51-62, 2013. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4483/2476>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

VOJVODIC, Adriana de M.; MACHADO, Ana M. F.; CARDOSO, Evorah L. C. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF.** Revista Direito GV, v. 5, n. 1, jan.-jun, 2009, p. 21-44.

Artigo recebido em 01 de setembro de 2017 e aceito em 14 de dezembro de 2018

¹ No original: “an unchanging constitution would fit our society very badly. Either it would be ignored or, worse, it would be a hindrance, a relic that would keep us from making progress and prevent our society from working in the way it should.” (STRAUSS, 2010, p. 01-02).

² AMENDMENT XXVII

No law varying the compensation for the services of the Senators and Representatives shall take effect until an election of Representatives shall have intervened.” (USA, 1787).

³ No original: “A ‘living constitution’ is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended” (STRAUSS, 2010, p. 01).

⁴ No original: “they have given latitude to those who would later interpret the instrument to make that language applicable to cases that the framers might not have foreseen.” (REHNQUIST, 1976, p. 402).

⁵ No original: “which was designed to enable the popularly elected branches of government, not the judicial branch, to keep the country abreast of the times” (REHNQUIST, 1976, p. 407).

⁶ No original: “that is both living, adapting, and changing and, simultaneously, invincibly stable and impervious to human manipulation.” (STRAUSS, 2010, p. 02).

⁷ Para uma análise aprofundada, especificamente, dos diferentes matizes do Originalismo, confira-se Goldford (2005).

⁸ No original: “‘The earth belongs [...] to the living’ [...]. One generation cannot bind another: ‘We seem not to have perceived that, by the law of nature, one generation is to another as one independent nation is to another.’” (STRAUSS, 2010, p. 24).

⁹ No original: “‘I’m an originalist, but I’m not crazy.’” (SUNSTEIN, 2016, p. 07).

¹⁰ Adotou-se, para fins meramente expositivos, a sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) por ser a mais conhecida, sendo utilizada desde a década de 1990. Porém, a sigla passou a designar qualquer pessoa não heterossexual ou cisgênero, levando a adoção de outras versões para a inclusão de outros grupos, como LGBTQ (*queer*), LGBTQI (intersexuais), LGBTQIA (assexuais ou simpatizantes) ou LGBTQIA+ (abertura para qualquer pessoa não heterossexual não abarcada pelas sete iniciais). Para uma análise desse percurso, confira-se ARAGÓN (2006).

¹¹ Gaúcho, de Santo Ângelo, João de Deus Antunes, nascido em 1943, foi marceneiro, bacharel em Direito (1977), delegado de polícia (1975-1986) e pastor evangélico. Iniciou a carreira

política em 1986, sendo eleito deputado federal constituinte e o mais votado na legenda do Partido Democrático Trabalhista (PDT) (FGV, s.d.).

¹² Em razão do recorte adotado para a presente pesquisa restringir-se ao confronto com as propostas parlamentares e populares apresentadas nas subcomissões de elaboração do projeto de Constituição, não serão analisados os debates realizados em Plenário. Sobre a repercussão das mobilizações por direitos LGBT na Assembleia Constituinte e um panorama dos debates em Plenário, confira-se FACCHINI (2003). No referido estudo, depoimentos pessoas relatam certa indisposição geral para a discussão das pautas LGBT na Constituinte, em especial, pela atuação de representantes de segmentos religiosos.

¹³ Para uma análise do papel dos precedentes na prática jurisprudencial do STF, especialmente, sobre o processo decisório, confira-se VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO (2009). Como proposta de uma abrangente teoria do precedente para o Brasil, recomendável BUSTAMANTE (2012). Para uma análise comparativa internacional da cultura do precedente no exercício jurisdicional, MACCORMICK e SUMMERS (1997).