

## **UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: O Supremo Tribunal Federal interpretou corretamente a Constituição?**

### **SAME-SEX UNIONS: Did the Supreme Court correctly interpret the Constitution?**

Elden Borges Souza<sup>1</sup>  
Marcela Santos Pimentel Kayembe<sup>2</sup>

**RESUMO:** A doutrina constitucional majoritária afirma o postulado da Unidade da Constituição, segundo o qual todas as normas formalmente trazidas pela Constituição possuem a mesma hierarquia, ainda que materialmente distintas. Nesse sentido, o presente artigo busca avaliar o julgamento que estabeleceu o reconhecimento da união homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132) à luz da hermenêutica constitucional. Afinal, essa decisão fixou um novo marco jurisprudencial, o qual é potencialmente criador de “normas constitucionais inconstitucionais”. É necessário, portanto, uma análise crítica sobre os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para afastar a aplicação de um dispositivo expressamente previsto no Texto Constitucional, para compreender as consequências jurídicas e práticas da decisão sobre a hierarquia dos dispositivos constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional; União entre pessoas do mesmo sexo; Hermenêutica Jurídica.

**ABSTRACT:** The prevailing constitutional doctrine affirms the postulate of the Unity of the Constitution, according to which all norms formally established by the Constitution possess the same hierarchy, even if materially distinct. In this sense, this article seeks to investigate the implications of the judgment that established the recognition of same-sex unions (ADI 4277 and ADPF 132) on this postulate. After all, this decision set a new jurisprudential benchmark, which is potentially the creator of “unconstitutional constitutional norms”. Therefore, a critical analysis of the grounds used by the Supreme Court to disregard the application of a provision expressly foreseen in the Constitutional Text is necessary to understand the legal and practical consequences of the decision on the hierarchy of constitutional provisions.

**KEYWORDS:** Constitutional Law; Same sex marriage; Legal Hermeneutics.

## **1 INTRODUÇÃO**

Enquanto já foi criticada e rejeitada por uns, por outros foi aplaudida e reverenciada, sendo ainda sustentada e contestada calorosamente. Assim pode ser caracterizada a teoria de Otto Bachof (2009) sobre a existência de normas inconstitucionais (inválidas, portanto) previstas de forma originária na Constituição. Em outros termos, trata-se da eventual possibilidade de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de normas previstas na Constituição pela própria Assembleia Constituinte.

Por um lado, é predominante o entendimento de que as emendas à Constituição são passíveis de controle de constitucionalidade, seja em função dos limites procedimentais e circunstanciais, no aspecto formal, seja por violação às Cláusulas Pétreas, no aspecto material

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará, com área de concentração em Direitos Humanos. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado Pará. Professor universitário no Centro Universitário FIBRA (Belém-PA) e na Faculdade Estratego (Belém-PA). Advogado. E-mail: [elden.borges@gmail.com](mailto:elden.borges@gmail.com).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará, com área de concentração em Direitos Humanos. Pós-graduada em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada. E-mail: [marcelakayembe@gmail.com](mailto:marcelakayembe@gmail.com).

(artigo 60, Constituição de 1988). Por outro lado, a doutrina e jurisprudência brasileira rejeitava o controle de constitucionalidade das normas elaboradas pelo Poder Constituinte Originário, especialmente em razão do postulado da Unidade da Constituição, segundo o qual todas as normas formalmente trazidas pela Constituição possuem a mesma hierarquia, ainda que materialmente distintas.

Assim sendo, os próprios direitos fundamentais são tidos como normas de igual hierarquia a todas as demais normas constitucionais. No entanto, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, o Supremo Tribunal Federal aparentemente entendeu, ao menos implicitamente, que a fundamentalidade destes direitos é distinta e seu fundamento é superior ao das demais normas constitucionais.

Destarte, o presente trabalho objetiva investigar em que medida a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem por consequência a adoção de uma interpretação constitucional que estabelece a invalidade de normas constitucionais originárias. É fundamental destacar que o presente trabalho não pretende analisar o conteúdo da pretensão jurídica sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, e sim a metodologia constitucional empregada pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição.

Até então consolidada no pensamento jurídico nacional, a diferença de hierarquia das normas constitucionais originárias foi novamente levantada e trouxe consigo uma série de indagações e questionamentos – sobretudo práticos – que urgem ser discutidos e solucionados, sob pena de o assunto ficar sendo aplicado implícita e arbitrariamente – condutas inadmissíveis em um Estado de Direito.

O tema em questão versa sobre a interpretação das normas constitucionais e aplicação dos pressupostos, princípios e enunciados hermenêuticos, tendo como objeto de estudo a ADI 4277 e a ADPF 132 (ambas sobre a união estável de pessoas do mesmo sexo), observando as possíveis conclusões no âmbito da hermenêutica constitucional.

Dessa forma, o presente trabalho pretende apresentar a jurisprudência constitucional anterior acerca da relação entre as normas constitucionais originárias, sintetizar os argumentos esboçados pelos ministros nas referidas decisões e, ao final, esclarecer as consequências e conclusões extraídas do caso.

## **2 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ANTERIOR SOBRE A RELAÇÃO ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS**

Com a promulgação da Constituição de 1988, diversas controvérsias constitucionais surgiram – de modo até previsível, dado o início efetivo do sistema democrático no Brasil, incluindo uma Lei Fundamental dotada de eficácia. Um desses precedentes é fundamental à compreensão acerca do modo e dos limites de interpretação constitucional.

Entre as críticas fervorosas à nova Carta estava a desproporcionalidade na representação dos estados mais populosos (do sul e sudeste do país) em face dos demais (especialmente da região norte). Para garantir um mínimo de paridade entre os membros da federação e, assim, evitar a dominação do poder político, econômico e social pelos estados mais populosos, a Constituinte fixou no artigo 45 da Lei Maior alguns limites mínimos e máximos de representantes na Câmara dos Deputados.

Isso, em tese, conduziria a uma harmonia maior nos debates, propiciando maior força aos estados tradicionalmente alijados do processo político. Portanto, cada estado-membro teria no mínimo oito e no máximo setenta deputados, fixando a representação dos territórios em quatro deputados.

Em face dessa regra, o Governador do Rio Grande do Sul, julgando prejudicado seu estado, propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 815 (Brasil, 1996). Entendeu de maior envergadura o princípio da isonomia (incluindo o da igualdade de votos) e o princípio democrático, que foram positivados no novo Texto Constitucional, o que levaria à invalidade o artigo 45, §§ 1º e 2º – desarrazoados, segundo o requerente.

Tal como sustentado por Otto Bachof (2009), a alegação era de que existem normas constitucionais originárias hierarquicamente diferentes. Assim, as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, CRFB) apresentariam aqueles princípios imanentes (e de caráter supralegal) à ordem jurídica sem os quais ela não teria sentido. Assim, a diferenciação feita no artigo 45, Constituição, além de ferir diversos princípios, conduziria a mais discriminação e poria em risco a essência da federação – até porque a paridade entre os seus membros era a razão de ser do Senado Federal, não da Câmara dos Deputados.

No curso da ação, a Advocacia Geral da União manifestou-se reconhecendo que, apesar de existirem partes do texto constitucional que são irrevogáveis (as cláusulas pétreas), todas as normas constitucionais apresentam mesma hierarquia. Por sua vez, o parecer da Procuradoria Geral da República foi de que: (i) apesar da distinção entre normas material e formalmente constitucionais, não há quebra na unidade normativa da Constituição, pois todas têm o mesmo valor; (ii) o princípio da unidade hierárquico-normativa implica a ausência de

uma ordenação normativa dentro da Constituição formal; (iii) somente normas constitucionais posteriores podem ser avaliadas em face das originárias, nunca normas originárias em face de outras normas originárias; (iv) são normas de mesma natureza e, portanto, de mesma força. Por tudo isso, as cláusulas pétreas representam apenas uma opção do constituinte, sendo inconcebível, por qualquer justificativa, normas constitucionais inconstitucionais no sistema jurídico nacional (Brasil, 1996).

Em seu voto, o relator ressaltou que a discussão era sobre a possibilidade de hierarquia entre as normas constitucionais originárias e não sobre a vinculação do constituinte a um direito supralegal. A noção de constituição escrita e rígida repele aquela possibilidade, pois todas as normas positivadas são igualmente constitucionais (Brasil, 1996).

A igualdade de valor das normas constitucionais originárias decorre do fato de terem seu fundamento no Poder Constituinte Originário, e não em outras normas de direito suprapositivo que, eventualmente, foram positivadas na Carta Magna. Essa dependência (ou independência) faz com que somente as normas constitucionais supervenientes possam ser avaliadas como constitucionais ou não em face das normas originárias, pois aqui, e somente nesta hipótese, aquelas normas encontram fundamento de validade nestas (Brasil, 1996).

Por isso, prossegue Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal apenas pode analisar a constitucionalidade de uma norma em face da Carta Política originariamente promulgada, nunca dentro dela mesma:

[...] essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte Originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição (Brasil, 1996, voto, p. 3).

No aspecto formal, o Tribunal atua com a declaração de inconstitucionalidade, no entanto a violação ventilada não seria propriamente uma inconstitucionalidade e sim uma questão de ilegitimidade. Nesse sentido, as cláusulas pétreas são mero limite ao Poder Constituinte Derivado na reforma da Constituição, nada significando para o Poder Constituinte Originário. Citando Schmitt, sustentou que tais cláusulas marcam o que é passível de uma revisão e aquilo que depende de uma nova Constituição (Brasil, 1996, voto, p. 6).

O Supremo, unicamente com o voto do relator, abrindo precedente e fixando o entendimento da Corte decidiu, por unanimidade, que o pedido aventado era juridicamente impossível, sequer chegando a julgar o mérito. Contudo, ao decidir sobre a possibilidade de se

verificar a validade de normas constitucionais originárias, pacificou o entendimento sobre este aspecto. Em suma:

Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.

Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (Brasil, 1996)

Deste caso ímpar na jurisprudência constitucional brasileira, observamos um entendimento claro de que não é tarefa e, especialmente, de que não é possível ao Tribunal avaliar o Poder Constituinte Originário ou a sua obra. Qualquer que tenha sido o critério utilizado ou a norma editada, a Corte está submetida à ordem constitucional vigente.

Há, efetivamente, o reconhecimento de que podem até existir princípios suprapositivos que guiam a atuação do Constituinte Originário, entretanto não são critérios válidos a justificar a intervenção de qualquer órgão judicial no mérito do assunto. O Supremo negou-se a ir além do prescrito no artigo 102, *caput*, CRFB, negou-se a avaliar o único critério oferecido pelo Constituinte Originário: a Constituição formal, escrita e rígida. Admitiu ser seu parâmetro de decisões intangível à sua vontade.

O auge da controvérsia está na questão de que não se trata do mérito e sim da admissibilidade da causa. O Supremo delimitou na ADI 815 que qualquer que seja a matéria, se necessitar da comparação hierárquica de normas constitucionais, ou de um condicionamento exegético entre elas, ou da avaliação de normas constitucionais em face de outros princípios não integrantes da ordem jurídica constitucional (positiva), é impossível a intervenção judicial (Brasil, 1996).

Por meio desta decisão, o Tribunal devolveu, ao menos naquele momento, ao Poder Constituinte Originário a competência juridicamente ilimitada sobre a Constituição. Limitando o controle de constitucionalidade, o Tribunal reafirmou, em sua plenitude, as atribuições e as competências da Assembleia Constituinte, *condicionantes de sua atuação* em vez de *condicionada às suas decisões*.

Exatamente nesse diapasão estava o pensamento doutrinário. Daniel Sarmento explica que na Alemanha a Corte Constitucional até chegou a admitir a possibilidade teórica de declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional, porém frisou a excepcionalidade desta situação (Sarmento, 2003, p. 35). Entretanto, explica:

As constituições também se sujeitam a valores éticos transcendentais, que lhes impõem limitações intransponíveis. A vulneração a tais limites, porém, não traduz questão de inconstitucionalidade, mas de ilegitimidade da norma constitucional, não devendo ser aferida por órgãos jurisdicionais internos, cuja fonte de competência radica na própria Constituição (Sarmento, 2003, p. 36).

Além disso, prossegue, o modelo de constitucionalidade também é contrário à adoção desta teoria. É temeroso permitir que juízes singulares decidam, baseados em valores supralegais, a inconstitucionalidade de normas oriundas do Poder Constituinte Originário (Sarmento, 2003, p. 37).

Por sua vez, Garcia (2008, p. 267) explica que a questão parte de duas premissas: de que (i) uma norma constitucional deve estar em consonância e ter por fundamento (ii) a essência da Constituição. Sabendo que constitucional é “toda norma inserida na Constituição ou resultante de modificação do seu texto” (Garcia, 2008, p. 267) – ou seja, pode ser tanto uma norma originária quanto oriunda de reforma –, cumpre saber o que seja a “essência”.

A “essência” enquanto paradigma de análise pode estar dentro ou fora do sistema. Estando dentro, apenas há a possibilidade de ser constitucional, pois, ensina Kelsen (2000, p. 181-182), todo o restante do ordenamento jurídico encontra seu fundamento na própria Constituição. Ora, para que algo seja paradigma de outro objeto, deve-lhe ser anterior. Sendo as normas originárias contemporâneas, unicamente as normas oriundas do Poder Constituinte Reformador poderiam ser tidas como inconstitucionais (Garcia, 2008, p. 268).

A exceção a isso, quando o pressuposto reside na própria Carta, seria a hipótese de existência de uma hierarquia entre as normas constitucionais originárias. Contudo, a unidade sistêmica e a origem comum da Lei Fundamental (o Poder Constituinte Originário) colocam suas disposições no mesmo plano existencial (Garcia, 2008, p. 269).

Poder-se-ia até falar em uma hierarquia formal, quando uma norma segue ditames de outra. Porém, em âmbito constitucional, isso apenas ocorre na atuação do Poder Reformador. E, mesmo nesse caso, trata-se de uma hierarquia temporária, pois, uma vez consoante a Constituição, passam todas as normas a terem idêntico valor (Garcia, 2008, p. 271-272). Novamente a inconstitucionalidade ficaria restrita à reforma constitucional.

No sentido da efetividade, é verdadeira a diferença nas implicações geradas pelos diversos dispositivos. Entretanto, essa falta de uniformidade nos efeitos produzidos no plano

fático-jurídico por diferentes normas constitucionais não é justificativa para hierarquizá-las. Apenas se a constituição fizesse diferença, poderia o intérprete distinguir e escalonar as normas (Garcia, 2008, p. 269).

Demais disso, a diferença nos efeitos somente é vista na medida em que ocorre a concretização da norma, enquanto a hierarquia normativa é abstrata. Sendo assim, a concretização conduzirá, no máximo, a uma hierarquia dinâmica, pois a influência da realidade (naturalmente mutável) na delimitação do conteúdo da norma implicará numa individualização normativa variável (Garcia, 2008, p. 269-270).

Do ponto de vista jurídico, efetivamente há a preeminência de algumas normas, especialmente das cláusulas pétreas e dos princípios fundamentais. Entretanto, ainda que “possuam maior influência na manutenção da estabilidade ou sejam constantemente invocadas no processo de interpretação constitucional, tal não significa que ocupem um nível hierarquicamente superior às demais” (Garcia, 2008, p. 271).

Ainda que existam, como muitos defendem, normas de diferentes “graus” (níveis de importância axiológicos), assumindo posição de proeminência no sistema, não há abstrata preferência. Essa hierarquia axiológica (em nada relacionada à hierarquia normativa) não afasta a premissa de que todos os bens constitucionais têm igual estatura, serve apenas como uma diretriz operacional para o intérprete, sendo relativa.

Por isso, “esse escalonamento axiológico será objeto de aferição no momento de aplicação da Constituição, em nada comprometendo a validade de suas normas” (Garcia, 2008, p. 275). Como todas as normas constitucionais originárias têm mesma hierarquia, tal sistematização não afastará dispositivos.

Por outro lado, para que o paradigma esteja fora do sistema, deve estar fora da Constituição. Neste caso, como a Constituição é o fundamento de todo o ordenamento, não somente ela, mas o próprio sistema busca seu fundamento em outro sistema – de caráter supralegal (Garcia, 2008, p. 268). Nesse sentido, na atual concepção do direito, por maior que seja a carga axiológica que um direito supralegal carregue (e ela não deve ser ignorada), não tem a capacidade de negar a juridicidade de uma norma (Garcia, 2008, p. 277).

Por fim, Garcia (2008, p. 280) esclarece que somente um órgão definido em norma supralegal poderia aferir a validade das normas constitucionais. Afinal, se vai ter por objeto de análise a própria Constituição (documento positivo supremo), podendo chegar a desautorizá-la, não pode ter a própria Constituição por fundamento. Conclui:

Face à inexistência de uma norma formal superior à Constituição, criadora de um órgão jurisdicional igualmente superior, é manifesta a impossibilidade de as normas

emanadas do poder constituinte serem consideradas inconstitucionais por um poder constituído (Garcia, 2008, p. 281).

Canotilho (1998, p. 1156-1158) concorda com essa conclusão ao falar sobre as contradições transcendentais. Segundo o professor português, efetivamente, do ponto de vista teórico, são admissíveis oposições entre o direito positivo e valores informadores. Neste caso, deveria existir um órgão capaz de verificar a conformidade da Constituição com a ordem de valores vinculante. O que inexistente.

Feita esta análise, observa-se certa convergência no sentido de oposição à opinião de Bachof, por vários fundamentos, dentre os quais alguns recorrentes. Até a apresentação das ações ora em análise seguia constante essa opinião. Hoje, no entanto, seguem duvidosas as assertivas acima expostas, quer doutrinária, quer, jurisprudencialmente.

### **3 O NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL: DECISÃO SOBRE AS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO**

Não obstante o posicionamento consolidado, novos casos foram apresentados, viabilizando uma alteração nos paradigmas vigentes.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 foi ajuizada pelo governador do Rio de Janeiro com o objetivo de: (i) alterar a interpretação dos artigos 19, II e V e 33, I a X do Decreto-Lei 220/75 do estado do Rio de Janeiro, que restringia direitos dos homossexuais, e (ii) dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723, do Código Civil, que servia de fundamento para decisões judiciais que negavam o reconhecimento das uniões homossexuais (Brasil, 2011b). Subsidiariamente, pedia o recebimento como ADI.

Alegou violação aos preceitos fundamentais da igualdade, segurança jurídica, liberdade e da dignidade da pessoa humana. Ressaltou que a homossexualidade não viola nenhuma norma jurídica e que é dever do Estado garantir o pleno desenvolvimento da personalidade. Assim, requeria a aplicação analógica das regras da união estável heterossexual para o reconhecimento das uniões estáveis homossexuais.

Em relação ao segundo pedido, a Procuradoria-Geral da República ajuizou outra Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (n. 178) com idêntico pedido. Depois de emenda à inicial, por despacho do Min. Gilmar Mendes, foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 (Brasil, 2011a).

Em razão de posterior alteração dos dispositivos estaduais impugnados, a ADPF 132 foi parcialmente prejudicada. Com mesmo fundamento da ADPF 178, esta foi recebida como

ADI. Foram admitidos como *amici curiae* 14 entidades da sociedade civil. Distribuídas ao Ministro Ayres Britto e julgadas conjuntamente, é possível destacar alguns fundamentos principais nos votos dos ministros.

No entanto, antes é importante citar o artigo do Código Civil impugnado: “Art. 1.723. *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*” (grifo nosso).

Embora a impugnação tenha sido ao Código Civil (norma infraconstitucional), indiretamente foi uma alegação de inconstitucionalidade da própria Constituição, que previu originariamente um dispositivo que foi praticamente copiado *ipsis litteris* pelo Código Civil. Vejamos a redação do Texto Constitucional:

Art. 226. [...].

§ 3º 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 (grifo nosso).

O Relator, em seu voto, destacou que a Constituição tem como valor fundamental a vedação do preconceito e do tratamento discriminatório. Quanto vedou o “sexo” como fator de discriminação, está incluída a vedação ao preconceito em razão da “orientação sexual”. Demais disso, uma democracia material requer pluralismo – o que gera o “princípio da diferença”. Ressaltou que, pela norma geral negativa de Kelsen, como tal união não é proibida pelo ordenamento, deve ser tida como permitida. Destacou o direito à intimidade, privacidade e ao desenvolvimento da personalidade. Por fim, afirmou um conceito aberto e não ortodoxo de família – cujo objetivo é o pleno desenvolvimento de seus membros.

O Ministro Luiz Fux enfatizou a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, em decorrência, o dever do Estado de proteção e promoção. Afirmou que a homossexualidade é um fato da vida e uma característica da personalidade e impedir a constituição de uma família com base nisso atenta contra a dignidade dessas pessoas. O artigo 226, § 3º, da Constituição não impede tal reconhecimento, pois ele foi incluído no Texto Magno para proteger a união estável e não para impedir a legitimação jurídica das uniões homoafetivas.

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia destacou que a Constituição deve ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, voltado à concretização dos valores por ela adotados. Se um dos objetivos da República é o bem de todos, sem preconceitos, não se pode admitir regra que conduza à discriminação.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, o conceito de união estável foi remetido ao legislador infraconstitucional, respeitadas determinadas balizas. Tanto na Constituição como no Código Civil há a definição de “homem e mulher”, não havendo como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo. Inclusive essa foi a posição da Constituinte, conforme notas taquigráficas citadas. Não obstante, se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol do artigo 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional. Procedeu à integração da Constituição para sanar a lacuna normativa.

Com base na não taxatividade dos direitos fundamentais elencados na Constituição, o Ministro Joaquim Barbosa julgou procedente a ação. Ressaltou que o citado artigo 226 volta-se, apenas, aos casais heterossexuais – os homossexuais têm seu direito assegurado com base em outros princípios constitucionais.

O Ministro Gilmar Mendes – preocupado com que o caso se torne um precedente *sui generis* de interpretação conforme a Constituição de um texto que, aparentemente, reproduz a Lei Maior – reconhece que a prestação pretendida deveria ser fornecida pelo Congresso. Afirmando que o dispositivo constitucional é taxativo, reconhecendo apenas a união estável ocorre entre homem e mulher, defende que se trata de uma escolha difícil. Para admitir o pedido fundamentou-se no “pensamento do possível” e no direito ao desenvolvimento da personalidade.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio enfatizou a relação entre o Direito e a Moral, demonstrando a nova concepção constitucional da família. Ressaltou o direito de cada pessoa a formular um projeto de vida, sendo dever do Estado auxiliar na concretização deste fim. Demais disso, os direitos fundamentais possuem um caráter contramajoritário, devendo ser reconhecida a existência desses relacionamentos entre pessoas de mesmo sexo.

Com extenso voto, o Ministro Celso de Mello analisou a discriminação contra os homossexuais na história; afirmou que, a partir de uma interpretação sistêmica, o artigo 226 deve ser visto como uma norma de inclusão e não de exclusão; definiu que a ausência de atuação do Legislativo, provavelmente em virtude do desejo das majorias, representava grave violação dos direitos das minorias; defendeu a aplicação ao caso do postulado da busca da felicidade, decorrente da dignidade humana; aplicou os princípios de Yogyakarta que asseguram o direito de constituir uma família, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero; e que o ativismo judicial se justifica para evitar-se o desprestígio da Constituição e em decorrência da ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela Constituição de 1988.

O Ministro Cezar Peluso foi sucinto, defendeu que o artigo 1.723 do Código Civil não é idêntico ao artigo 226, § 3º da Constituição. Ou seja, é possível fazer tal interpretação conforme a Constituição. O relacionamento entre pessoas do mesmo sexo caracterizado pela afetividade não pode ser regulado por outra área que não o direito de família. Então, por analogia, essa relação deve ser reconhecida como união estável.

Por fim, ressalte-se que o Ministro Dias Toffoli estava impedido por ter atuado no caso como Advogado-Geral da União e a Ministra Ellen Gracie não proferiu voto. Assim, à unanimidade, o STF deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723, CC para tornar obrigatório o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, se cumpridos os demais requisitos exigidos.

#### 4 ANÁLISE CRÍTICA E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

A Suprema Corte Brasileira, como explicitado acima, já havia rejeitado a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais elaboradas pelo legislador constituinte originário. No julgamento da ADI 815, a Corte fixou entendimento de que decorre na natureza rígida da Constituição de 1988 a ausência de hierarquia entre suas normas, ainda que uma delas fosse assegurada por cláusulas pétreas. Logo, decidiu não conhecer do pedido.

Com tal precedente, único na sua jurisprudência, o Supremo manifestou-se em dois sentidos: (i) que valores metajurídicos não podem servir à atuação do julgador e que, (ii) independente de sua classificação doutrinária (e unicamente doutrinária) e de sua natureza (mutável ou não), as normas constitucionais têm mesma hierarquia. Como derradeira consequência, fixou ser incompetente para fazer eventuais correções de conflitos constantes no texto constitucional originariamente promulgado.

Porém, o julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, o STF admitiu, em um *overruling*, isto é, numa virada paradigmática em seus precedentes jurisprudenciais, a existência de normas constitucionais originárias que podem ferir outras normas constitucionais de maior hierarquia e que, por isso, na prática perdem sua validade. Quando conheceu as ações, independentemente de seu mérito, o Supremo Tribunal afirmou-se competente para analisar a validade e a legitimidade da obra da Assembleia Constituinte, estendendo seus padrões de julgamento no sentido de incluir valores metajurídicos.

Otto Bachof (2009) tratou de um ponto sensível e que, aparentemente, foi a válvula de escape do Tribunal brasileiro nas ações em destaque: existem cláusulas abertas positivadas

nas Constituições que dão azo à aplicação de um direito supralegal que foi, superficialmente, incluído e concretizado nos ordenamentos jurídicos.

A expressão máxima desse direito supralegal normatizado no sistema jurídico brasileiro é a proteção à dignidade da pessoa humana. O principal fundamento humanístico da República Federativa do Brasil é, na prática judicial, indescritível, não sujeito a conceituação ou delimitação. Todos os interesses da sociedade brasileira são abrangidos por ele: de brigas de vizinhos à punição do racismo.

Por consequência, podem, agora, também esse e outros valores constitucionais ou metajurídicos corrigir erros constitucionais originários? Na prática, o Poder Constituinte Originário foi submetido a um “controle de constitucionalidade” pelo STF.

Como a maior parte das cartas constitucionais, a Constituição de 1988 apresenta uma série de normas consensuais. Em decorrência dos vários atores presentes na Constituinte, muitos dispositivos foram frutos de longos debates e de frágeis acordos. Isto, no entanto, não agride a coesão e sistematicidade da Carta. De fato, expressa Canotilho (1998, p. 1108, grifos do autor) que “o *consenso fundamental* quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador”.

Em razão disso, muitas vezes os princípios entrarão em conflito, gerando uma situação de tensão e exigindo ponderação e respeito a uma adequada hermenêutica constitucional. Todavia, esses conflitos constitucionais, resultado daquelas visões dissonantes de mundo, não implicam a eliminação de uma das normas – o que destruiria a “unidade axiológica-normativa da lei fundamental” (Canotilho, 1998, p. 1108). Em momentos de tensão os princípios serão objeto de ponderação, todavia tal concretização judicial do Texto Magno não pode contrariar sua essência (Canotilho, 1998, p. 1109).

Não obstante, na análise do artigo 226, § 3º, CRFB fala-se propriamente em uma regra constitucional. Ora, nesse artigo a Constituição faz uma regulação da família e seu reconhecimento pelo Estado, institui um princípio e enumera, a seguir, regras, dando concretude ao princípio do *caput* ou fazendo exceções a ele. Especificamente delimita no § 1º que apenas o casamento civil serve ao reconhecimento da união pelo Estado. No § 2º amplia tal proteção aos casamentos religiosos, desde que sejam atendidos requisitos definidos pelo legislador ordinário. Chega-se ao § 3º com outra exceção: atendidos alguns requisitos (união, dotada de estabilidade, entre um homem e uma mulher), a relação de fato terá, também, a proteção do Estado

Segundo a doutrina, as regras valem na forma tudo ou nada, tem aplicabilidade ou não, são válidas ou não. É inadmissível um limbo jurídico onde regras jurídicas, apresentada a hipótese de incidência, ora se subsumam ora não (Sarmiento, 2003, p. 41-56). Sendo assim, uma exceção a uma regra constitucional, qualquer que seja ela, não ocorre por ponderação (adstrita aos princípios) e sim por sua derrogação. Tratando-se de norma constitucional, tal derrogação advém de uma situação de derrotabilidade (exceção não expressa) ou da tese adotada por Otto Bachof.

Ainda tratando da relação entre regras (ou preceitos) e princípios na Constituição, o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 104) explica que efetivamente estes, por não serem tão precisos quanto aquelas, perdem em carga normativa, entretanto ganham em força valorativa. Isto é, expressam valorativamente muito mais, contudo têm uma força de incidência menor. Porém, explica que mesmo assim nenhuma destas normas pode ser considerada como de “escalão superior” (Bastos, 1999, p. 104).

No fundo, tanto são normas as que encerram princípios quanto as que encerram preceitos, podendo-se dizer que é desse entrelaçamento que todo o constitucional sai fortalecido (e nunca prejudicado, com o afastamento de qualquer de suas regras) (Bastos, 1999, p. 104).

Vê-se logo que a opinião dos ministros foi noutra sentido. Ora, negando validade, eficácia ou legitimidade à regra da união estável incrustada no artigo 226, §3º, CRFB, ocorreu exatamente o contrário, isto é, toda a sistemática constitucional saiu *prejudicada*, para usar a expressão de Celso Bastos acima.

É de se ressaltar não poder ser utilizada a fórmula de Kelsen, conforme arguido por alguns ministros para afastar tais conclusões preliminares, pois a união estável não possui tutela jurídica, trata-se de relação de fato que, eventualmente, recebe a tutela do Direito.

Sendo jurídica a natureza da tutela conferida a essas relações, apenas é admitida comparação entre o casamento e a união de fato quando, e somente se, o Direito conferir tal equivalência. Restaria ilógico exigir a proibição expressa de todas as relações afetivas não reconhecidas juridicamente, mesmo que a lei indicasse expressamente quais relações ela reconhece – como ocorre atualmente.

É expressamente proibida a união estável entre 3 pessoas? A resposta é negativa. Logo, é permitido? Obviamente que a relação de fato não seria proibida, mas, ao mesmo tempo, não poderia ser tida como uma relação juridicamente reconhecida. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a possibilidade de formação de união estável com mais de

uma pessoa, mesmo não havendo proibição expressa – uma vez que a proibição da bigamia se aplica apenas ao casamento (Brasil, 2020).

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (Brasil, 2020, ementa)

Diga-se mais, quando a Constituição trata da separação de poderes, em nenhum momento afirmou que existem apenas, exclusivamente ou tão-somente três poderes (artigos 2º e 60, § 4º, III). Sendo assim, torna-se possível a criação de outros poderes? Por lógica há uma vedação a isso, pois a previsão, apesar de aberta, é taxativa. Tais argumentações semânticas e gramaticais devem ser abandonadas.

Percebe-se na leitura da obra paradigmática que há um constante confronto entre normas que formam a Constituição formal e as que são materialmente constitucionais. Efetivamente, cabe à doutrina constitucional fazer apurada distinção destas normas, como forma de melhor interpretar a Lei Maior, para saber quais normas formam a própria essência do texto constitucional e quais normas constam por mera opção política do constituinte.

Todavia, para fins de controle de constitucionalidade essa divisão não faz diferença, pois o objeto de proteção deve ser a Constituição como um todo e não algumas de suas normas. Como exposto, pela unidade da Constituição, a integralidade do texto ocupa o ápice do ordenamento e não apenas as normas materialmente constitucionais. Mesmo no aspecto formal, “[...] não é relevante, juridicamente, a identificação de uma matéria constitucional e de outra que, embora na Constituição, não seria constitucional. Isto porque o critério de modificação, gerador de preceitos de porte constitucional, é o mesmo para todas as normas” (Temer, 2010, p. 24).

Contudo, o Supremo identificou uma discrepância entre o princípio exposto no artigo 226, *caput* e a regra de seu § 3º e, apesar da interpretação exposta, optou por dar uma espécie de *interpretação conforme* ao parágrafo. Associando diversos princípios constitucionais à proteção da família, núcleo material da Lei Máxima, esvaziou a regra exposta, dado supostamente seu caráter meramente formal.

Não obstante, fazia-se necessário reforço discursivo aos princípios alegados pelo Tribunal. Assim, era necessário encontrar outros fundamentos justificadores da superioridade dos princípios conflitantes com a regra. Então, por meio da dignidade da pessoa humana, o STF admitiu a inclusão de um direito supralegal no ordenamento jurídico nacional, para usar a expressão de Bachof.

Ao dar uma decisão contrária à expressão dicção do dispositivo, o STF acabou violando os postulados da unidade da Constituição (ao admitir uma hierarquia das normas constitucionais), da máxima efetividade (ao preferir a aplicação de uma regra constitucional por outros princípios não incidentes diretamente à hipótese), da concordância prática (por gerar um conflito desnecessário e, ainda assim, não encontrar uma harmonia entre eles) e da força normativa da Constituição (ao observar a regra do § 3º como mera possibilidade e não como estrita previsão normativa, retirando sua efetividade).

Nesse sentido, enquanto a leitura natural do texto deveria ser “a união estável é entre homem e mulher”, o Tribunal interpretou como “a união estável *pode ser* entre homem e mulher”. Mesmo os ministros que supostamente desejavam respeitar os limites semânticos do texto, o fizeram criando uma nova hipótese de entidade familiar por analogia à união estável. Ou seja, novamente ignorando a restrição dada pelo texto.

Vale destacar que o próprio Ministro Lewandowski reconhece, citando os debates na elaboração da Constituição, que a Assembleia Constituinte desejava que a união estável fosse entre pessoas de sexo distinto:

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia 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 distinto. Confira-se abaixo:

“O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 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 através 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 pede que se coloque 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 malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

[...]

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas)”.

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Com isso, como explicado, o Tribunal não deixou simplesmente de aplicar um recurso hermenêutico, ele violou uma garantia da Constituição, do Constitucionalismo e, por conseguinte, do Estado de Direito. Tais postulados não são opcionais, são cogentes. “A

interpretação, portanto, deverá, para se considerar como atividade válida, respeitá-los no seu todo, não podendo proceder à escolha de um ou outro” (Bastos, 1999, p. 100).

Agrava a decisão o fato de ter se utilizado de valores metajurídicos, introduzindo-os pelas possibilidades interpretativas de princípios abertos. Ao discorrer sobre a questão da legitimidade das normas positivas, Temer (2010, p. 32, nota de rodapé nº 2) destaca que:

[...] é preciso distinguir o *plano da cidadania* (político) do *plano científico-jurídico*. Não há dúvida de que o cientista do Direito, *cidadão*, poderá e deverá postular modificações estruturais da normatividade estatal, de molde a prestigiar e assegurar princípios enaltecidos do ser humano; mas isto não autoriza o *cientista do Direito* a estudar a sua ciência baseado naqueles critérios metajurídicos.

Neste momento avulta-se o problema da subjetividade na escolha das normas de “maior” fundamentalidade ante a ausência de hierarquia objetiva. Quando um intérprete se apropria de um sistema essencialmente livre de escalonamento e aplica conceitos vagos para justificar a premência de certas normas, surge a questão de saber se foram empregados critérios razoáveis, ou se, ao contrário, foram utilizados entendimentos pessoais como se fossem premissas universais.

Vale lembrar a explicação de Dworkin (2002, p. 50-63), ao tratar do poder discricionário e, especialmente, das controvérsias na aplicação dos princípios: o Judiciário somente pode e deve intervir em *questões de princípio*, sendo vedado a ele manifestar *preferências pessoais* (quer de seus membros, quer de parcela da sociedade).

A ampliação do conceito de união estável é uma decisão essencialmente política e, como tal, cabe à sociedade em geral e às instâncias representativas. Quando o Judiciário deixa de aplicar a Constituição vigente e passa a decidir em nome da sociedade em geral o que considera ser mais benéfico, passa a tornar-se a única voz no discurso.

O pluralismo dialógico é essencial à democracia (Häberle, 1997). Quando qualquer tribunal avoca para si a tomada de decisões políticas, amputa a sociedade de parte essencial do processo, violentando a democracia. Quando o Judiciário deixa de interpretar a Constituição para tomar qualquer outra decisão política, solitariamente, não há diálogo: há um monólogo. Sobre isso, cite-se os doutos Streck, Barretto e Oliveira (2009, p. 79): “a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário”.

Retornando à questão da interpretação. Se, por um lado, é dever do exegeta – quer portando-se proativamente, quer em autocontenção – adequar a norma posta ao contexto fático que exige sua aplicação, por outro lado o texto não deve ser eliminado. Esta não é função da interpretação, nem tal poder concede ao intérprete.

Ao relacionar as possibilidades da *mutação constitucional* (concretização do texto) com a *modificação constitucional* (alteração legislativa da Constituição), Hesse (1998, p. 46) afirma que a “modificação constitucional começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam”. Em outros termos, existem controvérsias constitucionais solúveis, unicamente, pela via legislativa. Este era o caso do reconhecimento da união homoafetiva, por todas as limitações interpretativas já expostas.

A Carta Magna, é verdade, não pode ficar estagnada em dado momento da história, ou perderá por completo sua finalidade. Tanto é assim que formalmente as constituições fixam um processo pelo qual podem, em sua totalidade ou em grande parte, ser alteradas. Os exegetas, mesmo assim, podem ajustar, dentro de certas balizas, o texto constitucional à realidade. No entanto, se o intérprete puder adequá-la ao seu livre alvitre, perderá ela sua força normativa, tornando-se mero guia de uma elitista magistratura, superior aos demais poderes, especialmente ao de elaborar as leis.

Nesses casos, além de poder fiscalizar, com ampla liberdade, os trabalhos da Assembleia Constituinte, o Judiciário passa a ter a possibilidade de fazer isso conforme o momento. Em último caso, fica legitimado um casuísmo. Instaure-se uma aristocracia judicial, que pode decidir conforme valores abertos, casuisticamente definidos. O Judiciário acabaria como uma sempiterna Constituinte (Streck, Barretto e Oliveira, 2009, p. 79).

Perfeita é a afirmação do ministro Moreira Alves e plenamente aplicável ao caso:

Portanto, não tendo o Supremo Tribunal Federal, como já se salientou, jurisdição para fiscalizar o Poder Constituinte originário, não pode ele distinguir as exceções que, em seu entender, sejam razoáveis das que lhes pareçam desarrazoadas ou arbitrárias, para declarar estas inconstitucionais. E isso sem considerar que a restrição admitida por BACHOF é incongruente, pois quem é livre para fixar um princípio o é também para impor-lhe exceções (Brasil, 1996, voto, p. 5).

Foi isto que fez o Supremo: removeu as balizas da hermenêutica jurídica clássica e, então, consagrou a plena liberdade dos juízes, com base em um aberto conceito de direito supralegal introduzido no sistema jurídico brasileiro, em tese, pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Sobre semelhante dispositivo – entretanto muito mais aberto que o brasileiro – na Constituição Portuguesa de 76 (artigo 36.º/1), Canotilho (1998, p. 1154) manifesta-se pela inadmissibilidade plena, impossibilidade total de interpretação que admita o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O mestre português não emitiu um juízo de valor sobre tal modalidade de casamento, apenas expôs a impossibilidade de interpretação que a tal resultado chegue. Observe-se que os empecilhos à tal interpretação são menores, unicamente o conceito

de família, pois a formulação do dispositivo é mais aberta: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

Além do problema de hierarquizar normas constitucionais, tal teoria destitui de rigidez a Lei Maior, que fica vulnerável no controle de constitucionalidade, problema prático. A decisão fragilizou a força normativa e a obrigatoriedade da Lei Maior. Sendo assim, o próprio controle de constitucionalidade tem seu objeto ampliado: para todos os sentidos a própria Constituição passa a ser impugnável perante o Judiciário. A partir dos valores de normas constitucionais de maior hierarquia, os juízes poderão concretizar a Constituição a partir da separação entre as normas constitucionais válidas e as inválidas.

Sendo o controle de constitucionalidade brasileiro misto (concentrado e difuso), ao admitir a invalidade de determinadas normas constitucionais e declarar a competência do Judiciário para proceder a tal juízo, o STF tornou possível a qualquer juiz declarar a invalidade de tantas normas quanto julgar sem obrigatoriedade jurídica. A conclusão não pode ser diferente, pois, “qualquer restrição da competência judicial de controlo dos tribunais constitucionais é perigosa” (Bachof, 2009, p. 84).

À guisa de conclusão, uma consequência prática deve ser realçada, a mais grotesca, talvez. Agora, o STF pode rever a decisão proferida na ADI 815. Afinal, no âmbito do controle de constitucionalidade em abstrato há a possibilidade de ser declarada a inconstitucionalidade de norma já considerada constitucional (Barroso, 2009, p. 198-202). Como a improcedência ou inadmissibilidade da ação em nada atingiu o conteúdo da norma:

Parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de *mudanças* formais ou *informais no sentido da Constituição* ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei (Barroso, 2009, p. 199, grifos nossos).

A mudança no entendimento da Corte sobre sua própria competência e sobre a possibilidade de análise da validade das normas constitucionais é, exatamente, tal mudança informal no sentido da Constituição. Logo, é possível a correção da distorção na representatividade dos Estados na Câmara dos Deputados.

De todo o exposto, vale lembrar sábia afirmação: “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente” (Hesse, 1998, p. 70). Dessa forma, reafirmar a normatividade da Constituição exige criticar decisões constitucionais descoladas dos critérios da boa hermenêutica constitucional.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, vê-se que a pretensão ao reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo sexo encontrava um óbice no texto vigente do Código Civil, mas cuja redação era uma reprodução da Constituição. Sendo que a intenção manifesta da Assembleia Constituinte de 1987-1988 foi limitar o reconhecimento da união estável à união entre um homem e uma mulher, conforme comprovam os registros históricos. Dessa forma, tal reconhecimento dependia da atuação do Poder Legislativo, ante as restrições do direito vigente no Brasil – o que deveria ser uma limitação ao próprio Poder Judiciário.

Não se trata de uma discussão sobre o mérito do reconhecimento. Sobre isso, os argumentos são outros. Trata-se de avaliar a adequação da decisão do Supremo Tribunal Federal aos ditames da boa interpretação Constitucional. Como visto, a decisão da Suprema Corte afastou indiretamente uma expressa norma constitucional originária, desconsiderou um precedente anterior do próprio tribunal sobre a questão e afastou-se dos critérios dados pela hermenêutica jurídica.

Assim, não existe argumentação gramatical, lógico-sistemática, teleológica ou analógica que permita outro entendimento sobre o que é a norma prescrita no artigo 226, § 3º, CRFB. Ainda que se considere que esta seria uma exceção indevida no sistema de direitos fundamentais, não caberia ao Judiciário modificar o direito expressamente posto.

Com esse caso, o Supremo Tribunal Federal desviou-se de boa parte da doutrina constitucionalista brasileira e de grande parte da doutrina estrangeira, naquilo que, como conquista histórica, tenta assegurar a força normativa da Constituição. Esta mudança abriu o caminho para um Tribunal cada vez menos contido e cada vez mais lançado aos noticiários – nem sempre por boas intenções.

## REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** São Paulo: Almedina, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 815 – Distrito Federal.** Relator: Ministro Moreira Alves. DJ 10-05-1996. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em: 18 fev. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 – Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 14-10-2011a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 18 fev. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 14-10-2011b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 18 fev. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 1045273**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 21-12-2020, DJe-066 09-04-2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755543251>. Acesso em: 17 mar. 2026.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o Canto das Sereias**. IN: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), julho-dezembro 2009. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.