

# A interpretação da Constituição por uma sociedade aberta

*Eutálio Porto*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. O protagonismo da sociedade no processo de interpretação da Constituição; 2. A função dos princípios no processo de interpretação constitucional; 3. Mutação constitucional.

## 1. O protagonismo da sociedade no processo de interpretação da Constituição

As constituições democráticas, em geral, são elaboradas por uma assembleia constituinte eleita pelo voto popular cujo mister é aprovar um conjunto de normas em sintonia com a vontade social. Essa assembleia consiste, por isso, no *Poder Constituinte Originário* e recebe por delegação uma competência ilimitada do ponto de vista jurídico.

Esse Poder Constituinte, a despeito de ser ilimitado juridicamente porque fora eleito para fazer a lei máxima de um Estado, ou seja, inaugurar uma nova ordem jurídica, não pode desviar da delegação recebida, aprovando normas contrárias à orientação social, pois, sob este aspecto ela é limitada. De modo que o fato de não ter parâmetros jurídicos não implica em dizer que os constituintes tudo podem, ao contrário, devem estar atentos para, além da limitação social recebida, também observarem os preceitos suprapositivos aclamados pela ordem democrática internacional que resguardam, entre outros, o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

O Poder Constituinte Originário, ao encerrar sua delegação mediante a promulgação da Constituição, é substituído pelo Poder Legislativo que recebe a atribuição de reformar a Constituição quando necessário e também legislar ordinariamente, ou seja, elaborar as normas infraconstitucionais. Assim, quando o Poder Legislativo atua na

condição de reformador da Constituição, promovendo modificações por intermédio de emenda à constituição, é ele investido neste momento da função de *Poder Constituinte Derivado*.

Além do Legislativo, outro poder recebe uma importante missão, no caso o Poder Judiciário, cujo objetivo é garantir a supremacia da nova ordem constitucional por um processo de interpretação que lhe confere o direito de expulsar normas incompatíveis com a Constituição ou afastar violações praticadas contra seus comandos, e isto, em última instância, é realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

De sorte que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário são responsáveis pela garantia da nova ordem constitucional, tendo o primeiro a missão de reformar a Constituição além de exercer o *controle preventivo da constitucionalidade*, e o Poder Judiciário, que interpreta a Constituição garantindo juridicamente a sua supremacia e, neste contexto, exerce o *controle repressivo da constitucionalidade*, porque atua após a entrada em vigor de uma nova lei e, estando ela em desacordo com a Constituição declarar-se-á sua inconstitucionalidade.

Tanto a interpretação quanto a elaboração de leis seguem regras rígidas, pois, há um processo legislativo para a elaboração das leis e o um processo judicial para a interpretação, ou seja, são instrumentos legais para que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário exerçam suas funções. Mas isso não implica em dizer que estão esses Poderes imunes à orientação e influência do conjunto da sociedade, considerando que modernamente há uma simbiose entre a estrutura institucional do Poder Judiciário e a vontade popular no tocante à interpretação da Constituição, já que diversos são os mecanismos que possibilitam a presença da sociedade no processo de interpretação e que fazem chegar até às autoridades a voz das ruas.

A interpretação constitucional tem um viés diferente das demais interpretações feitas nos litígios envolvendo particulares decorrentes de normas infraconstitucionais, posto que sua ressonância poderá abranger toda a sociedade, situação que, em regra, não acontece nos casos particulares, cuja decisão tem como premissa fazer leis entre as partes, mas a Constituição, por ser o pacto social de maior relevância na ordem jurídica, tem a peculiaridade de ser abrangente, por isso, é possível que sejam examinadas ações perante o Supremo Tribunal Federal sem que a parte interessada tenha um caso concreto a ser decidido, ou seja, admite-se o conhecimento de ações para discutir direito em tese, e mesmo nos casos particulares quando envolve norma constitucional

pode a decisão ter caráter de *repercussão geral*, convertendo o Supremo Tribunal Federal a decisão para toda a sociedade.

Em razão da abrangência social das normas constitucionais é conferida a diversas entidades representantes da sociedade civil legitimidade para questionar eventuais deslizes no cumprimento da Constituição ou mesmo em relação a leis consideradas inconstitucionais, mesmo que concretamente estas entidades não estejam sendo atingidas pela norma, mas, por meio de representação a sociedade participa do controle da constitucionalidade, conforme previsão contida no art. 103 da Constituição Federal.

Com isso se constata que, com a promulgação da Constituição, se por um lado institucionaliza-se o processo de interpretação e elaboração de leis, por outro lado estas tarefas não ocorrem longe das vistas da sociedade ou neutralizando a voz popular, posto que o julgador que examina uma ação que envolva matéria constitucional não o faz desconectado da interpretação advinda do seio da sociedade. Em outras palavras, é a sociedade a verdadeira intérprete da constituição, que, por meio de seus valores, acaba por influenciar os julgadores. Estes, por sua vez, por mais tentados que fiquem a tomar uma decisão fundada em suas próprias razões ou motivados por interesses ideológicos, evitam desconsiderar as vozes da rua.

Isso porque a Constituição não é invocada apenas quando se estabelece um conflito judicial, na verdade, ela é um elemento vivo que no dia a dia está sendo praticada, ou seja, milhares de atos são realizados no cotidiano que carecem de aplicação de leis constitucionais e nem sempre é possível consultar o Judiciário para saber se a aplicação da norma está ou não correta, e as pessoas não possuem da mesma forma um profissional do direito constantemente ao seu lado para orientá-las.

Sendo a Constituição vivida na sua plenitude pela sociedade é ela que acaba por interpretá-la de fato, o que, por sua vez, vai influenciar o processo institucional de interpretação realizado pelos órgãos oficiais, que de direito possui a prerrogativa de dar a última palavra em termos de interpretação. Mas isso não permite o afastamento da realidade, pois, em uma democracia o processo de interpretação é aberto, pluralista e contínuo e “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”, conforme destaca Peter Häberle.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

Häberle deixa claro que a interpretação não pode ficar cerrada a um grupo pequeno, porque a forma de aplicação in concreto de uma norma constitucional é algo que interessa a todas as pessoas, por isso, os grupos sociais, a sociedade organizada, os partidos políticos, as associações, os indivíduos em suas particularidades, são intérpretes da Constituição que, na vivência da lei no cotidiano, acabam de forma empírica moldando seus termos à realidade.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.<sup>2</sup>

O intérprete oficial na solidão do seu ato e dentro do gabinete envolto às teorias e fórmulas jurídicas não pode prescindir da práxis, deixar de olhar para a realidade, sob o risco de produzir uma interpretação desfocada daquele que vive a norma, criando, assim, uma assimetria entre a teoria e a realidade, causando indignação e insegurança à sociedade.

O juiz deve estar conectado à realidade e aos padrões sociais de seu tempo, atuando de modo a conformar a norma não apenas a uma técnica juridicamente fundamentada, mas também orientado pelos valores sociais.

Não cabe ao intérprete, dentro de uma sociedade democrática e pluralista, se orientar apenas por uma técnica a ser aplicada com o fito de chegar a uma solução plausível mediante argumentos baseados numa lógica normativa. Deve, sobretudo, conciliar seu ato diante de um senso comum, pautar sua interpretação levando em consideração a forma em que a realidade social se apresenta, dando a ela legitimidade não apenas formal, mas também social.

Isso não implica em dizer que o intérprete não possa corrigir atos contrários ao espírito da Constituição. Porque não é pelo fato da práxis

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*, p. 37.

social indicar determinada interpretação que ela está correta e que deva o intérprete oficial se curvar a esta prática quando percebe que viola outros direitos, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, condenando ou absolvendo segundo o clamor popular.

Por isso, o Judiciário quando se defrontar com pressões de grupos sociais e estiver diante de uma interpretação errônea não deve colocar em risco a própria Constituição, mas, ao contrário, deve corrigir certos comportamentos, quando a norma sobre a qual ele se funda estiver sendo interpretada incorretamente.

Por exemplo, uma associação privada não pode colocar em seus estatutos regras que contrariem a democracia, impondo penalidade a associados sem a possibilidade do exercício do direito de defesa, ou contrariando preceito fundamental da Constituição sob o argumento de liberdade de associação e não interferência do Estado em seu funcionamento, tal qual preveem os incisos XVII e XVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Neste caso a interpretação está logicamente desfocada do texto constitucional e mesmo que as associações criem normas próprias, caberá ao Poder Judiciário efetuar o devido controle quando seu estatuto contenha dispositivo que contrarie a Constituição.

A autonomia da vontade no âmbito das relações privadas se por um lado admite que os particulares firmem seus próprios vínculos, mediante regras por eles estabelecidas, por outro lado não autoriza que os textos produzidos estejam em descompasso com o espírito constitucional. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem agido quando verificada a existência de normas particulares que confrontam com a Constituição, conforme se verifica no julgamento do RE 201.819-8/RJ em que a Corte conduziu a decisão no sentido de que a aplicação dos direitos fundamentais é imanente tanto nas relações envolvendo o cidadão e o Estado como também nas relações entre particulares, ou seja, aplicável às pessoas naturais e/ou jurídicas.

Constou na decisão que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819/RJ, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064.

Com isso os órgãos oficiais ao interpretarem a Constituição, se por um lado devem harmonizar-se com a realidade social, por outro lado podem corrigir comportamentos quando estes não estejam condizentes com o espírito da Constituição, pois, não são eles reféns de interpretação que porventura destoe do espírito da lei constitucional. Ao contrário, devem, quando necessário, corrigir a aplicação do texto constitucional, mesmo que para isto a decisão judicial vá de encontro com a expectativa da sociedade, mas para isto a decisão deve ser bem fundamentada expondo os motivos que os levaram àquela conclusão.

Muitas vezes a aplicação de uma lei pode gerar polêmica no próprio seio social e grupos diferentes a interpretam cada um à sua maneira, na medida em que numa sociedade democrática a divergência de opinião é um dos pilares que sustenta a liberdade e é pelo dissenso que a sociedade encontra o seu equilíbrio, neste caso o órgão deverá buscar a melhor solução e a que mais se adequa ao Estado democrático de direito e ao espírito da Constituição.

Em temas polêmicos que envolvem questões de alta complexidade, seja no campo da ciência, da religião, da política, da economia, o Supremo Tribunal Federal tem instalado audiências públicas objetivando ouvir vários segmentos da sociedade que não estejam vinculados diretamente ao processo, objetivando ter uma visão mais abrangente da situação dando maior legitimidade ao processo decisório e privilegiando a pluralidade e a democracia.

É possível travar, no âmbito do Poder Judiciário, um debate fora dos autos sobre questões neles discutidas, trazendo opiniões contrapostas quando se tratar de dissenso de maior complexidade, não se limitando o julgador apenas aos argumentos das partes constantes no processo. Nesse sentido as leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que regulamentam o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente, abriram a possibilidade de realização de audiência pública e de intervenção no processo mediante o instituto do *amicus curiae*.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na forma dos artigos 13, XVII e 21, XVII, regulamentou a audiência pública atribuindo competência tanto ao Relator do processo como ao Presidente da Corte para

[...] convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante.

Também há outra importante inovação que foi a regulamentação do *amicus curiae* e, neste caso, trata-se de intervenção direta de terceiro no processo e não apenas opinião emitida em audiência pública, constituindo situações diferentes. Conforme escreve o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, essa modalidade de intervenção “confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento de diversos aspectos envolvidos na questão.” Atribuindo uma visão mais ampla ao caso levado ao Tribunal para que se conheçam “todas as implicações ou repercussões”<sup>4</sup>.

De modo que o Supremo Tribunal Federal não se limita em decidir questões relevantes à luz de suas próprias convicções ou de um debate apenas entre os ministros, para tal fim busca orientação na sociedade ouvindo técnicos, cidadãos, ou membros da sociedade civil organizada permitindo com isto que a interpretação do caso não fique fechada apenas na experiência dos onze ministros que compõem o Órgão, abrindo o diálogo com a sociedade.

Essa prática tem sido utilizada com frequência pelo STF, sendo que a primeira experiência ocorreu em 20 de abril de 2007, oportunidade em que foi aberto o debate para discutir a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, objeto da ADI 3510 que impugnava alguns de seus dispositivos.

Também as impugnações geradas em razão da publicação do Código Florestal motivaram a realização de audiência pública no Supremo Tribunal Federal, e segundo consta no site do próprio Órgão foram ouvidos “dezenas de expositores que passaram pela Sala de Sessões da Primeira Turma” fazendo-se presentes “além de representantes de movimentos sociais e da sociedade civil, diversos acadêmicos, pes-

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 275.

quisadores e representantes de órgãos governamentais relacionados à questão ambiental”<sup>5</sup>.

Verifica-se com isso que o Supremo Tribunal Federal não se limita apenas ao que fora articulado formalmente pelas partes no processo, e a oralidade não se faz presente apenas quando da sustentação oral e antes do julgamento como manda a lei processual, é aberta ao público a possibilidade de fornecer subsídios para a decisão mediante o instituto da audiência pública, ouvindo pessoas que não têm relação direta com o processo.

Conclui-se que com isso que a interpretação constitucional é cada vez mais aberta, porque, além do debate público, que normalmente acontece pela imprensa e pelas redes sociais em questões de grande repercussão à qual o julgador deve estar atento, também é possível a participação direta no Supremo Tribunal Federal de pessoas ou entidades que queiram opinar sobre o tema tratado em processos judiciais, o que demonstra que a interpretação é um processo aberto e sujeita à influência da sociedade.

Nesse contexto, está certo Peter Häberle ao dizer que democracia não se resume na delegação do povo às autoridades formalmente investidas nos poderes de elaborar a lei e interpretá-la, na verdade há de ser levada em consideração a forma como a lei é aplicada na vida real.

O Supremo Tribunal Federal tem assumido expressamente a opção por uma interpretação plural, consoante se verifica da decisão da lavra do Ministro Luiz Fux ao dizer que a

[...] participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à

---

<sup>5</sup> MINISTRO Luiz Fux encerra audiência pública sobre novo Código Florestal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=314743&caixaBusca=N>>. Acesso em: 26 jul. 2016. Segundo consta no site, o Ministro Luiz Fux declarou que: “Quando pensei em uma audiência pública pensei exatamente na ideia de o Judiciário dar uma decisão justa à luz de algo como o que foi aqui exposto”, afirmou. Para o ministro, a audiência pública é uma resposta à crítica que existe quanto à falta de capacidade institucional da magistratura para o julgamento de determinadas questões de maior complexidade.

fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional [...].<sup>6</sup>

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal ratificou esse posicionamento em favor de uma interpretação aberta, afastando a adoção de uma posição juriscêntrica e monopolista para aderir a uma postura dialética interagindo com os vários setores da sociedade, conforme se verifica pelo trecho da ementa abaixo transcrita:

[...] 1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no *embate dialógico*, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.029/AM, Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012.

partes do processo e finalizando uma rodada de deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. [...]”<sup>7</sup>

Nessa visão, vale citar também a decisão do Supremo Tribunal Federal que legalizou a relação homoafetiva atribuindo-lhe a condição de instituição juridicamente protegida pelo Estado, estendendo o conceito de família para além da relação heterossexual, sem que a Constituição assim a tenha efeito expressamente.

O pilar interpretativo que sustentou a decisão fora exatamente o pluralismo, pois as pessoas que se encontravam nessa situação pautavam suas vidas à luz das liberdades democráticas, mas as instituições jurídicas estatais ainda não haviam legitimado os direitos advindos dessa relação. Por isso, o Ministro Ayres Brito assim o fez e expressamente citou o “pluralismo como valor sócio-político-cultural”, sustentando que as pessoas têm ampla “liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade”. Em outra passagem, o ministro disse que a Constituição Federal não conferiu ao “substantivo família nenhum significado ortodoxo”<sup>8</sup>, e nem reducionista, sendo, a família uma “categoria sócio-cultural e princípio espiritual”.<sup>9</sup>

De modo que resta claro que a interpretação de normas constitucionais nos Estados democráticos não constitui tarefa destinada apenas aos órgãos oficiais sem um olhar atento à realidade social, já que esta é uma tarefa conjunta, partilhada com a sociedade.

Essa vivência constitucional, que reverbera perante os poderes constituídos, é passível também de identificação nos recentes acontecimentos que contrapõem o modelo de governança que se instalou no Brasil nos últimos anos, em que parcela considerável da sociedade foi

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.105/DF, Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016.

<sup>8</sup> Consta a seguinte divergência no voto: “5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição”.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ, Relator Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

às ruas para pedir respeito à Constituição e à democracia, mantendo uma vigilância contínua quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal para que não ocorresse uma interpretação que fosse diferente daquela que a sociedade esperava, o que resultou no julgamento e condenação de vários envolvidos na ação penal 470, o chamado “processo do mensalão”.

Também nas operações empreendidas pela Polícia Federal e Ministério Público denominadas “Lava Jato”, percebe-se claramente a insistência da sociedade civil em ver todos os fatos apurados e os responsáveis punidos, cuja vigilância revelou-se fundamental para fortalecer as decisões do Judiciário sobre o tema, já que os envolvidos são, em sua maioria, pessoas detentoras de poder econômico e político de relevância e, desta maneira, o apoio da sociedade torna-se ponto importante para que as decisões tenham legitimidade não apenas jurídica, mas também social.

## 2. A função dos princípios no processo de interpretação constitucional

Esta postura do Supremo Tribunal Federal atende à nova ordem constitucional, que está estruturada em um sistema de regras e princípios e que permite uma interpretação axiológica que não mais adere à rigidez baseada na antiga ordem positiva, que via o direito como uma ciência pura que encerrava suas concepções dentro de sua própria estrutura, extraíndo da ordem jurídica os pressupostos interpretativos sem se preocupar com a realidade e com as consequências do quanto decidido, mantendo o direito uma posição equidistante de outras ciências e dos valores sociais.

A forma de interpretação no positivismo vigente no século XIX e começo do século XX tinha um forte apego à norma pura e o intérprete buscava fundamento nos comandos extraídos da própria lei, ou seja, a norma era o ponto central da interpretação e os fatos deveriam nela se enquadrar, pouco se arriscando o intérprete em buscar outros elementos para além da previsão expressa na norma e sem se preocupar com a força viva da sociedade e seu poder transformador, era a fase aguda do “*dura lex, sed lex*”.

O Direito Constitucional, assim como todas as demais áreas do direito, tinha um conteúdo fechado em que se privilegiava mais a

segurança jurídica do que a própria justiça em seu sentido amplo, a interpretação não possuía plasticidade suficiente que pudesse descer aos valores da sociedade ou filosóficos, ao contrário, deveria a sociedade ser moldada pela lei, a interpretação era verticalizada.

A partir de 1930, e sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, operou-se uma grande mudança nos fundamentos do direito positivo. A crise econômica de 1929 e a Segunda Guerra Mundial balançaram os alicerces do direito positivo, que até então se baseava no firme entendimento de que o direito válido é o legislado e editado pelo Estado, constituindo com isto uma ciência que deveria priorizar a segurança jurídica e a certeza, o que implicava em dizer que se a lei seguiu os trâmites dentro de um processo legislativo previamente estabelecido, pouco importava o seu conteúdo, já que fora legitimada pela autoridade competente.

De modo que os aspectos morais, jusnaturais, axiológicos não mais cabiam ser discutidos, posto que se presumia que este debate estava superado, porque fora realizado ou deveria ter sido antes da norma ser aprovada. Por isso, o direito enquanto ciência se sustentava em bases predeterminadas e, sob este prisma, ele pode estabelecer regras mesmo que condenáveis do ponto de vista moral, considerando que o importante era que a lei tivesse seguido o processo legislativo e que tivesse sido promulgada pela autoridade, cumprindo, assim, os pressupostos do Estado de direito.

Diante desse raciocínio, o juiz tinha por obrigação aplicar a lei, mesmo que contrária à moral, pois nada mais estava fazendo do que cumprindo seu dever, já que não cabia a ele fazer juízo de valor sobre a norma, porque os fundamentos axiológicos não poderiam fazer parte da ciência do direito, que tem seus próprios métodos de interpretação e aplicação<sup>10</sup>.

A fundamentação do direito nazista colocou claramente o debate sobre os limites da ciência pura do direito e do seu processo de legitimação, trazendo à tona a necessidade de uma nova interpretação valorativa e suprapositiva dos diplomas legais, conforme esclarece Wayne Morrison ao expor a divergência entre Hart e Fuller no tocante à decisão do “tribunal do pós-guerra”, já que este Tribunal entendeu que as leis nazistas eram “formalmente inválidas devido à sua substância

---

<sup>10</sup> Ver: MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito – dos gregos ao pós-modernismo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 376.

imoral”. Hart, por sua vez, argumentou em sentido contrário sob o fundamento de que “as leis criadas na Alemanha nazista, a despeito de sua natureza opressiva ou imoral foram criadas metodologicamente” e, por isso, devem ser reconhecidas como um “direito válido”<sup>11</sup>.

Porém, a fase do direito positivo puro, que extraía sua validade da vontade da autoridade estatal mediante um processo legislativo previamente estabelecido e de um equivocado consenso social, tornou-se insuficiente para fundamentar o direito, porque não é ele válido apenas porque fora criado dentro de um método próprio. A lei que segue uma técnica legislativa, mesmo com amparo social em determinado momento histórico, não pode validar qualquer tipo de ato contrário à dignidade da pessoa humana ou da filosofia jusnaturalista. De modo que, para evitar aberrações jurídicas dessa natureza, ou seja, o direito servindo a propósitos que não se coadunam com a justiça, houve a valorização dos *princípios*, que por serem de conteúdo mais aberto permitem uma interpretação axiológica.

Os princípios acabaram ganhando força e passaram a ser a porta aberta do direito positivo para uma interpretação valorativa que interaja com outras ciências e com a sociedade e, neste contexto, Ronald Dworkin compreendeu bem esta mudança e desenvolveu uma teoria interpretativa buscando um equilíbrio entre os princípios e as regras, dizendo que o “direito reserva um lugar tanto para os princípios como para regras” e, com isso, há necessidade da interpretação se valer de outros elementos que não apenas as regras para se chegar a uma decisão justa. Mas Dworkin, ao apresentar este equilíbrio interpretativo envolvendo regras e princípios, acabou polemizando com Hart, o que no livro *Levando os Direitos a Sério* ele busca minimizar.<sup>12</sup>

A importância dos princípios como critério de interpretação é hoje absolutamente aceita na doutrina e na jurisprudência, porque, conforme acentua Luís Roberto Barroso, enquanto as regras têm o papel de garantir a segurança jurídica, porque delas se extrai a “previsibilidade e objetividade das condutas”, os princípios, por sua vez introduzem no sistema normativo uma “flexibilidade”, para que seja realizada a “justiça no caso concreto”<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> MORRISON, Wayne. Op. cit., p. 377.

<sup>12</sup> DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 93.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343.

Nessa lógica, o jurista contemporâneo busca adequar sua interpretação não apenas na estrutura da lei do tudo-nada, definidora do direito em sentido restrito, mas também nos valores sociais e na práxis e, para tal, os princípios revelam-se fundamentais por evitarem que se imponha à sociedade uma decisão cujo cumprimento não terá eficácia. Conforme define Häberle, não são “apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma”, logo “não detêm eles o monopólio da interpretação Constitucional”<sup>14</sup>.

De modo que deve, em função disto, o julgador contemporizar os diversos interesses para uma interpretação de consenso, já que não existem mais direitos absolutos e nem razão suprema, devendo o intérprete orientar-se pela razoabilidade quando se tratar de questões de âmbito social, valendo-se dos princípios para injetar no direito uma visão mais axiológica.

### 3. Mutação constitucional

Para além da sintonia entre a sociedade que vive a regra e a interpreta de forma empírica e o órgão oficial que a interpreta utilizando critérios científicos e procedimentos preestabelecidos, pode ocorrer ainda outra hipótese de alteração no sentido original do texto sendo atribuído a ele um significado semântico que se distancia da orientação inicial insculpida da Constituição pelo legislador.

Esse fenômeno é chamado pela doutrina de *mutação constitucional*, ou seja, trata-se da possibilidade de reforma do texto constitucional sem que para tanto ele se altere formalmente, sem que haja necessidade de um processo legislativo modificativo. O texto da lei continua o mesmo, mas altera-se sua interpretação, concedendo à palavra um significado distinto daquele expresso originalmente na Constituição.

Explica Ingo Wolfgang Sarlet que a mutação constitucional “guarda relação com a concepção de que, em determinado sentido, uma constituição é um organismo vivo, submetido à dinâmica da realidade social, e que, portanto, não se esgota por meio de fórmulas fixas e predeterminadas”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 15.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 159.

Aparece aqui novamente a interpretação feita pela sociedade promovendo reforma na Constituição, ou seja, a interpretação, neste caso, não visa apenas conformar o texto da lei dentro de um critério de interpretação possível, ela está modificando a própria Constituição. Trata-se de uma reforma por força de mudanças operadas na sociedade. Em outros termos, a reforma não ocorre por meio de atividade do Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo, ela surge da própria sociedade que modifica o sentido da palavra e que será encampada oficialmente pelos órgãos estatais.

Consoante esclarece Anna Cândida da Cunha Ferraz, “ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação da letra da Constituição”<sup>16</sup>.

A reforma por meio da mutação constitucional tem como característica o fato de que o texto da norma constitucional reflete um determinado momento da história, atribuindo um sentido em consonância com os valores daquele momento, mas ao longo dos anos a mesma expressão aplicada em uma determinada época pode se alterar e, deste modo, o dispositivo constitucional se mantém hígido, na forma original, não se muda o texto do artigo, mas ele passa a ser compreendido de outra forma ou mesmo ampliado para abarcar novas situações.

Retomemos ao conceito de família, que o Supremo Tribunal Federal estendeu para abarcar as relações homoafetivas. Tradicionalmente, o casamento se estabelecia em razão da manifestação do homem e da mulher perante o juiz, que os declarava casados, conforme expressão contida no art. 1.514 do Código Civil. Segundo definição de Sílvio de Salvo Venosa, o Direito Civil moderno tem como regra uma definição mais restrita ao considerar “membro da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”.<sup>17</sup> A doutrina do Direito Civil, à época da Constituição e mesmo quando da publicação do novo Código Civil, não tinha espaço para estender o conceito de família e de casamento para uma relação que não tivesse como base o homem e a mulher.

Em um passado não muito longe, sequer se admitia como família a mulher que tivesse filho e não fosse casada ou que vivesse em comunhão estável. Porém, o conceito de família foi alterado com a

<sup>16</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 57.

<sup>17</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6, p. 15.

Constituição de 1988, de modo que a união estável foi incorporada pela norma constitucional e o § 4º, do art. 226, adotou o entendimento de que entidade familiar é também a comunidade “formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal estendeu-se o conceito de família não apenas para a comunidade formada por casais heterossexuais ou por quaisquer dos pais, agora família é também aquela advinda da união homoafetiva, que passa a integrar a comunidade familiar, inclusive com o direito de se casarem formalmente e de adotar filhos, constituindo, com isto, uma nova modalidade de relacionamento, representando importante mudança de paradigma, que modificou o conceito até então adotado de casamento e de família, abarcando uma nova situação sem que tenha ocorrido formalmente uma reforma no texto da Constituição, ou seja, sem que ela tenha sido operada por conta do legislador, mas, sim, em razão de uma mudança no comportamento das pessoas.

A Corte Suprema ao decidir dessa maneira o fez porque houve aquiescência da sociedade, que passou a ver com naturalidade a união de casais do mesmo sexo, o que não seria possível no início ou meados do século XX, em que a sociedade ainda pautava seus conceitos dentro de uma conduta bastante rígida, em que sequer o divórcio era aceito e o filho extraconjugal não poderia ter sua paternidade reconhecida a não ser após a morte do pai.

Com isso, se as palavras da lei são estáticas a interpretação pode alterar seu significado seja pela análise do intérprete ou pela vontade do próprio legislador quando observar que há consenso social para tal, mas estas mudanças se operam ao longo dos anos, acompanhado a evolução do ser humano.

O direito estático e desapegado de valores ou mesmo que não recebe a influência da sociedade no seu processo de interpretação não pode ser considerado como justo, é necessário ter em mente que tais mudanças somente são possíveis dentro de uma sociedade democrática e pluralista, forjada na dialética e que se sente livre para discutir sobre o que se entende por certo ou errado, não se pautando em dogmas preconcebidos ou na palavra da autoridade que dita a forma como cada um deve viver, sendo esta uma conquista da sociedade liberal.

Certamente, nos dias atuais Kant nãoalaria que “a lei é o casamento” e que se uma criança vem ao mundo fora dele “nasce fora da lei”, ou seja, “fora da proteção da lei”. E “nenhum decreto é capaz de

eliminar a vergonha da mãe quando se vem a saber que ela deu à luz sem ser casada<sup>18</sup>.

Assim, não é possível entender determinados pontos de vista fora do contexto histórico, o que tornaria odiosa a teoria da escravidão natural de Aristóteles ou a superioridade que ele atribuía ao homem em relação à mulher.

O direito é uma construção social em constante evolução criado para a pacificação social. Por isso, sua interpretação é algo que não poder ser delegado apenas às instituições oficiais, devendo haver uma interação entre o intérprete e a sociedade que vivencia a norma.

---

<sup>18</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 179.

## Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.029/AM, Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.105/DF, Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ, Relator Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819/RJ, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito – dos gregos ao pós-modernismo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.