

A ATUALIZAÇÃO JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO ORIGINÁRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

JUDICIAL UPDATE OF THE ORIGINAL CONSTITUTION BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT

RESUMO: O presente trabalho objetivou empreender uma análise, à luz da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, da atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional. Para tanto, analisou-se uma das *aporias* da dogmática constitucional pátria: a questão das normas constitucionais originárias inconstitucionais no sistema jurídico brasileiro e da possibilidade ou não da realização do seu controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Neste caminho, investigou-se o entendimento consolidado pelo STF acerca da matéria e, em seguida, tal estabilização de expectativas foi confrontada com um caso paradigmático, julgado por este tribunal em 2011, referente ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas enquanto entidade familiar no direito brasileiro. A hipótese que se buscou testar foi a de que é possível colocar o problema a partir de referenciais sistêmicos e compreender a atividade criativa protagonizada pelo Supremo, neste e em outros casos, como uma atualização judicial da Constituição Originária. Por fim, enfrentou-se a questão dos limites, possibilidades e riscos desta criação judicial do direito.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas; Supremo Tribunal Federal; Jurisdição Constitucional; Constituição Originária.

ABSTRACT: This study aimed to undertake an analysis of the political and creative activity of the Brazilian Supreme Court towards the constitutional jurisdiction in the light of autopoietic social systems theory, developed by the German sociologist Niklas Luhmann. For that purpose, it was analyzed one of the *aporias* of the dogmatic constitution: the issue of unconstitutional, but originally constitutional rules, the Brazilian legal system and whether or not in pursuance of its constitutional control by the Supreme Court (STF). In this way, it was investigated the understanding consolidated by the Brazilian Supreme Court on the matter, then, this stabilization of expectations was faced with a paradigmatic case, judged by this court in 2011, concerning the recognition of stable unions between couples of the same sex as a family unit in Brazilian law. The hypothesis was that it is possible to approach the issue from systemic references and understand the creative activity started by the Supreme, in this and in other cases, as a judicial update of the Original Constitution. Finally, faced the question of the limits, possibilities and risks of this judicial creation of law.

Keywords: Systems theory; Supreme Court, Constitutional Jurisdiction; Original Constitution.

Sumário: Introdução; 1 O direito como sistema social autopoietico; 2 O papel da Constituição e do Tribunal Constitucional; 3 Normas constitucionais, inconstitucionais ou judicialmente atualizadas?; 3.1 O entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal; 3.2 O paradigmático caso do reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas; 4 Limites, riscos e possibilidades da atualização judicial Constituição Originária; 5 Considerações finais

Introdução

O objetivo do presente estudo é compreender aquilo que chamaremos de atualização judicial da Constituição Originária, protagonizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sua tarefa de intérprete constitucional. Propõe-se, a partir da Teoria dos Sistemas Sociais desenvolvida por Niklas Luhmann e outros pesquisadores, a realização de uma análise crítico-reflexiva sobre a tarefa interpretativo-criativa do Poder Judiciário e a tensa relação existente entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Constituinte Originário, particularmente quando aquele exerce o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e interpreta o ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Nesse caminho, o trabalho irá investigar como se estabilizou doutrinária e, em especial, jurisprudencialmente, as expectativas em torno da noção de normas constitucionais originárias inconstitucionais e do seu controle de constitucionalidade no Brasil. Em seguida, será objeto de estudo um caso paradigmático recente na jurisprudência nacional, em que, mediante o exercício da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal aplicou a técnica de interpretação conforme a Constituição a um dispositivo do Código Civil que, em linhas gerais, repetia o texto constitucional. Trata-se da ADPF n. 132/RJ, julgada em conjunto com a ADI n. 4.277/DF, cujo objeto foi a possibilidade ou não do reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo no direito brasileiro. Neste caso paradigmático, o Supremo, aplicando a interpretação conforme a Constituição a um dispositivo infraconstitucional, atualizou o próprio sentido da Constituição Originária, para reconhecer a possibilidade jurídica da referida entidade familiar.

A partir do estudo do mencionado caso paradigmático, intenciona-se investigar o problema dogmático-jurídico das normas constitucionais inconstitucionais à luz das lentes teórico-reflexivas adotadas, para tentar chegar a uma resposta sobre se fenômenos desta natureza poderiam ser mais bem descritos a partir do que chamaremos de atualização judicial da Constituição Originária pelo Supremo Tribunal Federal.

Considerando que ao Supremo Tribunal Federal, segundo a Constituição Federal de 1988, compete, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como

partindo do pressuposto de que, para o exercício desta função, é necessário interpretar não apenas a realidade e as leis e atos normativos, mas a própria programação constitucional, afirma-se que há o papel do STF de atualizar judicialmente a Constituição Originária.

O controle de constitucionalidade, que prevê a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais poderes, decorre de disposição expressa na Constituição Federal da República Brasileira de 1988. A Constituição confere ao Poder Judiciário o papel de exercer o controle de constitucionalidade e de interpretar normas infraconstitucionais à luz da Constituição, o que, em última análise, significa conferir competência a este Poder para interpretar a própria Constituição e, conseqüentemente, atualizar os programas condicionais de hierarquia constitucional.

Assim, a investigação proposta se justifica pela importância prática da busca pela compreensão do papel do Supremo Tribunal Federal e da sua jurisdição constitucional na concretização constante do Estado Democrático de Direito brasileiro. O trabalho procura, portanto, em última análise, ajudar a compreender os limites, possibilidades e riscos da atuação do Supremo Tribunal Federal na atualização de sentido da Constituição Originária.

1 O direito como sistema social autopoietico

A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann (1927-1998), descrição complexa de uma realidade igualmente complexa, vê a sociedade como um grande sistema social autopoietico, operativamente fechado e cognitivamente aberto, que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação. Neste contexto, o direito, por ser um dos sistemas parciais (subsistemas) operacionalmente diferenciados da sociedade, também pode ser considerado um sistema social autopoietico.

A operação que o sistema da sociedade produz a partir dos seus produtos, isto é, reproduz, é a comunicação. Deste modo, segundo Luhmann (2011, pp. 79-80, pode-se apresentar “o sistema social como um sistema de reprodução de comunicações a partir de comunicações, constituído apenas de suas próprias operações e operacionalmente fechado”.

O conceito de comunicação, portanto, torna-se um fator decisivo para a determinação do conceito de sociedade. A sociedade, conforme Luhmann (2011, pp.

80-83), é o “sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, na medida em que produz, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações”.

Partindo da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, é possível analisar a sociedade como uma rede de comunicações. Assim, o direito, enquanto subsistema do sistema da sociedade, também pode ser observado como uma espécie de comunicação: a comunicação jurídica.

O direito na sociedade moderna, segundo Luhmann (2005, pp. 93-96), descreve-se a si mesmo como direito positivo, ou seja, como direito válido enquanto decisão. Pode-se compreender a positividade do direito a partir de uma teoria dos sistemas e entendê-lo não como um quadro congruente de regras, textos e normas (estrutura jurídica), mas, sim, como um quadro de comunicações (operações fáticas e sociais), independentemente do que essas comunicações afirmam sobre o direito.

Parte-se do pressuposto de que as operações produzem a diferença entre sistema e ambiente. Os sistemas produzem as suas próprias operações, remetendo-se às suas próprias operações, portanto, reproduzem-se a si mesmos. Neste contexto, o direito pode ser pensado como um sistema social autopoiético, fechado em sua operação comunicacional. Tanto na produção de suas operações, como na construção de suas estruturas, o direito está atado ao seu tipo de operação. A autonomia (autolimitação) do sistema jurídico decorre, portanto, desta clausura operativa (LUHMANN, 2005, pp. 99-118).

A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, partindo da terminologia do físico Heinz von Foerster, estudioso da cibernética dos sistemas, vê o sistema jurídico não como uma máquina trivial, mas, sim, como uma máquina histórica em que cada operação autopoiética modifica o sistema, colocando a máquina em outra posição: “una máquina que pone en juego su estado en cada operación y, por esa causa, construye en cada momento operativo una nueva máquina” (LUHMANN, 2005, pp. 113-114).

O direito é uma história sem fim, um sistema autopoiético que só produz elementos para poder seguir produzindo mais elementos. E é justamente isso que a forma estrutural da codificação binária garante. O código “*Recht/Unrecht*” (“direito/não direito”, “lícito/ilícito” ou “conforme ao direito/ não conforme ao direito”) organiza a comunicação e garante o fechamento operativo do sistema jurídico (LUHMANN, p. 238).

No entanto, pode-se afirmar que o direito funciona simultaneamente fechado em sua operação e aberto em sua cognição. A diferença entre fechamento (autorreferência) e abertura (heterorreferência) se expressa com a ajuda da diferença entre codificação e programação (LUHMANN, 2005, pp. 133-151): “Los códigos hacen posible diferenciar lo perteneciente/lo no perteneciente al sistema; y los programas que adjudican legalidad e ilegalidad, son objeto de juicios acerca de la validez/o la invalidez” (LUHMANN, 2005, p. 271).

Os programas do sistema jurídico são programas condicionais do tipo “se isto/então aquilo”, o que se relaciona com a função do direito, ou seja, com a estabilização de expectativas contrafáticas ou normativas. Os programas condicionais são a forma típica que combina clausura normativa com abertura cognitiva. Pode-se pensar, por exemplo, nas normas jurídicas como programas condicionais. As normas jurídicas constituem um quadro de expectativas simbolicamente generalizadas, isto é, de símbolos que se referem ao futuro incerto (LUHMANN, 2005, pp. 140-187).

Mas como explicar a abertura do sistema, isto é, como descrever o modo como o sistema se relaciona com o seu ambiente? Luhmann (2011, pp. 129-130) responde a esta pergunta a partir da utilização do conceito de “acoplamento estrutural”, proveniente do biólogo chileno Humberto Maturana.

O acoplamento estrutural, que permite o contato entre o sistema e o ambiente, não está ajustado à totalidade do ambiente: “apenas um recorte efetuado no meio está acoplado estruturalmente ao sistema, e muito fica de fora, influenciando de forma destrutiva no sistema”. No plano dos acoplamentos estruturais, há possibilidades armazenadas no meio que podem ser transformadas pelo sistema. Portanto, mediante o acoplamento estrutural, o sistema desenvolve não apenas um campo de indiferença, mas também um campo de “canalização de causalidade que produz efeitos que são aproveitados pelo sistema” (LUHMANN, 2011, pp. 131-132).

Em síntese, o acoplamento estrutural cuida para que sempre os diferentes sistemas estejam abastecidos de irritações, de um pequeno espectro de efeitos possíveis sobre o sistema. Permite, por um lado, que no sistema se realize um elevado ganho de complexidade “e, por outro, que as possibilidades de influenciar o sistema, a partir do meio, sejam drasticamente reduzidas” (LUHMANN, 2011, p. 136).

Assim, os acoplamentos estruturais com outros sistemas, como a política ou a economia, permitem que o sistema jurídico se “irrite” internamente, a partir de suas próprias estruturas seletivas, pelos outros sistemas. Os acoplamentos estruturais permitem a aprendizagem dos sistemas parciais. Por meio desses acoplamentos, um contínuo influxo de desordem pode ser oferecido ao sistema jurídico, que irá, em função disso, manter-se ou modificar-se (CAMPILONGO, 2011b, pp. 95-96).

O sistema é operativamente fechado, o que impede a confusão entre o sistema jurídico e o seu ambiente, no entanto, cognitivamente aberto, o que permite, ao lado da indiferença, o aprendizado, a modificação, a adaptação ao ambiente complexo. O fato de haver um fechamento sistêmico, portanto, não significa que o sistema jurídico seja um sistema completamente isolado ou autárquico: o sistema é fechado (autorreferencial) e aberto (heterorreferencial).

2 O papel da Constituição e do Tribunal Constitucional

O direito e a política são subsistemas sociais autopoieticos distintos, com diferentes funções, códigos e programas, mas mutuamente dependentes, em razão do acoplamento estrutural entre ambos, isto é, da Constituição que os vincula. A estabilidade desses dois sistemas depende deste acoplamento estrutural. Daí a importância de se investigar o significado da Constituição e da sua interpretação pelo Tribunal Constitucional para a teoria dos sistemas de Luhmann.

A tese defendida por Luhmann é a de que o conceito de Constituição é uma reação à diferenciação entre direito e política, isto é, “à total separação de ambos os sistemas de funções e à conseqüente necessidade de uma religação entre eles”. A Constituição, enquanto meio institucional para o acoplamento estrutural entre esses dois sistemas, é uma aquisição evolutiva da sociedade moderna (LUHMANN, não publicado, p. 4).

No final do século XVIII, nos Estados Unidos da América, é inventada a forma que garante um acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político: a Constituição. No entanto, não é só o texto em si mesmo que cumpre a função de acoplamento, mas o próprio Estado constitucional. Trata-se de uma Constituição do Estado (LUHMANN, 2005, pp. 540-548).

A unidade da diferença entre direito e política é sedimentada mediante a Constituição, pois esta permite o fechamento recíproco de ambos os sistemas, isto

é, “a sua recíproca irritabilidade e independência e, portanto, a sua completa diferenciação” (DE GIORGI, 1998, p. 75).

A Constituição, enquanto texto autológico, “é a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à própria autonomia”. Ela substitui a referência aos sustentáculos externos que haviam sido postulados pelo jusnaturalismo (LUHMANN, não publicado, p. 10).

A Constituição regula a produção do direito, inclusive a sua própria revisão, constituindo, assim, uma hierarquia de fontes jurídicas. Ademais, distingue a si própria (direito constitucional) do resto do direito, disciplina e delimita as possibilidades de delegação, ordena a autodescrição do sistema jurídico e lhe oferece os pontos de apoio, bem como indica os valores em relação aos quais o direito é funcional (LUHMANN, não publicado, p. 13).

A urgência, cada vez maior, de se discutir os problemas da interpretação jurídica da Constituição, segundo Luhmann (não publicado, p. 7), decorre do fato de que:

A Constituição atribui a si própria a primazia e rompe com a regra segundo a qual *lex posterior derogat legi priori*. Essa estrutura ‘autológica’, que se auto-inclui no próprio âmbito de regulamentação, evidencia como a Constituição encontra-se destinada a se tornar direito velho.

No direito constitucional a necessidade interpretativa se torna aguda, pois “com a interpretação a soberania é transferida do legislador constituinte para o intérprete, tanto mais quanto mais livre esse seja” (LUHMANN, não publicado, p. 35). Cabe à interpretação constitucional a tarefa de reativar, constituir e reconstituir a diferença e o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política (CAMPILONGO, 2011a, p. 88).

É, sobretudo, a vigência de uma Constituição em termos de direito positivo, conforme Luhmann (1990, p. 157), que faz com que a descrição de uma relação hierárquica entre legislação e jurisprudência se torne questionável. Não se pode negar o fato de que os programas do sistema jurídico não podem determinar completamente as decisões que serão tomadas pelos Tribunais:

Os Tribunais devem, queiram ou não e independentemente da existência ou não de uma motivação em termos de política jurídica,

interpretar, construir e, se for o caso, ‘distinguir’ os casos (como se diz no *Common Law*), para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao Direito vigente. Assim surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um Direito judicial (*Richterrecht*), que, no decorrer da sua reutilização constate, é, em parte, condensado, isto é, formulado com vistas ao reconhecimento (*Wiedererkennung*), e, em parte, confirmando, isto é, visto como aproveitável também em outros casos (*Sachlagen*). Parece ser universalmente reconhecido hoje que essa espécie de desenvolvimento do Direito não pode ser antecipada, nem produzida, nem impedida pelo legislador. E ela independe de intenções manipuladoras (*Gestaltungsabsichten*) de Juízes excessivamente diligentes (*forschte Richter*), motivados por considerações de política jurídica, embora ela possa ser influenciada por tais intenções. Ela resulta da proibição da recusa da Justiça (LUHMANN, p. 1990, pp. 162-163).

É esta norma fundamental da atividade dos Tribunais que Luhmann (1990, p. 163) compreende como “o paradoxo da transformação da coerção em liberdade”: por serem coagidos a decidir fundamentadamente, os Tribunais devem reivindicar para tal fim a imprescindível liberdade de construção do direito.

Deste modo, a partir da leitura luhmanniana da atividade jurisdicional, pode-se entender como sendo necessário, em determinados casos, o exercício do que chamamos de atualização judicial da Constituição Originária pelo Supremo Tribunal Federal. Este tribunal, através da jurisdição constitucional, participa do acoplamento estrutural entre direito e política: contribui para as interpenetrações concentradas e duradouras entre esses sistemas sociais.

Luhmann (2005, pp. 202-203) defende que o sistema de decisões do sistema jurídico organiza seu âmbito próprio de operação através de uma estrutura circular: “Cambia el derecho teniendo en cuenta las decisiones de los juzgados para, en cada caso, regirse por el derecho vigente; lo cual, a su vez, da ocasión para que, de nuevo, se observe y se cambie el derecho”. Apesar de o sistema, para diferenciar os condicionamentos desta estrutura de decisões, descrever-se a si mesmo como hierarquia de órgãos ou de normas, o processo primordial consiste, em verdade, na reprodução circular e recursiva das decisões jurídicas.

Luhmann rejeita a visão do Poder Judiciário como mero executor de leis e admite a criação judicial do direito. A obrigação de decidir – inclusive aquilo que não foi total ou parcialmente regulado pelo legislador – expande a liberdade do julgador. Decidir é escolher entre alternativas, logo não é reconhecer direitos, mas, sim, criá-los (CAMPILONGO, 2002, pp. 480-481).

As decisões dos tribunais têm, portanto, uma posição central no sistema jurídico. A análise do paradoxal ato de decidir possui relevância, segundo a abordagem luhmanniana, pois:

la decisión no está determinada por el pasado (leyes emitidas, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia construcción que es solo posible en el presente. Por otro lado, *la decisión tiene consecuencias para los presentes en el futuros*. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso *le da la voltereta a la relación de determinación*: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones (LUHMANN, 2005, p. 371).

O fato de os tribunais se verem forçados a decidir é o ponto de partida para a construção do universo jurídico, para o pensamento jurídico e para a argumentação jurídica (LUHMANN, 2005, p. 379). Se os tribunais se encontram diante da obrigação de decidir, deverão decidir todos os casos, inclusive aqueles em que a validade jurídica não resida em um consenso seguro. No entanto, segundo Luhmann, embora não seja possível apontar critérios gerais para tal exercício, os tribunais devem atuar com moderação em sua atividade de recriação jurisprudencial do direito: “los tribunales requieren de cierta moderación en la reinterpretación de los contratos y las leyes” (LUHMANN, 2005, pp. 384-385).

A forma linguística, segundo Luhmann (2005, pp. 427-428), não garante os limites da ousadia do intérprete, mas garante “*la unidad de contexto de un episodio comunicativo*”, isto é, pressupõe que todos que participam da comunicação têm ante os olhos o mesmo texto. Na atualidade, conforme Luhmann (2005, p. 403):

la interpretación se entiende, en primer lugar, como producción de nuevos textos con base en los viejos; como ampliación de los fundamentos del texto, con lo que, posteriormente, el texto de salida servirá únicamente de referencia. En cualquier caso la interpretación es la producción de más texto.

Uma decisão jurídica, consoante Rafael Lazzarotto Simioni e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2009, p. 79), por mais que produza uma diferença em relação à história da rede de operações jurídicas até então existente, desde que

opere com base no código próprio do sistema jurídico, sempre será uma decisão jurídica:

Por mais que se possa ver, do ambiente do sistema jurídico, uma decisão jurídica como sorte, como inspiração divina (religião), como bela (arte), como pagamento (economia), como um ato de poder (política), como verdade (ciência) etc., ela continua a possuir a identidade da decisão jurídica na medida em que decidida com base no código “direito/não direito”.

Por um lado, a decisão jurídica é clausurada operativamente (autorreferência), porque estabelece uma referência operativa ao código do direito, mas, por outro, é aberta cognitivamente (heterorreferência), porque estabelece uma referência argumentativa a informações exteriores ao direito (SIMIONI; BAHIA; 2009, p. 81).

Para atribuir aos fatos do ambiente os valores “conforme ao direito” ou “não conforme ao direito” a decisão deve seguir os programas condicionais do sistema jurídico, isto é, as normas jurídicas consideradas válidas para a decisão jurídica, como as regras, os princípios, a jurisprudência, a doutrina etc. (SIMIONI; BAHIA; 2009, p. 81).

Segundo Flavio Quinaud Pedron (2005, pp. 106-107), a teoria dos sistemas vê a Constituição de forma diversa das clássicas abordagens de Hans Kelsen, que punha a Constituição no ápice do escalão do direito positivo, ou de Carl Schmitt, que a considerava a decisão política fundamental de um povo. Consequentemente, ao conferir outro papel à Constituição, Luhmann abandonará a discussão acerca de a quem compete o papel de guardião da Constituição, se ao Chefe do Executivo ou ao Tribunal Constitucional.

O papel do Tribunal Constitucional será não o de guardar ou proteger a constituição, mas, por exemplo, o de oferecer decisões a partir do código direito/não direito, fornecendo, assim, referências para as decisões futuras. A jurisdição constitucional contribui para a redução de complexidade do sistema jurídico e reafirma a função do direito de elemento estabilizador de expectativas de comportamento (PEDRON, 2005, p. 108).

Neste sentido, Campilongo (2011b, p. 53), valendo-se da discussão de Carlo Guarnieri acerca dos quatro modelos de juiz (executor, delegado, guardião e político), afirma que o modelo do juiz-guardião, que pretende reduzir ao mínimo a

margem de discricionariedade judicial para proteger a Constituição, ao se valer da Constituição como se fosse um código do século XIX, consegue ser ainda menos realista do que o modelo do juiz-executor (“boca da lei”).

Segundo Luhmann (2005, pp. 317-318), seria uma perspectiva muito limitada crer que a estabilidade das expectativas está radicada nos signos linguísticos. O direito escrito assegurado é um direito que pode ser interpretado, um texto exposto à interpretação: “la interpretación es soberana en cuanto a su autodelimitación; es responsable de la totalidad del derecho y no solo de aquellas partes fijas que son poco claras”.

Os tribunais interpretam de maneira argumentativa, para demonstrar a racionalidade de sua própria decisão (LUHMANN, 2005, p. 389). O movimento da validade e o movimento da argumentação jurídica são operações que se enlaçam mediante acoplamentos estruturais, isto é, através de textos, que podem ser leis e seus comentários, mas também decisões dos tribunais ou outros documentos sustentados com firmeza pela práxis jurídica (LUHMANN, 2005, p. 402).

Embora o modelo sistêmico de Estado de Direito aponte, consoante Marcelo Neves (2012, p. 94), para a descrição da programação condicional como primariamente jurídica e da programação finalística como primariamente política, no exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, “o ‘se-então’ do programa condicional referente à decisão judicial sobre a constitucionalidade só pode ser formulado e concretizado após amplas ponderações programático-finalísticas”.

Quanto maior a produção de direito positivo, maiores as demandas de interpretação deste direito. À “hiperjuridificação” da vida social se soma, ainda, a tendência contemporânea de constitucionalização de conceitos indeterminados, princípios universais e valores fundamentais. No entanto, segundo Campilongo (2011a, p. 88-89), deve-se perceber que, embora exista o sistema de controle difuso de constitucionalidade, o papel de intérprete autorizado da Constituição e da sua textura aberta exercido pelo juiz constitucional é diverso do que compete aos magistrados de primeiro grau ou aos tribunais intermediários.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, seja em razão do sistema recursal, da relação hierárquica formal entre os tribunais ou do poder de dar a última palavra e de formar a coisa julgada constitucional, “observa observações, reinterpreta interpretações e, sobretudo, interrompe a circularidade entre política e direito de

maneira que, na generalidade dos casos, não está ao alcance dos demais tribunais e juízes fazer” (CAMPILONGO, 2011a, pp. 88-89).

Tudo isso, evidentemente, comporta elevados riscos e traz preocupações teóricas relacionadas, por exemplo, ao arbítrio proveniente de uma politização excessiva da magistratura e aos limites da atuação discricionária dos juízes (CAMPILONGO, 2011b, pp. 42-46).

Daí a necessidade de se buscar compreender os limites e possibilidades da atividade jurisdicional, e, particularmente, da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, que, por vezes, atua de modo a atualizar a Constituição Originária. Esta atuação judicial precisa ser compatível com o que se espera de um Estado Democrático de Direito e com a manutenção da autonomia sistêmica entre os diferentes subsistemas sociais.

3 Normas constitucionais, inconstitucionais ou judicialmente atualizadas?

Prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) o entendimento de que não é possível a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias no sistema jurídico brasileiro (BRASIL, 2007). Mas há casos em que o STF aparentemente realiza justamente o que entende não ser cabível, como no paradigmático caso que envolveu o julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/DF, em que se aplicou a técnica de interpretação conforme a Constituição, para estender a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, atualizando, assim, o sentido da Constituição Originária.

A tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias inferiores em face de normas ou princípios constitucionais superiores, segundo Alexandre de Moraes (2005, p. 663), não é adotada pelo sistema constitucional brasileiro:

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal, portanto, não adota a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais

positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça (Grundenscheidugen).

Zeno Veloso (2003, p. 214) faz um balanço similar em relação à tradição doutrinária brasileira acerca do tema: “o princípio da unidade normativa da Constituição, e a conseqüente impossibilidade de existir uma hierarquia entre dispositivos constitucionais, há muito se tem difundido entre nossos principais doutrinadores”.

Na mesma direção, Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 91) afirma que embora em outros países, como a Alemanha, tenha-se como parâmetro do controle de constitucionalidade não apenas a Constituição formal, mas também outras normas provenientes de um direito supralegal reconhecido pelo Tribunal Constitucional, em regra, o parâmetro adotado “é toda Constituição formal, em face da qual se exerce a jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade, como ocorre no direito brasileiro e norte-americano, por exemplo”.

O jurista alemão Otto Bachof (1977, p. 48-68), partindo da distinção entre Constituição em sentido formal (escrita) e Constituição em sentido material (não escrita), elenca algumas possibilidades vislumbráveis de normas constitucionais inconstitucionais. Por violação ao direito constitucional escrito (formal), haveria inconstitucionalidade: a) de normas constitucionais ilegais; b) de leis de alteração da constituição; c) de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; d) resultante da “mudança de natureza” de normas constitucionais; e) por infração de direito supralegal. Já por violação ao direito constitucional material não escrito, existiria inconstitucionalidade: a) por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; b) por infração de direito constitucional consuetudinário; c) por infração de direito supralegal não positivado.

Segundo Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira (2009, p. da internet), a tentativa de regulamentação de uniões estáveis homoafetivas via jurisprudência do STF articula o modelo defendido por Otto Bachof e o modelo da Jurisprudência dos Valores de dois modos:

a) explicitamente, porque há uma tentativa de instauração de uma verdadeira jurisprudência da valoração, na medida em que se pretende criar uma ‘abertura de espaços jurídicos’ para a criação de algo que depende da regulamentação do poder legislativo;

b) implicitamente, porque a argumentação da Procuradoria Geral da República leva à repriminção da idéia superada de que poderia haver *normas constitucionais inconstitucionais*, na medida em que o próprio parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal seria inconstitucional (sic!) ao declarar que a proteção do Estado se destina a união entre o homem e a mulher, contrariando assim princípios sensíveis da Constituição como é o caso da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, embora a tese seja contrária ao entendimento consolidado do STF e sofra forte resistência por parte considerável da doutrina, é possível, em alguns casos, ao menos de modo implícito, vislumbrar uma espécie de aplicação, por via oblíqua, da tese de Bachof acerca das normas constitucionais inconstitucionais. No entanto, acreditamos que o fenômeno pode ser mais bem descrito a partir do que chamaremos, com base no referencial Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, de atualização judicial da Constituição Originária.

Deste modo, para ilustrar a discussão acerca da atualização judicial da Constituição Originária pelo STF elegemos o caso paradigmático da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, em que se discutiu o reconhecimento ou não de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo no sistema jurídico brasileiro.

3.1 O entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou em algumas ocasiões sobre a questão do controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias. Em 1996, julgando a ADI n. 815/DF, o Supremo, por unanimidade de votos, não conheceu da ação, por impossibilidade jurídica do pedido (BRASIL, 1996).

A ação, de autoria do Governador do Estado do Rio Grande do Sul, arguia a inconstitucionalidade das expressões “para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados” do §1º e da expressão “quatro” do §2º do artigo 45 da Constituição Federal. A sustentação do requerente, fortemente embasada na tese de Bachof e na análise de decisões judiciais alemãs, era no sentido de que as normas impugnadas gerariam tratamento desarrazoadamente desigual em relação a cidadãos absolutamente iguais, o que ofenderia princípios constitucionais superiores – consagrados em cláusulas pétreas e resultantes de concreções positivas de direito supralegal –, como os da igualdade, da igualdade de voto, do exercício, pelo povo, do poder e da cidadania, que se manifestam através

do sufrágio e da Democracia. Ademais, ao tratar de forma desigual o valor político dos brasileiros em razão das suas regiões, haveria afronta, ainda, à própria Federação (BRASIL, 1996, pp. 314-315).

O arremate final da argumentação do requerente se pauta na suposta injustiça existente no fato de os Estados do Sul e do Sudeste serem discriminados em relação aos Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, que constituem apenas 42,3% da população do País e participam na formação da riqueza nacional com somente 22,6% do Produto Interno Bruto (PIB), mas contribuem, através de seus votos, para a composição de 54% do Congresso Nacional, que, por sua vez, dá o destino à riqueza nacional (BRASIL, 1996, p. 315).

Note-se que a tese do requerente não se pauta em inconstitucionalidade de normas constitucionais em face de direito suprapositivo (espécie de direito natural), mas em face de normas constitucionais supostamente de grau superior às demais normas contidas na Constituição ou que incorporariam direito suprapositivo - o que as tornaria também superiores às demais (BRASIL, 1996, p. 321).

A tese da defesa da constitucionalidade das expressões, arguida pela Advocacia-Geral da União e endossada pelo parecer da Procuradoria-Geral da República, de que se tratava, no caso, de pedido impossível, em razão do fato de serem todas as normas constitucionais da mesma hierarquia, inclusive as que encerram cláusulas pétreas (BRASIL, 1996, pp. 316-320), acabou sendo acatada pelo Tribunal.

Segundo o Relator, Ministro Moreira Alves, a tese de que haveria uma hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras seria incompatível com o sistema de Constituição rígida (BRASIL, 1996, p. 322). Ademais, argumentou o Ministro que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, *caput*):

[...] o que implicaria 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 do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição (BRASIL, 1996, p. 323).

O Ministro Relator afirmou, ainda, que, mesmo que se reconhecesse a suposta existência de um direito suprapositivo desrespeitado pelo constituinte originário, esta violação não importaria em questão de inconstitucionalidade, mas em questão de ilegitimidade da Constituição no tocante ao dispositivo, cuja competência para resolver não teria o STF (BRASIL, 1996, p. 324).

Por fim, o voto do Ministro defendeu que as cláusulas pétreas seriam previstas pela Constituição “apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário”, não podendo ser invocadas para a sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores (BRASIL, 1996, p. 325).

Em síntese, segundo o voto do Relator, acompanhado pelos demais Ministros, o STF não poderia, em controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, fiscalizar o Poder Constituinte originário, quer em face de direito suprapositivo (positivado ou não na Constituição), quer com base em normas constitucionais supostamente de grau superior ao das demais (BRASIL, 1996, pp. 326-327).

Seguindo igual linha argumentativa e fazendo referência ao julgado de 1996, o Relator da ADI n. 4097/DF, Ministro Cezar Peluso, em 2008, considerou juridicamente impossível o pedido e indeferiu a inicial do Partido Social Cristão, que arguia a inconstitucionalidade da parte final do § 4º do art. 14 da Constituição Federal (“§ 4º - são inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos”), sustentando que tal dispositivo afrontaria o art. 5º da própria Constituição (BRASIL, 2008).

O requerente, com base na doutrina de Bachof e na jurisprudência alemã, interpôs agravo regimental, alegando que a admissão da tese independeria de previsão constitucional expressa e que o STF teria competência para o controle de constitucionalidade da Constituição Originária. Porém, sob o mesmo fundamento de impossibilidade jurídica do pedido, negou-se provimento ao recurso (BRASIL, 2008).

A tese de Bachof da inconstitucionalidade de normas constitucionais, portanto, não é adotada pelo STF, que, inclusive, é acompanhado pelo entendimento majoritário da doutrina pátria. Deste modo, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional do STF contribuiu para a estabilização de expectativas contrafáticas em relação à impossibilidade de ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face de normas constitucionais originárias.

3.2 O paradigmático caso do reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas

Em 2011, o STF decidiu o paradigmático caso do reconhecimento do instituto jurídico da união estável homoafetiva. O caso convergiu os pedidos de duas ações julgadas conjuntamente: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132-RJ, conhecida como ação direta de inconstitucionalidade, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277-DF, ambas com a finalidade de conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil e permitir que se declarasse a sua incidência não apenas sobre as uniões de pessoas de sexos diferentes, mas também sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2011).

Dispõe a literalidade do *caput* do artigo 1.723 do Código Civil brasileiro que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Contudo, aplicou-se a técnica da interpretação conforme a Constituição, para excluir do referido dispositivo do Código Civil “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”. Deste modo, as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo passaram a ter o reconhecimento assegurado segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Note-se, contudo, que na própria Constituição, no § 3º do artigo 226, já havia a previsão expressa de que: “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”.

Com base em uma espécie de modelo de princípios, os intérpretes constitucionais entenderam, portanto, que uma regra do Código Civil, embora repetindo em linhas gerais a literalidade de uma regra constitucional, seria inconstitucional. Como era de se esperar, a decisão trouxe uma série de discussões acerca da legitimidade ou não conferida ao STF, para criar, de forma oblíqua, normas constitucionais gerais e abstratas em descompasso com a programação condicional realizada pelo Poder Constituinte Originário, eleito para tal fim.

Alguns argumentos adotados pelos Ministros do STF, na fundamentação dos seus respectivos votos, resumem a solução que se encontrou para o polêmico caso, que contou com a intervenção assistencial por parte de inúmeras entidades com representatividade para se manifestar acerca da controvérsia constitucional em discussão e provocar o que se pode chamar, em termos sistêmicos, de recíprocas irritações ou aprendizagens entre os diversos subsistemas acoplados estruturalmente, como o direito, a política, o amor, a religião, a família e a ciência¹.

Foi justamente trazendo considerações, por exemplo, sobre os subsistemas do amor e da família, que o Relator, Ministro Ayres Britto, afirmou em seu voto que tratamentos discriminatórios ou desigualitários sem justificativa, que colidam com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”, como os que discriminam e tratam preconceituosamente pessoas em razão de suas preferências sexuais, são vedados pela Constituição, em seu artigo 3º, inciso IV, que dispõe que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O Ministro citou também o preâmbulo da Constituição, que faz referência à liberdade e à igualdade como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 2011, pp. 24-30).

A liberdade para dispor da própria sexualidade, segundo o Ministro:

[...] insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia da vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo ‘cláusula pétrea’, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange ‘os direitos e garantias individuais’ de berço diretamente constitucional) [...] (BRASIL, 2011, pp. 34-35).

¹ Tiveram a oportunidade de falar como *amici curiae* neste caso, as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks. Em nome dessas entidades, falaram, respectivamente: o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçalves; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Registre-se, ainda, o impedimento do Ministro Dias Toffoli e a ausência justificada da Ministra Ellen Gracie.

Ademais, conforme Britto, não se deve fazer “uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*”, nem separar “por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto”. Numa metáfora, segundo o Ministro:

[...] não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 [“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”] no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica **seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz** [...] (BRASIL, 2011, p. 46).

Na mesma linha, segundo o Ministro Luiz Fux, o art. 226, § 3º, da Constituição:

deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais (BRASIL, 2011, pp. 53-54).

Citando Ronald Dworkin, Fux afirmou que não se pode ceder, no caso, às considerações de ordem moral, exceto uma, que seria indispensável: “todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito”. Segundo o Ministro, o silêncio legislativo sobre as uniões homoafetivas seria um juízo moral velado, uma reprovação silenciosa, que redundaria em violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Sob o prisma da igualdade, o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas seria um consectário dos ditames constitucionais e representaria uma manifestação de “respeito que se tem de ter pelas cláusulas pétreas constitucionais” (BRASIL, 2011, pp. 65-81).

A aplicação da “política de reconhecimento” dos direitos dos parceiros homoafetivos, segundo Fux, é imperiosa, porquanto: a) “uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença”; b) “O alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos”, que não conseguem antecipar claramente como se dará a sucessão dos bens que amealharam juntos ou se poderão compartilhar a proteção de planos de assistência à saúde etc (BRASIL, 2011, p. 70).

Fux atentou, ainda, para o fato de que, nos últimos anos, tem aumentado a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares, inclusive com decisões judiciais no campo previdenciário reconhecendo aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros. Fez referência o Ministro também às manifestações favoráveis à produção válida de efeitos das relações homoafetivas, em decisões monocráticas do próprio Supremo Tribunal Federal (Pet 1.984, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.02.2003 e ADI 3.300, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.02.2006). Em suma, conforme Fux, “se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes” (BRASIL, 2011, pp. 71-85)²:

De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial – mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo (BRASIL, 2011, p. 85).

Na mesma direção, segundo a Ministra Cármen Lúcia, a “interpretação correta” da norma constitucional seria “na sequência dos vetores constitucionais, a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro” (BRASIL, 2011, p. 95):

[...] a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais

² Poderia vir a reforçar este argumento do Ministro Luiz Fux, o fato de, em 17 de maio de 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) ter retirado a “homossexualidade” da Classificação Internacional de Doenças (em que figurava no capítulo dos “Transtornos Mentais”) e declarado que “a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão”. (17 DE MAIO: Dia Internacional de Combate à Homofobia. **ANPG**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.anpg.org.br/?p=1917>>. Acesso em: 14 jun. 2015.). Ademais, em 22 de março de 1999, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução CFP nº 001/99, determinando que os psicólogos brasileiros não devem realizar “ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas” e nem colaborar “com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades”, já que estas não são doença, distúrbio ou perversão, mas, sim, formas de viver a sexualidade que fazem “parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade”. (BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 001/99, de 1999. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. **CFP**, Brasília, 1999. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015). Há, portanto, uma clara tendência, nos últimos anos, à aceitação por parte da sociedade da homossexualidade como um fato da vida, que deve ser compreendido e respeitado.

impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema (BRASIL, 2011, p. 91).

A referência expressa a homem e mulher, segundo a Ministra, apenas significa a garantia ao reconhecimento da união estável como entidade familiar a tais pessoas, e não que pessoas do mesmo gênero não possam ter igual direito. Ao contrário, conforme a Ministra, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos “têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos” (BRASIL, 2011, p. 93).

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, citou trechos do Diário da Assembleia Constituinte e concluiu que, após debaterem o assunto, os constituintes, inequivocamente, optaram pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável. Ademais, o Ministro fez referência a decisões anteriores do próprio STF em que se mencionou a união estável prevista no dispositivo constitucional como sendo uma união entre um homem e uma mulher. Por isso, o Ministro defendeu que a união estável homoafetiva seria outra forma de entidade familiar não prevista expressamente no art. 226 da Constituição, já que “a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*” (BRASIL, 2011, pp. 103-105).

Assim, segundo Lewandowski, o Tribunal deveria reconhecer não a “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do §3º do artigo 226 da Constituição, mas, sim, a “união homoafetiva estável”, através de um processo de integração analógica (BRASIL, 2011, p. 112).

Deste modo, segundo o Lewandowski, o Supremo não poderia enquadrar, de forma extensiva, as parcerias homoafetivas no rol de entidades familiares previsto no artigo 226 da Constituição, mas, a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e diante da necessidade de dar concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual, poderia colmatar a lacuna existente, através do emprego da técnica da integração, mediante o uso da analogia. Seria criada, assim, outra forma de entidade familiar (diversa daquela das uniões estáveis heterossexuais) até que o Parlamento viesse a dar o adequado tratamento

legislativo à realidade social superveniente à vontade do constituinte (BRASIL, 2011, pp. 106-111).

Já o Ministro Joaquim Barbosa argumentou que o caso sob análise demonstraria o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito, situação em que se agigantaria o papel das Cortes constitucionais. Todos os dispositivos constitucionais que estabelecem direitos fundamentais, os princípios da igualdade e da não-discriminação, segundo o Ministro, fundamentariam o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e não o artigo 226, § 3º, da Constituição, “que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil” (BRASIL, 2011, pp. 116-120).

Conforme o Ministro Gilmar Mendes, como a legitimação da Corte Constitucional advém do fato desta aplicar a Constituição, os Ministros não poderiam ler no texto constitucional o que quisessem, sob pena de se deslegitimarem: “tem que haver um consenso básico” e “a expressão literal não deixa a menor dúvida de que estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’” (BRASIL, 2011, pp. 124-125). Estar-se-ia, no entanto, diante da necessidade, segundo o Ministro, de uma solução provisória do Supremo (uma resposta de caráter positivo) frente à lacuna valorativa ou axiológica existente, para que fosse reconhecida a existência da união de pessoas do mesmo sexo e aplicado um modelo de proteção semelhante ao da união estável – naquilo que fosse cabível –, mas sem se pronunciar sobre outros desdobramentos, como a conversão em casamento e a adoção por parte desses casais (BRASIL, 2011, pp. 194-195).

Há decisões do Poder Judiciário em diversos sentidos: que negam a validade jurídica à união homoafetiva (por impossibilidade jurídica do pedido); que reconhecem a relação como sociedade de fato (no âmbito do direito das obrigações); e que reconhecem a união como entidade familiar (equiparada à união estável) (BRASIL, 2011, p. 162). Segundo Mendes, “o melhor seria o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo”, mas “o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias”. O Congresso, conforme o Ministro, diante do preconceito presente em parcela significativa da sociedade, tem dificuldade de deliberar sobre o tema:

Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação (BRASIL, 2011, p. 123).

Há, muitas vezes, segundo Mendes, uma dificuldade do modelo representativo de atuar, de operar. Diante de uma lacuna de caráter axiológico, como a do caso em análise, Mendes entende ser aplicável o recurso à analogia, com lastro na noção de “pensamento jurídico do possível”, de que fala Peter Häberle, que já havia sido, inclusive, utilizada em casos parecidos pelo Ministro (BRASIL, 2011, p. 123).

Um desses casos, segundo Mendes, foi o em que, com a multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), tornou-se impossível cumprir o dispositivo constitucional que determinava a indicação de procuradores do trabalho com dez anos de carreira para o cargo de juiz dos TRTs. O Conselho do Ministério Público editou uma resolução, para afirmar que, não havendo procuradores com mais de dez anos de carreira, seriam indicados aqueles que estivessem já efetivados. Foi ajuizada uma ADI e o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade da norma, já que contrariava a literalidade do texto constitucional, mas, após a interposição dos embargos infringentes, a Corte voltou atrás e julgou constitucional a norma, sob o argumento do “pensamento do possível” diante da lacuna constitucional (BRASIL, 2011, pp. 133-135).

Já o Ministro Marco Aurélio, trazendo considerações sobre os subsistemas do direito, da política, da moral e da religião, ressaltou que há “o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais” e que de “nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante”. Ademais, consoante o Magistrado, o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais se impõe, uma vez que há “a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual”. A literalidade do artigo 1.723 do Código Civil estaria, conforme o Ministro, muito aquém do que consagra a Constituição: “Não retrataria fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários” (BRASIL, 2011, pp. 213-215).

Segundo o Ministro Celso de Mello, ao reconhecer a união estável composta por pessoas do mesmo sexo, o STF não estaria protagonizando um episódio de

ativismo judicial, mas exercendo um comportamento afirmativo do Poder Judiciário diante da “necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos” (BRASIL, 2011, p. 260). Consoante Mello, o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como espécie do gênero entidade familiar se justificaria não apenas em razão da incidência dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade e da segurança, mas também do postulado constitucional implícito que consagraria o direito à busca da felicidade (BRASIL, 2011, pp. 237-238).

Suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, seria, conforme Mello, cumprir a missão constitucional e demonstrar o respeito incondicional pela autoridade da Lei Fundamental da República. Deste modo, segundo o Ministro, práticas de ativismo judicial, ainda que moderadas, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos (BRASIL, 2011, pp. 160-161):

Esse protagonismo do Poder Judiciário, **fortalecido** pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (**MS 26.603/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado **da expressiva** ampliação das funções institucionais **conferidas** ao próprio Judiciário **pela vigente** Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais **em árbitros** dos conflitos **que se registram** no domínio social e na arena política, **considerado** o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, **em tema** de jurisdição constitucional (BRASIL, 2011, p. 163).

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, enfrentou em seu voto a questão da dificuldade teórica que teria para conhecer das demandas como ações diretas de inconstitucionalidade, em razão de obstáculo teórico e constitucional:

não seria possível cogitar-se de interpretação conforme à Constituição de norma infraconstitucional que se limitaria, nessa hipótese, a reproduzir texto constitucional. Estaríamos, sim, diante de um caso de pura interpretação constitucional, que não poderia ser objeto de ação de inconstitucionalidade sob pretexto de que teríamos que interpretar a própria Constituição de acordo com a Constituição (BRASIL, 2011, p. 266).

Peluso afirmou, no entanto, que o fato de o dispositivo no artigo 1.723 do Código Civil não ser “reprodução estrita do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal”, isto é, de haver diversidade de redação das normas, permite a decisão da Corte de conhecer das demandas, “exatamente com base na não coincidência semântica entre as duas normas” (BRASIL, 2011, p. 266).

Segundo Peluso, há uma lacuna normativa que precisa ser preenchida, através do recurso à analogia, diante da similitude – mas não igualdade –, entre as entidades da união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. Ao final, o Ministro sugere que “o Poder Legislativo deve regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional” (BRASIL, 2011, pp. 267-269).

Da análise das fundamentações dos votos, dos debates e das explicações contidas no acórdão, pode-se concluir que, embora chegando basicamente ao mesmo resultado prático, os Ministros, com argumentos diversos, adotaram duas linhas gerais de raciocínio diferentes: a) a do voto do Ministro Relator Ayres Britto, que afirmou que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam o julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas entre uniões estáveis homoafetivas e heteroafetivas; e b) a do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso), que afirmou a necessidade de se preencher ou colmatar uma lacuna existente na Constituição em relação à entidade familiar formada pela união entre pessoas do mesmo sexo.

O julgado deixa clara a atuação criativa do STF. Ao decidir, por votação unânime, em sentido contrário à literalidade da Constituição e ao que historicamente os constituintes haviam decidido sobre a matéria, os Ministros se viram obrigados a justificar a sua atuação protagonista, afinal estavam conferindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à interpretação ali adotada.

Mas o STF exerceu o controle de constitucionalidade de norma constitucional originária? A verdade é que os Ministros evitaram enfrentar em seus votos o argumento utilizado pelo Tribunal em decisões anteriores de que seriam juridicamente impossíveis pedidos de controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias.

O Ministro Cezar Peluso, que, em 2008, havia indeferido a inicial da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4097/DF, em razão de apresentar o pedido juridicamente impossível de controle de constitucionalidade de norma constitucional originária, foi o único que, no julgamento de 2011, invocou diretamente, ainda que de forma tímida, o tema da tese de Bachof. Mas o Ministro superou o problema teórico e constitucional existente afirmando que o dispositivo do artigo 1.723 do Código Civil não seria uma “reprodução estrita” do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal.

Afinal, qual a diferença do pedido deste caso em relação aos pedidos contidos, por exemplo, nas iniciais da ADI n. 815/DF e da ADI n. 4097/DF? A existência de um dispositivo infraconstitucional que repete o texto constitucional, mas não através de uma “reprodução estrita”?

A decisão do STF teria sido mais consistente juridicamente se tivesse discutido de forma mais detida o entendimento que a própria Corte já havia ajudado a consolidar no sistema jurídico brasileiro, quer para explicitar melhor as razões de não se aplicar ao caso, quer para atualizar o seu próprio entendimento acerca da matéria.

No entanto, independentemente de ter reconhecido ou não a existência de hipótese de norma constitucional inconstitucional, o que o caso paradigmático evidencia é: a) o papel de atualização judicial do sistema jurídico exercido pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive em relação à própria Constituição Originária, o que contribui para a função jurídica de estabilizar expectativas de comportamento na sociedade; b) a abertura cognitiva realizada, tanto no que atine à fundamentação dos votos, quanto em relação ao recurso à figura do *amicus curiae*, para solucionar um caso de elevada complexidade, que carecia de interlocuções com outros subsistemas sociais; c) a tensão existente entre a busca de uma decisão juridicamente consistente (autorreferência) e a procura de uma solução socialmente adequada (heterorreferência), isto é, a difícil relação existente entre o fechamento operativo e a abertura cognitiva, no momento da jurisdição constitucional; e d) o risco da corrupção do código próprio do subsistema jurídico, ou seja, de o direito adotar meios de comunicação próprios de outros subsistemas sociais, como a política, a religião, a moral etc.

4 Limites, riscos e possibilidades da atualização judicial Constituição Originária

São perceptíveis as relações recíprocas de dependência entre os sistemas parciais autônomos da política e do direito. A Constituição, enquanto acoplamento estrutural entre política e direito, assume a função que antes do fenômeno moderno de positivação do direito era atribuída a fatores externos ao direito, como a referência a fundamentos políticos e morais. Com a aquisição evolutiva da Constituição em sentido moderno, a relação entre aqueles subsistemas deixa de ser entendida como vertical-hierárquica, para se tornar horizontal-funcional.

A visão clássica de que o legislador constrói e o juiz aplica é, conforme Luhmann (1985, p. 34), imprecisa. Ao analisar o processo de decisão judiciária, “torna-se evidente que também o juiz formulará regras gerais para suas decisões: se elas não estão dadas, ele as ‘encontra’”.

Não obstante o fenômeno de positivação do direito ocorrido no século XIX tenha resultado, dentre outras coisas, numa “canalização de todas as projeções normativas que pretendem vigência jurídica ao encaminhamento político”, no sentido de instaurar o mecanismo político-partidário em sua função, segundo Luhmann (1985, pp. 47-48):

As possibilidades inquestionáveis do processo da decisão judicial reagir, mesmo assim, a uma mudança dos fatos ou dos valores sociais pode assumir um significado mais compensador – tendo lugar, por exemplo, quando os desejos de mudança (ou também as rejeições de mudanças) não sejam politizáveis pelos critérios da própria política.

No entanto, há limites à atualização judicial operada pela jurisdição constitucional do STF: o direito não deve adotar meios de comunicação próprios de outros subsistemas, sob pena de ser levado à corrupção sistêmica, à desdiferenciação funcional em relação aos demais sistemas sociais, como a moral, a economia e a política.

O Estado constitucional, segundo Marcelo Neves (2013, p. 221), exige um Judiciário apto ao enfrentamento da relação paradoxal entre regras e princípios jurídico-constitucionais, isto é, um Judiciário “capaz de desparadoxizar o enlace circular entre princípios e regras” nos casos constitucionais de maior complexidade.

O STF, ao julgar o caso das uniões estáveis homoafetivas, por exemplo, aparentemente adotou uma espécie de modelo de princípios, seja para afirmar que aquelas uniões estariam abarcadas pelo sistema jurídico, através de uma leitura principiológica da Constituição, seja para concluir que haveria, em verdade, uma lacuna axiológica na Constituição, a ser colmatada mediante a aplicação de princípios.

A relação paradoxal entre princípios e regras está ligada à noção luhmanniana de “justiça como uma ‘fórmula de contingência’ que motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico”. Essa perspectiva paradoxal de justiça tem duas dimensões: “a justiça interna, concernente à tomada de decisão *juridicamente consistente* (autorreferência); a justiça externa, referente à tomada de decisão *adequadamente complexa à sociedade* (heterorreferência)” (NEVES, 2013, pp. 223-224).

Chegar a uma decisão juridicamente consistente e socialmente adequada não é tarefa fácil em casos de elevada complexidade, como o do reconhecimento da união estável homoafetiva, julgado pelo STF em 2011. O recurso apenas às regras jurídicas, neste caso, traria consistência jurídica, mas com o elevado custo da inadequação da decisão à complexidade social, já a mera referência aos princípios, levaria à adequação social, no entanto, pagaria o preço de um déficit de consistência jurídica da decisão, que, afinal, deve servir à função do direito de estabilização de expectativas de comportamento na sociedade.

O direito prestaria um desserviço à sociedade se, como todo sistema social, não se abrisse ao seu ambiente, se não permitisse a existência de um tênue mecanismo de aprendizagem, de abertura cognitiva, em relação aos demais subsistemas da sociedade. Afinal, como decidir, no centro do sistema jurídico (tribunais), sobre uniões estáveis homoafetivas, sem permitir que os sistemas parciais do amor, da família, da política e da religião produzam “irritações” (ainda que limitadas) no sistema parcial do direito? Essa abertura jamais será plenamente controlável, mas há, sem dúvida, um fechamento operacional que permite reconhecer um espaço de autonomia para o direito, uma comunicação própria e uma imunização em relação às pressões dos demais subsistemas.

Não se pode imaginar, consoante Neves (2013, p. 226), “um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito”:

[...] a justiça é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente: como fórmula de contingência, a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejando um 'paraíso moral' de plena realização da justiça, assim como o fim da escassez como fórmula de contingência da economia conduziria a um 'paraíso da abundância', a saber, ao fim da economia.

Campilongo, analisando os quatro modelos típico-ideais de juiz desenvolvidos por Carlo Guarnieri, questiona se o modelo do "juiz-político", que combina alta autonomia política e alta criatividade judicial, seria, apesar da sua atuação discricionária, compatível com a democracia. Consoante o entendimento de Campilongo, "Se, nos chamados 'casos difíceis', o juiz é obrigado a fazer escolhas políticas – muitas vezes por delegação do próprio legislador –, essa criatividade é exercida nos limites da legitimidade legal racional". Deste modo, a determinação de uma linha política por parte do magistrado, "desde que em conformidade com os valores fundamentais positivados pelo ordenamento jurídico", não significa necessariamente uma atuação antidemocrática, contrária à divisão dos poderes ou ofensiva ao Estado de Direito (CAMPILONGO, 2011b, p. 48-49).

Esse modelo, consoante Campilongo (2011b, pp. 55-56), de um lado, "introduz o magistrado-político num contexto em que diversos outros atores desempenham papéis equivalentes (políticos)", e, de outro, "ressuscita o problema do arbítrio, da imprevisibilidade do direito e da demarcação pouco clara entre direito e não direito". Mas o problema do arbítrio vem contornado justamente mediante a multiplicação de níveis de poder e através das imbricações das funções de governo:

Se a magistratura 'socorre', 'complementa' ou 'substitui' a legislatura, não é menos certo que, no interior do Executivo e do Legislativo, vários órgãos passam a desempenhar funções judicantes: câmaras setoriais, comitês de ética e comissões parlamentares de inquérito são alguns exemplos. Além disso, elevadas criatividade e independência estão longe de representar total liberdade. Haverá sempre textos a interpretar, procedimentos a observar e hierarquias a respeitar. Por fim, quanto ao problema da distinção direito/não direito, a premissa de reflexão é a admissão de que uma característica essencial do direito atual é a variabilidade (o não direito de hoje pode ser o direito de amanhã).

Conforme Campilongo (2011b, p. 60), as três críticas mais usuais direcionadas ao protagonismo dos juízes são reducionistas. Elas acusam o “juiz-político” de: parcialidade, contestação à lei e intromissão em funções que não são suas (pretensão de substituir o poder político). Evidentemente que não se pode partidarizar a jurisdição, submetendo-a à vontade de um grupo, nem aceitar que a magistratura obedeça às praças, à opinião pública ou à sua própria vontade – e não à lei – ou, ainda, substituir os políticos pelo juízes.

Mas a politização do Judiciário é muito diversa de uma atuação partidarizada – a política não se restringe a uma atuação partidária –, a submissão do juiz à lei não significa uma observância mecânica desta e, devido à incapacidade dos mecanismos da política tradicional – parlamentos, governos, partidos e eleições – de gerar consenso ou de promover grandes agregações de interesses, muitas vezes, essas instituições abdicam ou delegam poder decisório para o Judiciário, que “passa a ser percebido como a instância aparentemente habilitada a superar a paralisia, a ineficácia e a corrupção do sistema político” (CAMPILONGO, 2011b, pp. 58-59).

As conexões entre os subsistemas são normais e inevitáveis, entretanto, esses acoplamentos podem acabar desnaturando a forma de operação própria de cada subsistema, produzindo, assim, a chamada “corrupção do código” de cada subsistema. Deste modo, ainda “que a legislação seja vaga, contraditória, passível de várias interpretações ou omissa”, os juízes estão obrigados a decidir os casos com fundamento no ordenamento jurídico:

[...] elevadas taxas de independência e criatividade não podem representar a substituição das opções oferecidas pela Constituição por uma orientação qualquer – política, econômica, religiosa etc. – advinda do ambiente externo ao sistema jurídico. Isso caracterizaria uma corrupção dos códigos do direito, ou seja, a utilização de meios de comunicação próprios de outros subsistemas (econômico, político etc.) para resolver problemas do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2011b, pp. 61-62).

Embora alguns votos tenham apresentado, aqui e ali, déficit de consistência jurídica, sobretudo por negligenciar ou negar a própria atualização judicial protagonizada, o que dificultou a estabilização de expectativas normativas, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões estáveis homoafetivas, em geral, não aparenta ter sido tomada, por exemplo, com base no código governo/oposição, próprio da política, mas, sim, a partir do código direito/não direito, isto é, de uma

comunicação propriamente jurídica. Faz parte da comunicação jurídica não apenas o recurso às regras, mas também a referência aos princípios e direitos fundamentais.

Segundo Luhmann (2005, pp. 137-138), um sistema jurídico exposto frequentemente às intromissões (pressões) da política opera em estado de corrupção, servindo, em casos limites, como puro instrumento de poder: “En el caso extremo ya no se puede hablar de clausura autopoietica e incluso tampoco de aprendizaje cognitivo respecto de las normas”.

Há sempre o risco de uma “corrupção sistêmica” dos sistemas autopoieticos, mas, segundo Marcelo Neves (2011, p. 147), o fenômeno “tem tendência à generalização nas condições típicas de reprodução do direito na modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito”. A determinação alopoietica do direito, conforme Neves (2011, pp. 140-147), “prevalece na maior parte da sociedade moderna (mundial)” e pode ter a sua existência sustentada quando:

[...] os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença ‘lícito-ilícito’ e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e freqüentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc.

Não se trataria neste caso simplesmente de fenômenos localizados de “corrupção sistêmica” dos sistemas autopoieticos “em detrimento dos acoplamentos estruturais no âmbito das organizações, tal como se observa em experiências do Estado democrático de direito na Europa Ocidental e na América do Norte”, porquanto não se estaria diante de “bloqueios eventuais da reprodução autopoietica do direito positivo”, mas do “comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito”: “Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e ambiente” (NEVES, 2011, p. 147).

A corrupção sistêmica, consoante Neves, “pode permanecer no plano operativo, sendo momentâneo e eventual”, mas a questão pode também tornar-se mais problemática e “alcançar o nível estrutural, atuando na estabilização de expectativas”. Na sociedade contemporânea hipercomplexa, “quando a corrupção estrutural de um sistema por outro(s)” tende à generalização, “há um episódio concreto de desdiferenciação sistêmica (NEVES, 2009, p. 44).

Campilongo (2011b, p. 166), por sua vez, aponta que, embora a sociedade mundial moderna esteja diferenciada funcionalmente e não exista uma modernidade central e outra periférica, “o fechamento autopoiético é preservado com custos muito maiores para o sistema jurídico das periferias econômicas”, uma vez que a legislação e os contratos destes sistemas jurídicos periféricos não são capazes de evitar “o acesso em juízo de questões que não foram suficientemente alocadas em outras instâncias programatórias”. O processo de variação, seleção e estabilização de expectativas é muito mais lento e durável nos países centrais (CAMPILONGO, 2002, pp. 488-489).

Os sistemas jurídicos dos países centrais e dos países periféricos, segundo Campilongo (2011b, p. 169), operam com base no mesmo código e são sistemas igualmente autopoiéticos, mas no plano dos programas possuem importantes diferenças, pois “a periferia dos sistemas jurídicos de países economicamente periféricos é mais exposta às irritações provenientes do ambiente”.

Deste modo, da inevitável abertura cognitiva recíproca entre direito e política, resulta o risco, acentuado em “países periféricos”, de estes subsistemas deixarem de operar com base em seus próprios elementos e passarem a atuar com uma lógica diversa da sua, isto é, de ocorrer a corrupção dos códigos próprios do direito e da política, o que resultaria, no caso do subsistema jurídico, por exemplo, em uma politização da magistratura ligada aos problemas da parcialidade, da ilegalidade e do protagonismo de substituição de papéis (CAMPILONGO, 2011b, p. 63).

Fato é que a decisão judicial é uma decisão tipicamente programada e, como tal, atua “num contexto de complexidade e contingência já reduzidas pelo processo de positivação do direito”. Embora as decisões programadas possuam considerável margem de criatividade, interpretação e discricionariedade, a comunicação jurídica e a comunicação política apresentam importantes diferenças estruturais e o agir criativo do Judiciário deve ter apontados os seus limites (CAMPILONGO, 2011, pp. 103-107).

As fronteiras entre a política e o direito existem e não podem ser negligenciadas. Deve-se, de um lado, evitar o extremo de se considerar que inexistem limites entre esses subsistemas ou que um está incluído (hierarquicamente) no outro, e, por outro, apontar para as interconexões funcionais (horizontais) entre direito e política, que permitem aprendizados recíprocos.

5 Considerações finais

A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann permite que se lance um novo olhar sobre antigos e novos problemas relacionados às interferências recíprocas entre os subsistemas da política e do direito. A jurisdição constitucional, situada no centro do sistema jurídico, é marcada pela obrigatoriedade do Judiciário de decidir todos os casos, o que torna inevitável que se realize a criação judicial do direito, em casos não regulados, regulados insuficientemente ou cuja regulação tornou-se insuficiente ou incoerente. Embora possua considerável margem de indiferença, um sistema não ignora completamente o seu ambiente.

É neste contexto que se pode falar em atualização judicial dos programas condicionais, inclusive de hierarquia constitucional, conforme se pode perceber a partir da análise do caso paradigmático que envolveu o reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos é um exemplo claro em que a função judicial possui acentuado papel político, chegando ao ponto, como visto no presente trabalho, de atualizar o sentido até mesmo da Constituição Originária. Quando a estabilização de expectativas normativas é deficitária ou se torna deficitária em razão das mudanças no ambiente do sistema jurídico, cabe ao Poder Judiciário contribuir, com suas decisões, para a generalização congruente de expectativas comportamentais na sociedade.

O Poder Judiciário, em determinadas situações, decide de modo coletivamente vinculante, o que dilui a ideia clássica de que a decisão judicial estaria adstrita unicamente às partes litigantes. No entanto, ao contrário do Poder Legislativo, além de não poder se negar a decidir, o Poder Judiciário não seleciona as demandas que requerem a sua decisão. Assim, o papel judicial de produção de decisões vinculantes coletivamente é limitado e restrito, por exemplo, ao âmbito das ações coletivas e das ações de controle de constitucionalidade eventualmente ajuizadas.

A jurisdição exercida pelo STF assume contornos muito diversos da realizada, por exemplo, por juízes de primeira instância. No controle de constitucionalidade esta constatação torna-se evidente, conforme se pode depreender da leitura do § 2º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, que afirma que, nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, as decisões definitivas

de mérito, proferidas pelo STF, “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

O papel criativo exercido pelo STF, resultante do acoplamento estrutural entre direito e política, não representa necessariamente a substituição do código do direito (lícito/ilícito) pelo código da política (governo/oposição), nem a troca da função própria de um sistema pela do outro. A variabilidade do sistema jurídico, característica básica do direito positivo moderno, é resolvida no plano dos programas.

Por chegar, ainda que através de caminhos teóricos completamente diferentes, a algumas conclusões semelhantes às alcançadas por positivistas contemporâneos como Hans Kelsen e H. L. A. Hart, a teoria dos sistemas de Luhmann sofre fortes resistências por parte daqueles que acreditam em uma legitimação do direito através de referências à moral, bem como por parte dos que buscam, explícita ou implicitamente, negar ao Poder Judiciário um papel criativo.

No entanto, não em razão de o direito possuir uma fundamentação moral ou ética, discursiva ou conteudística, mas, sim, devido à positivação de determinados valores, que, justamente, amplia-se, contemporaneamente, o espaço de produção judicial do direito. A obrigação de decidir não apenas com base em regras jurídicas, mas também com sustentação em princípios, traz, ainda mais, à tona a questão da indeterminação do sistema jurídico e da necessidade da criação judicial do direito.

Mas se Luhmann, de um lado, afirma que há uma inegável margem de criatividade judicial no ato decisório dos tribunais, de outro, aponta para a busca constante da produção de direito justo, no sentido da tentativa de compatibilização entre adequação à complexidade social e consistência jurídica da decisão.

Mesmo diante de lacunas, obscuridades e omissões nas programações do sistema jurídico, os juízes não têm a opção de não decidir. Ao Poder Judiciário cabe, portanto, não apenas a produção de decisões programadas, mas, também, ainda que de forma subsidiária, limitada e eventual, decisões programantes e reprogramantes, com todos os riscos inerentes ao desempenho desta tarefa.

Referências bibliográficas

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlantida Editora, 1977.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 001/99, de 1999. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. **CFP**, Brasília, 1999. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Brasília, 29 mar. 1996. **Diário de Justiça**, 10 maio 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2883/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília, 30 ago. 2006. In: **Diário de Justiça**, 09 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.097-9/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Brasília, 08 out. 2008. In: **Diário de justiça**, 06 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Brasília, 05 maio 2011. In: **Diário de Justiça**, 14 out. 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. A posição dos tribunais no centro e na periferia do sistema mundial. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 477-490.

_____. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicado.

_____. A Posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990, p. 149-168.

_____. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nesser. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PEDRON, Flavio Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 29, p. 101-110, abr./jun. 2005.

SIMINOI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. In: **Revista Seqüência**, n. 59, p. 61-88, dez. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p61/13590>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

17 DE MAIO: Dia Internacional de Combate à Homofobia. ANPG, São Paulo. Disponível em: <<http://www.anpg.org.br/?p=1917>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

Artigo aprovado em 26/04/2015 : Recebido em 14/06/2014