

Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo

“Constitutional mutation” and the constitutional veto upon discrimination based on sex

Ana Paula Oliveira Ávila

Professora Titular de Direito Constitucional na Graduação e Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter. Mestre e Doutora em Direito (UFRGS). Advogada em Porto Alegre, Brasil. ana_avila@uniritter.edu.br.

Roger Raupp Rios

Juiz Federal da 4a Região. Mestre e Doutor em Direito (UFRGS). Professor no Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter – Porto Alegre, Brasil. roger.raupp.rios@gmail.com.

Artigo recebido em 2/08/2015 e aceito em 16/11/2015.

Resumo

O texto analisa o fenômeno da mutação constitucional dentro do desenvolvimento da metodologia da Ciência do Direito, como resposta à necessidade, de um lado, da continuidade da ordem jurídica, e de outro, da capacidade de adaptação das normas à dinâmica social por meio da interpretação jurídica. Por meio do método de revisão bibliográfica e jurisprudencial, são analisados os limites à atividade interpretativa que promova a mudança de sentido atribuído às normas pelos tribunais e examina-se, mediante um estudo de caso (considerando a evolução da discriminação em razão do sexo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), tanto as características quanto os limites da mutação constitucional, para demonstrar a utilidade e legitimidade desta técnica na promoção de grupos discriminados pela omissão legislativa.

Palavras-chave: mutação constitucional; interpretação jurídica; jurisdição constitucional; igualdade; discriminação de gênero.

Abstract

This paper analyzes the so called “constitutional mutation” as the development experienced in the studies on legal reasoning, and as a response to the need of stability of the legal system, on the one hand, and the norm’s capacity to be adapted to the social dynamics through legal interpretation, on the other. It also describes the limits to the legal reasoning that promotes changes in the interpretation given to certain norms by the courts. Through a particular case study, regarding the discrimination on grounds of sex in the case law of the Brazilian Supreme Court, this work aims to regard both the features and the limits of constitutional mutation, in order to demonstrate its legitimacy in promoting equalization for groups historically discriminated by legislative omission.

Key-words: constitutional mutation; legal interpretation; constitutional courts; equality; discrimination based on sex/gender.

Introdução

Se o Direito e, sobretudo, a Constituição, tem a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa.¹

Em 1910, Roscoe Pound publicou na *American Law Review* um artigo, intitulado *Law in Books and Law in Action*, que se tornou um clássico do direito norte-americano. O trabalho descrevia diversas situações em que os aplicadores do Direito se viam compelidos a adequarem o sentido abstrato das normas a novas realidades, permitindo assim uma solução correta aos casos concretos sem necessária ruptura com o direito posto. Pound ilustra o argumento a ser desenvolvido em seu texto com uma metáfora, pela qual o mesmo princípio que abstratamente prevê o uso de canivetes também comporta o uso da picareta quando esta se mostra a ferramenta mais adequada para a tarefa de escavar.²

É do mesmo Pound a citação que se tornou corrente na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos por meio das decisões do *Justice Cardozo*, de que “o Direito deve ser estável, mas não imutável” (*the law must be stable, but it cannot stand still*), em alusão à possibilidade – e, mais que isso, à *necessidade* – de alteração nos precedentes da Corte quando alterações substanciais nas condições fáticas assim recomendassem, ainda que a decisão precedente tivesse o status de *stare decisis*.³

¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fábris Editor, 1991, p. 22.

² “When tradition prescribe case-knives for tasks for which pickaxes were better adapted, it seemed better to our forefathers, after a little vain struggle with case-knives, to adhere to principle—but use the pickaxe”. POUND, Roscoe. *Law in Action and Law in Books*. 44 *American Law Review* 12(1910), p. 12, capturado em HeinOnline.org.

³ O instituto do *stare decisis* (abreviação de *stare decisis* e *non quia movere*: manter e aderir às decisões e não perturbar o que foi decidido) é o que assegura a força obrigatória dos precedentes da Suprema Corte norte-americana. Isso permite, no sistema do *common law* (que se constrói a partir das decisões judiciais), o desenvolvimento de um direito estável e coerente, cuja continuidade é garantida pelo respeito às decisões do passado e pela igualdade dos litigantes que se encontrem em situação semelhante no presente. Contudo, a doutrina do *stare decisis* não implica, necessariamente, o engessamento ou a imutabilidade dos precedentes, conforme ficou estabelecido em *Smith v. Allwright* no seguinte excerto: “Quando convencida de

Esse contraste entre a permanência do Direito, desejada do ponto de vista da estabilidade e segurança jurídica, e as transformações inerentes ao desenvolvimento das relações sociais, que são essencialmente dinâmicas, subjaz ao tema da “mutação constitucional”. A questão constitui interessante capítulo da interpretação constitucional e, como o próprio nome diz, relaciona-se com o processo de transformação das normas constitucionais. Com efeito, necessidades de adaptação do sistema normativo (dever-ser), em geral, e das normas constitucionais, em particular, às constantes transformações verificadas no sistema de referência da ciência do direito (ser)⁴, fazem reconhecer duas formas de alteração das constituições: a formal e a informal.

Em nosso sistema, a alteração *formal* da Constituição faz-se mediante o exercício do poder constituinte derivado, consubstanciado na aprovação de emendas constitucionais pelo Poder Legislativo nos termos do art. 60 da Constituição brasileira de 1988. Este dispositivo estabelece dois turnos de discussão e aprovação das emendas, por maioria qualificada de três quintos, garantindo a rigidez e supremacia constitucionais em nosso sistema.

Diz-se da alteração *informal* quando ela se dá pela via interpretativa, nos casos em que a jurisprudência fixa uma nova compreensão e concretização (*law in action*) do dispositivo que, em seu enunciado (*law in the books*)⁵,

erro anteriormente praticado, esta Corte nunca se sentiu constrangida a seguir o precedente. Em questões constitucionais, em que a correção depende de emenda e não de ação legislativa ordinária, esta Corte, através de sua história, tem exercitado livremente o seu poder de reexaminar as bases de suas decisões em matéria constitucional.”(tradução nossa) 321 U.S. 649,665 (1944)

⁴VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 147.

⁵Numa época em que nem se falava em mutação constitucional e o Tribunal Constitucional Federal alemão ainda estava por desenvolver a hermenêutica constitucional hoje recepcionada em boa parte dos países da Europa ocidental e da América Latina, o trabalho de Roscoe Pound já evidenciava que a prática dos tribunais exigia adaptações que nem sempre coincidiam plenamente com o texto normativo proposto, mas que tais adaptações seriam preferíveis à alteração da lei porque “they granted the law ought not to change. Changes in law were full of danger.” POUND, Roscoe. Law in Action and Law in Books. 44 American Law Review 12(1910), p. 12, capturado em HeinOnline.com. Em 1913 POUND publica outro excepcional trabalho, intitulado Courts and Legislation [In The American Political Science Review, Vol. 7, No. 3 (Aug., 1913), pp. 361-383] para demonstrar o trabalho dos juristas na efetiva construção das normas jurídicas por meio das decisões judiciais diante das singularidades de cada caso, refutando a premissa teórica então vigente do mero “descobrimento” das normas a partir dos dogmas, tradições e direitos naturais: Hence within somewhat wide limits courts must be free to deal with the individual case so as to meet the demands of justice between the parties. Any considerable narrowing of these limits, any confining of the judicial function by too many hard and fast rules soon defeats the purpose for which law exists. Application of law must involve not

mantem seu texto intacto. A este tipo de alteração dá-se o nome de mutação constitucional.

A alteração informal da Constituição, produzida por meio da mutação constitucional via interpretação, reveste-se de evidente relevância político-institucional, resultante da atividade concretizadora das normas constitucionais pelos tribunais. Mais ainda, ela se mostra tanto mais importante, quanto mais delicada, quando estão em jogo direitos fundamentais de grupos historicamente discriminados, por reclamar nova interpretação de determinado texto normativo que desafia preconceitos e estruturas sócio-políticas tradicionais e resistentes à mudança.

Daí a trajetória dessa reflexão que, munida dos elementos fundamentais para a adequada compreensão da mutação constitucional dentro do desenvolvimento da ciência do Direito e da metodologia jurídica (parte 1), toma a evolução, no Supremo Tribunal Federal brasileiro, da interpretação das normas constitucionais relativas à liberdade sexual e à proibição de discriminação por motivo de sexo (parte 2) como exemplo e indicador de quão imprescindível e apurada deve ser a hermenêutica constitucional em sociedades plurais e democráticas.

1. Da interpretação literal à mutação da norma: elemento e limites da mutação constitucional

O fenômeno da mutação está associado à evolução da metodologia empregada na interpretação e concretização das normas constitucionais, experimentando notável desenvolvimento teórico na Alemanha. De fato, no direito alemão observou-se com nitidez a tentativa de se encontrarem modelos de superação do positivismo científico sem que, com isso, se abrisse mão do caráter de cientificidade do Direito e do rigor metodológico.

logic merely but a measure of discretion as well. All attempts to eradicate the latter element and to make the law purely mechanical in its operation have ended in failure. Justice demands that instead of fitting the cause to the rule, we fit the rule to the cause. (op. cit., p. 365-366)

Após o fenômeno das codificações oitocentistas, a ciência jurídica, baseada na perspectiva do positivismo científico, deduzia as normas jurídicas exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários, sem que um raciocínio baseado em valores ou elementos metajurídicos (e.g., religiosos, sociais, morais ou científicos) tivesse condições de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas.⁶ As palavras de Savigny sintetizam muito bem a visão da época: “o juiz não tem, como um criador, que aperfeiçoar a lei – tem apenas que executá-la: um aperfeiçoamento’ da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, em nenhum caso do julgador”.⁷

Caracterizada de modo bastante sintético, a discussão que se seguiu a Savigny questionava se a estrutura do sistema normativo é a de um sistema fechado (privilegiando o código, o método exclusivamente subsuntivo e o raciocínio lógico, constituindo uma unidade lógica, perfeita e acabada, aplicável a uma ordem de referência absoluta), ou a de um sistema aberto, aplicado e interpretado tendo em vista uma ordem de referência relativa, sensível à penetração de fatos e valores externos ao sistema e que “admite a introdução do raciocínio problemático, bem como a aplicação do ordenamento tendo em vista os valores e fins dos princípios gerais do direito”.⁸

A ideia de “plasticidade” do sistema intensificou-se após uma onda de inconformidade com a injustiça causada pela exegese literal dos textos e pela aplicação subsuntiva da norma ao fato sem que se atendesse aos valores envolvidos na sua aplicação. Esta renovação operou-se com o surgimento do movimento da *jurisprudência dos interesses*, ressaltando o caráter prático da ciência do Direito.⁹ Introduz-se na aplicação do Direito a consideração de

⁶ WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 491-492.

⁷ Apud LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 11-12.

⁸ MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. in RT 680 (1992:47-58), p. 51.

⁹ “...constitui um privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as outras ciências da cultura, o facto de ela não abrir caminho ao lado ou atrás do Direito, mas antes, poder aperfeiçoar o Direito mesmo e a vida que nele e sob a sua égide decorre. Havendo uma ciência

novos aspectos, procedendo à análise do sistema a partir do caso concreto e dos interesses vitais dos indivíduos destinatários da norma¹⁰.

A consideração dos dados da realidade no momento da aplicação da norma conduz, nas palavras de Judith Martins-Costa,

um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito, mas que permite ao juiz a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais - mas em todo o caso convencionais - de base e de densidade empírica variável¹¹.

O texto da norma continua sendo o ponto de partida da interpretação jurídica, mas a fixação do seu sentido pelo intérprete passa a abranger também a consideração dos interesses e fatos presentes no momento da incidência, mantendo a segurança nas relações jurídicas e, de certa forma, a controlabilidade das decisões. Com isso fica clara a assertiva de que “o processo interpretativo implica sempre redefinições.”¹²

Percebe-se de pronto que o tema em exame se relaciona à teoria geral da interpretação jurídica, algo não restrito à interpretação e aplicação das normas constitucionais. Mas é fato que a linguagem empregada nos textos constitucionais do pós-guerra favoreceu uma “abertura linguística” que enseja a interpretação evolutiva desenvolvida pelas Cortes Constitucionais.

Especificamente no Direito Constitucional, a superação de um modelo subjuntivo para o modelo de concreção está bem presente na metodologia de concretização das normas constitucionais proposta por Konrad Hesse e

jurídica, esta há-de ser uma ciência prática.” ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 13.

¹⁰ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 57.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. in RT 680 (1992:47-58), p. 53.

¹² STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma Nova Crítica do Direito. 2. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.595. Corroborando com a descrição que se vem de fazer sobre a evolução da metodologia jurídica ao contexto atual, registra STRECK que “a hermenêutica jurídica salta do paradigma reprodutivo para o paradigma produtivo” (p. 597) e “não restam dúvidas sobre o fato de que as decisões/sentenças interpretativas, aditivas ou redutivas são criadoras de Direito. Isto porque toda norma é sempre resultado da interpretação de um texto, com o que há sempre um processo de produção/adjudicação de sentido (Sinnggebung), e não de reprodução de sentido (Auslegung)” p. 593, grifos do autor.

Friedrich Müller. Para eles, o *texto* da norma constitucional não pode ser compreendido fora do seu *contexto*, isto é, dos dados apreendidos a partir da observação empírica do contexto (social) no qual incide a norma, que se vai compondo a partir dos elementos presentes na realidade social.¹³

Opera-se, assim, a cisão entre a *norma* e o *texto*, considerando-se o texto apenas o “primeiro elemento do processo de interpretação-concretização”, não significando que o texto ou a letra da lei já contenha a decisão do problema a ser resolvido pela aplicação da norma.¹⁴ Percebe-se, então, a interpretação como um processo complexo que inclui: (a) a análise do conteúdo semântico do texto, ponto de partida necessário; (b) o reconhecimento de que a norma não se identifica com o texto (“o texto da norma é o ‘sinal linguístico’; a norma é o que se ‘revela’ ou ‘designa’”)¹⁵; e (c) a delimitação do *âmbito normativo* (recorte fático), com atenção aos elementos relacionados com o problema a ser decidido.

A doutrina de Canotilho, influenciada pela obra de Friedrich Müller, foi entre nós muito difundida e define “programa normativo” como

o resultado de um processo parcial (inserido, por conseguinte, num processo global de concretização) assente fundamentalmente na *interpretação do texto* normativo. Daí que se tenha considerado o enunciado linguístico na norma como ponto de partida do processo de concretização (dados linguísticos).

Já o âmbito normativo é o resultado de

um segundo processo parcial de concretização assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma). Desta forma a norma jurídico-constitucional é um *modelo de ordenação orientado para uma concretização material*, constituído por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados linguísticos, e por um ‘campo’ de dados reais (factos jurídicos, factos materiais).¹⁶

¹³ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1993, pp. 106.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.141.

¹⁵ *idem*, p. 1.143

¹⁶ *idem*, p. 1.141-1.142.

Na síntese do próprio Müller, não é somente o dever-ser – o programa normativo – que contribui para a decisão do caso, mas também, no que diz respeito a uma série de normas, igualmente a estrutura material do seu âmbito de aplicação, i.e., da parcela de realidade social relacionada com a norma – o domínio da norma, ou âmbito normativo¹⁷.

A norma teria então seu enunciado concreto constituído após o cotejo entre o texto abstratamente considerado (dado linguístico) e o fato concreto que sofre sua incidência (dados da realidade). Destaca-se nesse processo de decisão dos casos concretos o papel fundamental exercido pelo intérprete da norma, que passa a exercer um papel ativo na construção da premissa maior, necessária para a implementação do raciocínio silogístico que diz o Direito para o caso.

Todos esse avanços que viabilizaram a conformação da norma à realidade subjacente foram fundamentais para o reconhecimento da categoria da “mutação” das normas constitucionais, pois no cerne da mutação está uma alteração fática (no contexto social) que implica uma alteração no sentido tradicionalmente atribuído à norma por meio da interpretação. Na síntese de Barroso,

coube à teoria constitucional alemã, em elaborações sucessivas, e à própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal. Essa admissão, é bem de ver, precisou superar a separação metodológica rígida entre o mundo do Direito (o dever-ser) e a realidade fática (o ser), imposta pelo positivismo jurídico. O impacto da passagem do tempo e das transformações históricas, políticas e sociais levou ao reconhecimento dessa específica categoria teórica que é a mutação constitucional.¹⁸

Para ilustrar o fenômeno da mutação, de modo genérico, podemos recorrer às decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana em

¹⁷ MÜLLER, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1993, pp. 106.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124-5.

matéria de igualdade e segregação racial, que são conhecidas de todos nós. Por mais de 50 anos, quando chamada a apreciar o tema da segregação racial vigente nos estados do sul dos Estados Unidos, a Suprema Corte firmou entendimento de que esta prática não atentava contra a Constituição. Em um famoso precedente, o caso *Plessy v. The State of Louisiana*, de 1896, a Suprema Corte considerou que a mera separação dos passageiros negros e brancos em vagões distintos não implica a inferiorização da raça negra e nem viola a *equal protection of the law*, porque os vagões operavam nas mesmas circunstâncias e condições. Este caso conduziu ao que veio a ser chamado de doutrina dos “iguais, mas separados” – *separate but equal* –, segundo a qual a segregação era válida desde que os serviços e locais acessíveis a brancos e negros tivessem a mesma qualidade.

Em 1951 que a Suprema Corte reviu este entendimento, no conhecido caso *Brown v. The Board of Education*, em que a Suprema Corte operou a mutação constitucional em decisão que, por 9-0, considerou a política de segregação racial nas escolas intrinsecamente desigual à luz da mesma *equal protection of the law* prevista na Constituição dos Estados Unidos.¹⁹

Observa-se que a mutação constitucional contempla a ideia de continuidade da ordem jurídica, mas também contém a ideia de adequação e correspondência do sistema ao estado de coisas subjacente. Parece intuitivo que, por mais “plástico” que seja o sistema, nem todo resultado interpretativo há de ser por ele tolerado. Com efeito, do reconhecimento de que a ciência do direito e a jurisprudência operam com juízos valorativos, não se pode deduzir que haja um campo livre para as convicções morais subjetivas dos operadores do direito²⁰.

Nesse sentido, se a mutação é remédio ou veneno, é algo que dependerá da dose. Não se pode ignorar os cuidados necessários para que o Tribunal, lançado mão de recursos interpretativos, chegue a soluções hermenêuticas em oposição ao sentido literal do texto, agindo como se estivesse investido do poder constituinte reformador. Na atual quadra do

¹⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

²⁰ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Hilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005. p. 40.

pensamento jurídico, o constitucionalismo no mundo ocidental se ocupa dos limites a serem reconhecidos às Cortes constitucionais na interpretação da Constituição, sobretudo naqueles casos em que o resultado interpretativo contraria o sentido semântico do texto constitucional (e.g., a literalidade do texto *veda* e a interpretação do Tribunal *autoriza*) ou inova completamente na ordem jurídica (a Constituição é *omissa* e o Tribunal afirma *positivamente* um direito), exercendo atribuição reservada não meramente ao legislador ordinário, mas ao próprio poder constituinte.

A atenção volta-se, então, aos limites da interpretação jurídica, pois vimos que a linguagem normativa empregada nas normas constitucionais é normalmente mais aberta e exige preenchimentos valorativos que, se não operados com bastante rigor técnico, podem dar margem ao subjetivismo e à arbitrariedade que os estados constitucionais, historicamente, desejam evitar²¹. A questão, como se percebe, é metodológica²² e remete ao problema da argumentação jurídica, por envolver o uso de regras *semânticas*, concernentes ao sentido das proposições elaboradas pelos participantes do discurso racional, e *pragmáticas*, dizendo a respeito ao comportamento dos participantes neste processo²³.

²¹ Para uma ilustração prática do problema dos limites, o interessante trabalho de LIMA (et alli) analisa um caso recente de proposta de mutação surgida no STF por conta da Rec. 4.335-5/AC, referente à competência do Senado Federal prevista no art. 52, inc. X, da CF/88, e chama a atenção justamente para os limites a serem reconhecidos a esta prerrogativa de os tribunais adequarem o sentido da norma à realidade subjacente. Alertam os autores que “...a viravolta linguística foi mal compreendida pela tese da mutação constitucional. O direito — compreendido no interior dessa ruptura paradigmática — não pode ser entendido como espaço de livre atribuição de sentido; essa questão assume especial relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário.”. Mais adiante, concluem: “Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.” Cf. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni, e STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso, capturado em http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso (acesso em 22/11/2015).

²² “...aquilo que se chama ‘metodologia jurídica’ tem por objeto em primeira linha a obtenção da premissa maior jurídica.” ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 115-6.

²³ ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. p.242.

O estudo da argumentação ultrapassa, em larga medida, os objetivos deste trabalho, que se propõe a definir e ilustrar alguns casos de mutação constitucional. No entanto, tratar da mutação sobreleva a capacidade de fixação do sentido das normas pelos tribunais²⁴. Isso implica uma atividade valorativa por parte do intérprete em face dos fatos que lhes são apresentados e, por isso, esta atividade postula um procedimento intersubjetivamente controlável. Este controle só pode ser proporcionado pelo recurso ao direito objetivo e, por tal razão, o raciocínio empregado precisa se fundar nas normas disponíveis no sistema que possam complementar a norma *interpretanda*.²⁵ Por exemplo, pode-se mencionar o julgado do Supremo Tribunal Federal que combinou a norma constitucional que protegia a “união estável entre homem e mulher” com o postulado da igualdade e com a proibição de discriminação em razão do sexo para reconhecer a proteção estatal às uniões homoafetivas²⁶.

A metodologia jurídica resultante da obra de Karl Larenz, consistente numa proposta de rigor científico para a interpretação e aplicação do Direito e também para a atividade valorativa em face da aplicação das normas abertas, sugere que

... o juiz concretize e especifique as diretrizes e os *critérios de valoração que lhe são previamente dados na lei*, mas também no direito jurisprudencial, tendo em vista a situação de fato a julgar, que precise e complemente, ponto por ponto, a situação de fato tomando em consideração os pontos de vista jurídicos que ache porventura adequados, e tal na justa medida e até o ponto em que nada mais se ofereça para uma decisão justa do caso²⁷. (grifamos)

²⁴ Cumprindo exaustivamente a tarefa de identificar as estruturas filosóficas, metodológicas e epistemológicas da decisão judicial: OLIVEIRA, Rafael Tomaz. “Decisão e História: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial” – Tese, Unisinos, São Leopoldo, 2013 (acessível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael%20Tomaz%20de%20Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

²⁵ Sobre a questão particular da técnica de decisão e dos limites hermenêuticos à atividade do STF na apreciação dos casos envolvendo a união homoafetiva (ADPF 132) e a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54), cf. AVILA, Ana Paula Oliveira. Técnicas de Decisão na Jurisdição Constitucional e a garantia de direitos fundamentais das minorias pelo STF. In Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica, Vol. 20, n. 2 (mai-ago 2015), pp. 595-627.

²⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 132. Plenário. Relator Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 out. 2011.

²⁷ LARENZ, 1989, op.cit., p. 167, neste particular citando FIKENTSCHER.

Esses “critérios previamente dados na lei” evidenciam aquilo que já parece indiscutível: o texto é o ponto de partida. Mesmo no texto das normas constitucionais mais abertas, que por vezes servem à objetivação de valores morais, se reconhece um conteúdo semântico mínimo, seja pelo uso convencional das expressões na linguagem corrente, seja pelo sentido técnico do termo desenvolvido pela jurisprudência e doutrina, que não são esquecidas por Larenz. É por isso que, entre as regras argumentativas se reconhece uma preferência aos argumentos textuais.²⁸

Mas é evidente que uma interpretação gramatical depende da estrutura semântica do texto, o que não serve de grande auxílio na norma que veicula, por exemplo, o princípio da igualdade, dada a fluidez em seu sentido *prima facie*, enquanto norma de decisão. Por isso os argumentos sistemáticos e contextuais serão preferíveis nesses casos, o que faz recair sobre o intérprete o ônus de conjugar a norma objeto da interpretação com outras normas do sistema a serem consideradas.

Este procedimento é obrigatório nas normas constitucionais, pois a relação de interdependência entre os seus elementos impede que se examine a norma isoladamente, devendo ela ser analisada sempre em relação ao conjunto em que está inserida. Isso permite compatibilizar, por exemplo, a norma que prevê genericamente a igualdade entre homens e mulheres com a norma que prevê tempo de serviço diferenciado entre homens e mulheres para fins de aposentadoria. Essa interdependência é a essência do postulado da unidade da Constituição, segundo o qual a Constituição é um todo unitário, e o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições entre suas normas²⁹.

Contudo há um consenso no sentido de que o resultado hermenêutico não deve contrariar a literalidade do texto, que, como visto, é o ponto de

²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista Diálogo Jurídico, nº. 5, 2001, p. 9. Captado em <http://www.direitopublico.com.br>; cf. também: Friedrich Müller, op. cit. p. 257. Sobre a ponderação envolvendo conceitos indeterminados no direito constitucional, cf. tb. AVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 112 e ss.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 192

partida da interpretação. Uma adaptação de sentido que contrariasse o texto da Constituição deixaria de ser uma mutação constitucional para se tornar uma “mutação inconstitucional”.³⁰ A preservação da titularidade do poder constituinte e da soberania popular exigiriam, neste caso, a própria alteração do texto constitucional pelas vias formais, pois “se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável”³¹.

Além desse limite textual, Barroso também adverte que a mutação, para ser legítima, deve respeitar outros dois limites: (a) a necessária conservação dos princípios estruturais da Constituição, à medida que somente são viáveis as mudanças interpretativas que preservem os princípios fundamentais que identificam um determinado Estado e (b) a mutação deve ter lastro democrático, no sentido de corresponder a uma demanda social efetiva por parte da sociedade³².

O tema envolve, portanto, a capacidade de adaptação das normas às demandas políticas, sociais e culturais verificadas no plano sociológico. Nesse quesito reside a maior importância do instituto da mutação, à medida que a prática dos tribunais pode, dentro dos limites mencionados, operar esse instituto de modo a atender uma agenda social que muitas vezes é relegada pelo Poder Legislativo, sobretudo quando se trata de proteção das minorias. Isso nos remete à segunda parte deste estudo, em que serão analisados casos de mutação constitucional operada por Cortes constitucionais como resposta ao desenvolvimento social na direção do combate à discriminação sexual.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

³¹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fábris Editor, 1991, p. 23.

³² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127-8.

2. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo no Supremo Tribunal Federal

Como visto, a mutação ocorre quando há alteração de sentido, no desenrolar do processo hermenêutico de concretização constitucional, decorrente de transformações no âmbito normativo em que o conteúdo semântico do texto positivado se insere. A evolução verificada na compreensão do sexo enquanto critério proibido para discriminação demonstra tal alteração constitucional sem modificação textual.

Ainda que a proibição de discriminação por motivo de sexo encontre previsão ao longo de nossa história constitucional³³ em textos com conteúdo semântico praticamente invariável³⁴, constata-se significativas e importantes alterações na concretização dessa norma constitucional.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal ilustram essa trajetória, como demonstram decisões proferidas relativas à discriminação por motivo de sexo. Percebe-se nelas que o termo “sexo”, positivado no direito constitucional, recebeu diversas interpretações, variando não somente quanto à realidade designada (a condição sexual dos indivíduos ou determinada prática sexual), como também quanto ao âmbito de proteção associado a essas categorias.

De fato, do universo de 93 julgamentos considerados³⁵, 83 deles interpretaram o termo sexo como “sexo biológico”, espalhados ao longo de todo o período; em 4 oportunidades, invocou-se a categoria “sexo” para

³³ A Constituição de 1934 já prescrevia a proibição de “privilegio de sexo”, no parágrafo 1º do artigo 102.

³⁴ As Constituições de 1937 e de 1946, ao tratar do direito geral de igualdade, nada registram quanto a proibições de discriminação por motivo de sexo; todavia, registram a distinção de sexo, ambas, na parte relativa a alistamento militar e, somente a segunda, quando veda diferença salarial; já as Cartas de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também ao disporem sobre a igualdade perante a lei explicitavam a proibição de distinção por motivo de sexo.

³⁵ A amostra utilizada nesse estudo corresponde aos registros resultantes da pesquisa do termo “sexo” no sítio do Supremo Tribunal Federal, por meio da ferramenta de pesquisa disponível na rede mundial de computadores. Foram totalizados 102 registros (no período que vai de 1953 a março de 2015), além da inclusão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que concluiu pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Desse universo, foram dez registros (8 em que o termo sexo não se refere à identidade ou condição sexual, mas à prática de determinado ato penalmente imputado e 2 em que o termo somente aparece nas referências bibliográficas indicadas no julgamento, sem guardar relação com o debate ocorrido).

discorrer sobre gênero. Também se verificou a menção ao sexo como critério constitucional protetivo da orientação sexual (5 vezes, a partir de 2011) e de identidade de gênero (2 vezes, ambas em 2014).

Delineado esse quadro, constata-se uma alteração de sentido na compreensão do termo no direito constitucional brasileiro, o que não é infirmado pela predominância da compreensão biológica do termo. Gize-se que a mutação constitucional não deixa de existir simplesmente por perdurar determinada compreensão ao longo do tempo, pois os novos sentidos que se verificam conduzem a resultados não só diversos dos anteriores, como também rejeitados no passado.

Assim, a mutação constitucional ocorre, ainda que de modo conceitualmente tenso e imperfeito, quando a jurisprudência constitucional, de um lado, compreende o sexo biológico e o gênero como determinações essenciais e rígidos entre homens e mulheres e, de outro, admite a possibilidade de mudança de sexo sem cirurgia no caso de transgêneros. Com efeito, para a verificação do fenômeno da mutação importa, mais do que a coerência conceitual e o rigor lógico no manuseio dos termos e conceitos, a efetiva alteração da interpretação, revelada pelos resultados jurídicos diversos que, conforme a compreensão anterior, eram excluídos.

Nesse momento, é necessário indicar a compreensão corrente desses conceitos sob os quais a jurisprudência é agrupada e que servem de indicador da mutação constitucional aqui investigada. Por economia e em homenagem à clareza, valemo-nos da expertise de Maria Luiza Heilborn e Elizabeth Zambrano, em síntese precisa e direta:

O senso comum considera que uma pessoa, ao ser classificada como homem ou mulher (sexo biológico), terá, naturalmente, o sentimento e o comportamento masculino ou feminino (identidade/papel de gênero) e o seu desejo sexual será dirigido para pessoas do sexo e/ou gênero diferente do seu (orientação heterossexual). Esses três elementos - sexo, gênero e orientação - são pensados, em nossa cultura, como estando sempre combinados de uma mesma maneira - homem masculino heterossexual ou mulher feminina heterossexual. É possível, entretanto, inúmeras combinações entre eles. Uma delas é a homossexualidade, termo referente a pessoas que praticam sexo com pessoas do mesmo sexo. Essas pessoas têm

orientação sexual diferente da esperada para o seu sexo e gênero, mas isso, não necessariamente, indica uma mudança de 'identidade de gênero'. Elas não se percebem nem são percebidas pelos outros como de um gênero (masculino ou feminino) diferente do seu sexo (homem ou mulher), mesmo com comportamentos considerados ambíguos (homem afeminado ou mulher masculinizada).

Já homens que fazem uso de roupas e modificações corporais para se parecer com uma mulher, sem buscar uma troca de sexo cirúrgica são considerados travestis. Travestis, aceitando seu corpo biológico de homem (embora modificado, às vezes, pelo uso de hormônios femininos e/ou implantes de silicone) e se percebendo como mulheres, reivindicam a manutenção dessa ambigüidade corporal, considerando-se, simultaneamente, homens e mulheres; ou se vêem 'entre os dois sexos' nem homens, nem mulheres. Todos, porém, se percebem como tendo uma identidade de gênero feminina.

Outra combinação possível diz respeito aos transexuais, pessoas que afirmam ser de um sexo diferente do seu sexo corporal e fazem demanda de 'mudança de sexo' dirigida ao sistema médico e judiciário.

É muito comum homossexuais, travestis e transexuais serem percebidos como fazendo parte de um mesmo grupo, numa confusão entre a orientação sexual (homossexualidade, heterossexualidade, bissexualidade) e as 'identidades de gênero' (homens masculinos, mulheres femininas, travestis, transexuais femininos e masculinos, entre outras).

Todos os indivíduos que reivindicam um gênero que não apoiado no seu sexo podem ser chamados de 'transgênero'. Estariam incluídos aí, além de transexuais que realizaram cirurgia de troca de sexo, travestis que reconhecem seu sexo biológico, mas têm o seu gênero identificado como feminino; travestis que dizem pertencer a ambos os sexos/gêneros e transexuais masculinos e femininos que se percebem como homens ou mulheres mas não querem fazer cirurgia. A classificação de suas práticas sexuais como homo ou heterossexuais estará na dependência da categoria que estiver sendo considerada pelo indivíduo como a definidora de sua identidade (o sexo ou o gênero)."³⁶

É o que demonstram, na jurisprudência coletada, alguns precedentes emblemáticos, agrupados conforme as compreensões do texto constitucional como “sexo biológico”, “gênero”, “orientação sexual” e “identidade de gênero”:

(a) Sexo como “sexo biológico”

³⁶ HEILBORN, Maria Luiza e ZAMBRANO, Elizabeth. “Identidade de gênero”. In: Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Antônio Carlos de Souza (org.), Rio de Janeiro/Brasília: Contracapa, Associação Brasileira de Antropologia, LACED, 2012, p. 412-419.

Como referido, a compreensão da proteção constitucional antidiscriminatória por motivo de sexo é, de modo contínuo, compreendida como proibição de discriminação relativa “às diferenças entre homens e mulheres, mas também à forma como homens e mulheres se relacionavam”³⁷. Nos últimos dois séculos, o termo passou a ter um sentido mais preciso, dizendo respeito às características biológicas que diferenciam homens e mulheres, tidas como imutáveis e inatas³⁸.

De fato, a parcela mais significativa dos julgados pesquisados reproduz esse sentido, em casos acerca de tratamento diferenciado entre homens e mulheres em concursos públicos e na previdência social.

Tal compreensão biológica e essencialista do sexo ganha maior clareza e explicitação quando o tribunal foi confrontado com pleito de retificação de registro de nascimento em indivíduo submetido a intervenção cirúrgica transgenitalizadora. Em julgamento ocorrido em 1981, foi indeferido o pleito em que Aírton, do sexo biológico masculino, submetido aos respectivos procedimentos médicos, requereu alteração registral para passar a ser Jacqueline, do sexo feminino. Mesmo diante da alteração corporal, relacionada ao diagnóstico médico de disforia de gênero, foi dito que “sendo o autor incontroversamente do sexo masculino, ainda que agora emasculado (autêntico eunuco), incabível se afigura a alteração...”³⁹.

(b) Sexo como “gênero”

Com o tempo, a jurisprudência passou a atribuir um novo sentido à proteção antidiscriminatória por motivo de sexo, sem alteração do texto constitucional. Mesmo sem a introdução do termo “gênero” no texto normativo, esse dado cultural foi juridicamente reconhecido e protegido por meio da atribuição de novo sentido ao termo sexo, agora diverso de sexo biológico.

³⁷ WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: O corpo Educado: pedagogias da Sexualidade. 3ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

³⁸ BEASLEY, Chris. Gender & Sexuality: Critical Theories, Critical Thinkers. In: Gender & Sexuality, London: SAGE Publications, 2006.

³⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal. AI 82517 SP Segunda Turma, Rel. Min. Cordeiro Guerra, julgado em 28/4/1981, p. 8.

Outro dado a destacar nesse processo de mutação constitucional é que a nova leitura do texto constitucional, referindo-se não mais às realidades biológicas do macho e da fêmea, mas sim às expectativas, às representações sociais e aos comportamentos masculinos e femininos, não se apresentou de modo uniforme, pelo menos quanto às suas finalidades. Com efeito, a compreensão corrente nas ciências humanas e sociais refere-se ao gênero como uma categoria apta a

“enfatizar o caráter fundamentalmente social das diferenças baseadas no sexo, buscando uma rejeição do determinismo biológico implícito e enfatizando o aspecto relacional das definições normativas da feminilidade. Gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder. Para que uma nova história pudesse ser construída, não a história das mulheres, mas uma história que incluísse as mulheres, era necessário a inclusão de gênero como uma categoria de análise”⁴⁰.

Nessa linha de compreensão, há julgamentos que, invocando o vocábulo “sexo”, ora referiram-se à masculinidade e à feminilidade para cristalizar e confinar homens e mulheres em determinados papéis sociais (gênero), legitimando explicitamente a dominação masculina, ora para pugnam pela superação desse quadro, abrindo espaço para a transformação dos papéis de gênero, ora denunciando a injustiça sexual.

Nesse contexto, é muito interessante perceber como o princípio da igualdade é simultaneamente veiculado para justificar tais posturas antagônicas, o que revela quão imprescindível é ter claro o conteúdo material do princípio isonômico, sem o que essa indesejável e esvaziadora invocação camaleônica da igualdade acontece⁴¹.

Pinçamos, de modo ilustrativo, alguns julgados em que esse movimento hermenêutico está estampado.

De um lado, na direção da cristalização conservadora dos papéis de gênero sobressaem julgamentos pela exclusividade da mulher enquanto

⁴⁰ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Revista Educação e Realidade, n. 20, jul./dez., 1995, p. 71-99.

⁴¹ Rios, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

parteira prática⁴², pela reificação de condição de esposa como função precípua na ordem social⁴³ e mediante a explícita veiculação de representações machistas e inferiorizantes do sexo feminino⁴⁴, ainda que a pretexto de protegê-lo⁴⁵.

De outro lado, interpretando a proibição de discriminação por motivo de sexo como norma jurídica que objetiva superar relações de poder injustas no campo das relações de gênero, destaca-se o julgamento⁴⁶ pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha⁴⁷. De modo muito explícito, os julgadores valeram-se de referenciais históricos, sociológicos e jurídicos em que a dimensão de gênero nas relações entre homens e mulheres afasta-se claramente da perspectiva biológica⁴⁸.

Com efeito, diversos votos proferidos em tal julgamento tiveram a oportunidade de veicular considerações de tal jaez, como demonstram as manifestações dos Ministros Toffoli, Ayres Britto e Celso de Mello. O primeiro mencionou a história do direito brasileiro até 1830, que possibilitava ao homem casado matar sua mulher e o adúltero, caso achada em adultério, salvo se o marido fosse peão e o adúltero fidalgo; o segundo, transcreveu citações de Pierre Bourdieu, firmes no caráter político e cultural, não biológico, das relações de dominação entre homens e mulheres; o terceiro, por sua vez, reproduziu trechos da Plataforma de Ação da Conferência Internacional sobre

⁴² Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 9963, Relator Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 28/11/1962, DJ 17-12-1963 PP-04448.

⁴³ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 44095, Relator Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/07/1960, ADJ DATA 21-08-1961 PP-00285.

⁴⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 2683, Relator Min. CÂNDIDO MOTTA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 02/10/1957, DJ 19-12-1957 PP-00065.

⁴⁵ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 42514, Relator Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/1965, DJ 08-12-1965 PP-03583.

⁴⁶ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424, Plenário, Relator Min. MARCO AURÉLIO, DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014.

⁴⁷ Brasil, Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial da União, Brasília, 8 ago. 2006.

⁴⁸ O voto do Ministro Toffoli mencionou a história do direito brasileiro até 1830, que possibilitava ao homem casado matar sua mulher e o adúltero, caso achada em adultério, salvo se o marido fosse peão e o adúltero fidalgo; o voto do Ministro Ayres Britto transcreveu citações de Pierre Bourdieu, firmes no caráter político e cultural, não biológico, das relações de dominação entre homens e mulheres; o voto do Ministro Celso de Mello, por sua vez, reproduziu trechos da Plataforma de Ação da Conferência Internacional sobre a Mulher, enfatizando como a violência contra a mulher é fruto da história e de hábitos culturais que perpetuam a condição de inferioridade conferida à mulher no seio da família, no local de trabalho, na comunidade e na sociedade.

a Mulher, enfatizando como a violência contra a mulher é fruto da história e de hábitos culturais que perpetuam a condição de inferioridade conferida à mulher no seio da família, no local de trabalho, na comunidade e na sociedade.

(c) Sexo como “orientação sexual”

A atribuição de novo sentido ao texto constitucional não se limitou à mutação hermenêutica do “sexo biológico” ao “gênero”, foi além. Num terceiro momento de alteração informal, a proibição de discriminação por motivo de sexo passou a significar mandamento constitucional proibitivo de discriminação por motivo de orientação sexual. O precedente que, de modo singular, firmou essa interpretação foi a Arguição de Descumprimento Fundamental nº 132⁴⁹, cujos termos ementados já demonstram esse momento hermenêutico.

Com efeito, embora de início tenha adotado exegese do termo sexo como dado essencialmente biológico, anátomo-fisiológico distintivo de homens e mulheres⁵⁰, percebe-se no voto condutor uma outra conotação:

“...a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim

⁴⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 132. Plenário. Relator Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 out. 2011.

⁵⁰ Quanto ao ponto, não há dúvida diante da clareza expressada no voto, ao afirmar que “o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado.”

como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos.”⁵¹

É fácil perceber que o julgado transcendeu à concepção biológica (anátomo-fisiológica) das expressões “homem” e “mulher” para vislumbrar na letra do texto constitucional (e partindo do vocábulo “sexo”), uma proteção para a orientação sexual, em particular, para a homossexualidade, de modo a integrar, no sentido atribuído àquelas expressões, a própria vedação de discriminação em razão do sexo contida no art. 3º, inc. IV da Constituição.

(d) Sexo como “identidade de gênero”

Por fim, nesse itinerário hermenêutico mutante, nota-se recente e importante alteração de sentido na interpretação do “sexo” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da possibilidade de proteção jurídica da “identidade de gênero” vinculada à proteção constitucional referente ao sexo.

O Tribunal, em duas oportunidades⁵², reconheceu a relevância jurídica e social de recursos extraordinários envolvendo transexuais, admitindo a identidade de gênero como significado possível da proteção constitucional conferida ao sexo na ordem jurídica vigente. Assim fazendo, de modo claro e incontestado, procedeu à mutação constitucional, uma vez que admite proteção jurídica relacionada ao sexo antes expressamente rejeitada em sua jurisprudência.

É o que se pode constatar nas razões que conduziram as decisões de admissibilidade da repercussão geral nos recursos acima aludidos. De fato, o relator do RE 845.779 RG/SC foi explícito ao associar a transexualidade não somente à identidade sexual do indivíduo, como ao formular a questão constitucional como “...saber se uma pessoa pode ou não ser tratada

⁵¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 132. Plenário. Relator Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 out. 2011.

⁵² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 845.779. Plenário. Relator Min. Roberto Barroso, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>, acesso em 10 de março de 2015; Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 670.422. Plenário. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>, acesso em 10 de março de 2015.

socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente”; por sua vez, diante do RE 670.422 RG/RS, a maioria, liderada pelo relator, adotou consideração segundo a qual a busca da adequação da identidade de sexo à identidade de gênero é matéria com repercussão além da esfera jurídica da recorrente, relacionando de forma explícita a compreensão constitucional do termo “sexo” à identidade de gênero.

Considerações finais

Nessa reflexão, objetivou-se analisar o fenômeno da mutação constitucional, enfatizando a necessidade e a capacidade de adaptação do texto constitucional às mudanças nas condições fáticas pela via interpretativa. Com efeito, a mutação, enquanto técnica, resulta de um grande esforço metodológico empregado na superação da lógica positivista/legalista de culto aos textos, que preconizava a ordenação da vida social por meio de processos eminentemente dedutivos, manifestados na interpretação literal do texto e no método de subsunção das normas. O que substituiu esta forma de aplicar (e de pensar) o Direito foi uma metodologia que implica a construção do significado da norma (concreção), para a qual contribuem ativamente o aplicador e também os elementos valorativos presentes na situação regulada pela norma. Com isso, se pretende que o ordenamento ofereça aos operadores as ferramentas necessárias para que o Direito atenda, de modo adequado, ao dinamismo das relações interpessoais necessárias para a vida em sociedade.

Viu-se que a mutação, para exteriorizar-se como um processo legítimo de interpretação da norma, exige que a atividade do intérprete respeite limites linguísticos e institucionais, tendo o cuidado de que, na interpretação evolutiva ou criadora de novos significados, o resultado hermenêutico não seja contrário ao sentido *prima facie* do enunciado.

Nesse particular, observou-se que as Cortes são confrontadas por demandas que implicam alterações no modo como a constituição é

interpretada e aplicada enquanto norma de decisão. É interessante notar, por meio da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa à “proibição de discriminação em razão do sexo”, a norma de decisão envolvendo a aplicação desses textos assumiu feição diversa do contexto anterior, conduzindo a concretização antes rejeitada sem, contudo, contrariar o enunciado da norma.

Nessa quadra histórica, envolvendo avanços democráticos no campo da sexualidade e das relações de poder entre os gêneros, observou-se uma (r)evolução jurisprudencial em temas que o Legislativo conduz a passos muito lentos (se tanto), sobretudo no que diz respeito ao reconhecimento de direitos a grupos minoritários, como são os homossexuais, transgêneros e afins.

A evolução da jurisprudência constitucional brasileira revela inegável e necessária função democrática desempenhada pela mutação constitucional dentro das balizas teoricamente propostas. Ela possibilita, na prática, que demandas de justiça avancem em contextos em que majorias conservadoras agem deliberadamente para manter estruturas de dominação em dimensões da vida, tais como gênero e sexualidade, em que predominam preconceito e discriminação.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Hilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

AVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009,

AVILA, Ana Paula Oliveira. Técnicas de Decisão na Jurisdição Constitucional e a garantia de direitos fundamentais das minorias pelo STF. In Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica, Vol. 20, n. 2 (mai-ago 2015), pp. 595-627.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista Diálogo Jurídico, nº. 5, 2001, p. 9. Captado em <http://www.direitopublico.com.br>; cf. também: Friedrich Müller, op. Cit. P. 257.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Interpretação e Aplicação da Constituição. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEASLEY, Chris. Gender & Sexuality: Critical Theories, Critical Thinkers. In: Gender & Sexuality, London: SAGE Publications, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ENGISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

HEILBORN, Maria Luiza e ZAMBRANO, Elizabeth. “Identidade de gênero”. In: Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Antônio Carlos de Souza (org.), Rio de Janeiro/Brasília: Contracapa, Associação Brasileira de Antropologia, LACED, 2012, p. 412-419.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fábris Editor, 1991, p. 22.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni, e

STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. Capturado em http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso, acesso em 22/11/2015.

MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. in RT 680 (1992:47-58).

MÜLLER, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1993.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. "Decisão e História: uma exploração da experiência juridical a partir das estruturas basais da decisão judicial" – Tese, Unisinos, 2013 (disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael%20Tomaz%20de%20Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

POUND, Roscoe. Law in Action and Law in Books. 44 American Law Review 12(1910), p. 12, capturado em HeinOnline.org.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Revista Educação e Realidade, n. 20, jul./dez., 1995, p. 71-99.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma Nova Crítica do Direito*. 2. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo, Ed. RT, 1977.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: *O corpo Educado: pedagogias da Sexualidade*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. F.C.G., Lisboa, 2ª ed., 1967.