

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

SILVAGNER ANDRADE DE AZEVEDO

**RECONHECIMENTO JUDICIAL DA UNIÃO ENTRE
PESSOAS DO MESMO SEXO COMO UNIÃO ESTÁVEL E
ENTIDADE FAMILIAR: CRIAÇÃO DO DIREITO OU
EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO?**

VITÓRIA
2011

SILVAGNER ANDRADE DE AZEVEDO

**RECONHECIMENTO JUDICIAL DA UNIÃO ENTRE
PESSOAS DO MESMO SEXO COMO UNIÃO ESTÁVEL E
ENTIDADE FAMILIAR: CRIAÇÃO DO DIREITO OU
EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Alexandre de Castro Coura

VITÓRIA
2011

SILVAGNER ANDRADE DE AZEVEDO

**RECONHECIMENTO JUDICIAL DA UNIÃO ENTRE
PESSOAS DO MESMO SEXO COMO UNIÃO ESTÁVEL E
ENTIDADE FAMILIAR: CRIAÇÃO DO DIREITO OU
EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em _____.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Orientador

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

AGRADECIMENTOS

À minha família, que me proporcionou bases sólidas para o meu desenvolvimento intelectual, emocional e humano.

Aos meus colegas de turma, em especial Chandler, Letícia e Renata, pelos momentos de cumplicidade, colaboração e amizade, que contribuíram para transformar a minha experiência acadêmica em um momento de grande crescimento pessoal.

Ao meu orientador, professor Doutor Alexandre de Castro Coura, pela paciência, dedicação e, principalmente, por me orientar em direção a um conhecimento possível, profundo e instigante.

Aos professores da FDV, em especial as professoras Elda, Paula e Gilsilene, pela disponibilidade e por me motivarem, como o vigor de suas aulas, para a vida acadêmica.

Ao amigo Bruce, pelos incontáveis momentos de apoio e incentivo, por meio dos quais foi possível concluir de forma plena este trabalho de pesquisa.

"Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza".

Boaventura de Souza Santos

RESUMO

A pesquisa investiga a legitimidade do reconhecimento judicial das uniões entre pessoas do mesmo sexo com união estável, caracterizadas dessa forma como entidades familiares. Parte da hipótese de que esse reconhecimento judicial não configura criação do direito, o que implicaria uma decisão ilegítima sob a perspectiva da separação de poderes, mas decorre da aplicação de normas constitucionais pré-existentes à demanda posta à apreciação do Poder Judiciário, bem como da efetivação de direitos fundamentais de minorias. Diante da constatação preliminar de que essa suposta criação é afetada pela inexistência de consenso acerca do que seja o direito, analisa duas concepções teóricas do direito: o positivismo jurídico de H.L.A. Hart e o *direito como integridade*, de Ronald Dworkin. Verifica que as duas concepções investigadas respondem de forma diferente à questão proposta. À luz da teoria jurídica de Ronald Dworkin, marco teórico desta pesquisa, a hipótese de trabalho é parcialmente ratificada, podendo-se inferir que o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo não se configura, necessariamente, criação do direito. Examina, na sequência, que esse reconhecimento decorre da aplicação de normas constitucionais e da efetivação de direitos fundamentais de minorias, em decorrência dos preceitos do constitucionalismo moderno, confirmando a hipótese em sua totalidade. Por fim, propõe a análise, sob a perspectiva teórico-jurídica apresentada, de casos concretos envolvendo o reconhecimento judicial de uniões entre pessoas do mesmo sexo, que já foram ou que estão prestes a ser julgados pelas instâncias superiores do Poder Judiciário nacional, especificamente pelo Tribunal Superior Eleitoral, que julgou em 2004 o Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, e pelo Supremo Tribunal Federal, que se encontra na iminência de julgar a ADPF nº 132.

Palavras-chave: União estável. Reconhecimento judicial. Homossexualidade. Igualdade. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The research investigates the legitimacy of judicial recognition of unions between same-sex people, thus characterized as family entities. The hypothesis is that this recognition does not constitute judicial creation of law, implying an illegitimate decision from the perspective of separation of powers, but stem from the constitutional pre-existing demand placed on the assessment of the judiciary and the enforcement of fundamental rights of minorities. Given the preliminary finding that the alleged creation is affected by the lack of consensus about what is law, examines two theoretical conceptions of law: legal positivism of H.L.A. Hart and *law as integrity* of Ronald Dworkin. Notes that the two concepts investigated respond differently to the question posed. In light of the legal theory of Ronald Dworkin, the theoretical framework of this research, the working hypothesis is partially ratified, it can be inferred that the judicial recognition of unions between same sex people does not result necessarily creation of law. Examines, in sequence, this recognition stems from the application of constitutional norms and the enforcement of fundamental rights of minorities, due to the precepts of modern constitutionalism, confirming the hypothesis in its entirety. Finally, consider the analysis, in the theoretical and legal perspective presented, of cases involving the legal recognition of unions between same-sex people, who have been or are about to be judged by the higher instance of national judiciary, specifically by Superior Electoral Court, which ruled in the 2004 the Election Special Appeal No. 24,564, and the Supreme Court, which is about to judge the ADPF No. 132.

Keywords: Stable union. Judicial recognition. Homosexuality. Equality. Fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DE HART A DWORKIN: AFINAL, “O QUE É O DIREITO?”	20
1.1 O CONCEITO DE DIREITO PARA H. L. A. HART: O PONTO DE PARTIDA PARA A TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN.....	22
1.2 A CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO DE HART.....	32
1.3 O QUE FAZER DIANTE DE CASOS DIFÍCEIS? DWORKIN E UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL ALTERNATIVA À DISCRICIONARIEDADE PROPOSTA PELO POSITIVISMO JURÍDICO.....	40
1.4 O “DIREITO COMO INTEGRIDADE”, A PROPOSTA DE DWORKIN AO DILEMA “O QUE É O DIREITO?”.....	49
1.4.1 A “interpretação construtiva” e o direito como prática social interpretativa	56
1.4.2 O integridade no direito e a tese do “romance em cadeia”	60
1.5 RETOMANDO A PERGUNTA INICIAL.....	66
1.5.1 Uma resposta à luz da teoria de Hart	66
1.5.2 Uma resposta à luz da teoria de Dworkin	68
2 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: A (I)LEGITIMIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS CONTRAMAJORITÁRIAS NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	71
2.1 DEMOCRACIA: PARA ALÉM DA REGRA DA MAIORIA.....	75
2.2 DESAFIOS PARA UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ADEQUADA AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	86
2.3 LEGISLATIVO <i>VERSUS</i> JUDICIÁRIO: EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS CONTRAMAJORITÁRIAS.....	90
2.4 REFLEXÕES E LIÇÕES ACERCA DA AFIRMAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE RACIAL NOS ESTADOS UNIDOS.....	95
3 IDENTIDADE HOMOSSEXUAL, INCLUSÃO E IGUALDADE: POR UMA (RE)CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO ADEQUADA AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	103
3.1 A NATUREZA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO MODERNO.....	110
3.2 IDENTIDADE HOMOSSEXUAL E RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	114

4 PARA UMA APLICAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO SISTEMA JURÍDICO: REFLEXÕES CONCRETISTAS ACERCA DA IGUALDADE NOS JULGAMENTOS DO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 24.564/2004 E DA ADPF 132 À LUZ DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE”	122
4.1 O RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 24.564: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FUNDAMENTAÇÃO.....	127
4.2 A ADPF Nº 132: O STF DIANTE DE UM “CASO DIFÍCIL”.....	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
REFERÊNCIAS	149

INTRODUÇÃO

Em sua 14ª edição, a Parada do Orgulho LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) de São Paulo, realizada em 06 de junho de 2010, reuniu cerca de 3,5 milhões de pessoas na mais importante avenida do país. Atualmente, além do *reveillon* e da Corrida de São Silvestre, esse é o único evento autorizado pela prefeitura da Cidade de São Paulo a se realizar na Avenida Paulista, o que revela a importância e a dimensão adquirida por essa manifestação social.

Desde sua primeira edição, em 1997, quando 2.000 pessoas reuniram-se para celebrar a data mundialmente reconhecida como o dia de luta pelos direitos civis da população LGBT¹, o evento tem aumentado a cada ano e hoje é considerada a maior parada do orgulho gay do mundo. Naquele ano, uma frase era repetida ao som de música eletrônica e irreverentes fantasias: “Somos muitos e estamos em todas as profissões!”²

Criada inicialmente com o intuito de conferir visibilidade à população LGBT, celebrar a diversidade sexual e protestar contra atos de discriminação direcionados àquele grupo social, a Parada do Orgulho LGBT de São Paulo transformou-se na maior manifestação sócio-político-cultural reivindicadora de direitos de cidadania da população LGBT no Brasil. A cada ano, temas como “Parceria civil, já! Direitos iguais: nem mais, nem menos!” (2005); “Homofobia é crime! Direitos sexuais são direitos humanos!” (2006); “Sem homofobia, mais cidadania – pela isonomia de direitos!” (2009); incorporam-se ao movimento de reconhecimento social dos direitos fundamentais daquela população. Em 2010, o tema que acompanhou o clima de festa e irreverência foi: “Vote contra a homofobia, defenda a cidadania!”, em apoio ao Projeto de Lei da Câmara – PLC Nº 122/2006, em tramitação no Congresso Nacional e que visa criminalizar atos de homofobia.

¹ A recente história de luta dos homossexuais por direitos iguais tem seu marco em 1969, quando, no bar *Stonewall Inn* em Nova York, ocorreu uma série de violentos conflitos entre homossexuais e a polícia. Iniciados em 28 de junho daquele ano, os conflitos duraram vários dias e são largamente reconhecidos como o evento catalizador dos modernos movimentos sociais em defesa dos direitos civis de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBT). Esses conflitos, que ficaram conhecidos como os tumultos de *Stonewall*, deram origem também aos movimentos de celebração do orgulho gay em todo mundo.

² Disponível em: <<http://www.paradasp.org.br/historico.php>>. Acesso em 24 out. 2010.

O processo de reconhecimento social dos direitos fundamentais da população LGBT, para além da mera visibilidade e protesto, adquiriu feições político-jurídicas. Saiu das ruas e alcançou os tribunais. No Brasil, o reconhecimento judicial das uniões entre pessoas do mesmo sexo constitui-se um dos grandes debates jurídicos da atualidade.

Na análise e interpretação dos dispositivos legais que regulamentam a união estável (Artigo 226, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³; e artigo 1.723 do Código Civil de 2002⁴), juristas têm divergido acerca de sua aplicação aos casos em que casais homossexuais pleiteiam igual reconhecimento estatal para suas relações. Para muitos, o óbice semântico da expressão “entre o homem e a mulher”, presente tanto na Constituição como no Código Civil, é intransponível e limita qualquer possibilidade de divergência. Nessa perspectiva, argumenta-se que “a regra é clara” e que o reconhecimento como entidade familiar de uma união entre pessoas do mesmo sexo dependeria de emenda constitucional que alterasse textualmente aquela expressão. Entretanto, a discussão e divergência jurídicas sobre o tema vão além de significados semânticos de termos e expressões legais; revelam, sobretudo, aspectos relacionados à concepção do que seja o próprio direito, à hermenêutica constitucional e aos direitos fundamentais de minorias.

Uma manifestação emblemática dessa discussão acerca dos reflexos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo ocorreu em 2004: o Tribunal Superior Eleitoral negou o registro de candidatura à Prefeitura de Viseu, município do Estado do Pará, para uma Deputada Estadual que mantinha uma relação afetiva estável com a então atual prefeita, sob o fundamento de afronta ao artigo 14, § 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que proíbe aos cônjuges de Presidente da República, Governadores e Prefeitos concorrer em eleições a qualquer cargo eletivo.

³ “Para efeitos 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” (BRASIL, 2010a, p. 72).

⁴ “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 constituir família” (BRASIL, 2010b, p. 288).

Uma constatação da divergência de entendimentos em decisões judiciais que envolvem as uniões entre pessoas do mesmo sexo é o conteúdo do próprio acórdão, sobre esse mesmo caso, proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Pará e reformado pelo Tribunal Superior Eleitoral, indicando que a regra de inelegibilidade inserida no artigo 14, § 7º da Constituição “... não atinge, nem mesmo de maneira reflexa, as relações homossexuais, por não se enquadrar no conceito de relação estável, diante do silêncio eloquente contido no seu artigo 226, § 3º” (REVISTA DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE, 2006, p. 236).

Em 2006, outra manifestação jurisdicional revelou o entendimento de um ministro do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.300⁵, o ministro Celso de Mello admitiu a extrema importância jurídico-social da tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Reavivando o atual debate sobre o tema, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, proposta em 2008 pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, tramita no Supremo Tribunal Federal e pleiteia o reconhecimento de que o regime jurídico da união estável também deva se aplicar à união estável entre pessoas do mesmo sexo de funcionários civis do Estado do Rio de Janeiro. Solicita também a declaração de que as decisões judiciais em contrário ao propugnado violam preceitos fundamentais. Os argumentos utilizados sustentam que o tratamento jurídico discriminatório muitas vezes conferido às uniões entre pessoas do mesmo sexo não encontra respaldo na Constituição Federal.

Outra manifestação da atual controvérsia sobre o assunto junto ao Supremo Tribunal Federal é a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade Nº 4.277, proposta em 2009 pela Procuradora Geral da República, Deborah Duprat. A ação pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do Artigo 1.723 do Código Civil de 2002 e requer o

⁵ Essa ação foi proposta pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e questionou a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.278/96, que, regulando o artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, mantinha a expressão “homem e mulher” para efeito de proteção estatal da união estável. Todavia, a referida norma foi derogada pela superveniência do Art. 1.723 do novo Código Civil de 2002. Por uma questão formal (impugnação de norma já revogada) o processo foi extinto sem o julgamento do mérito.

reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, conforme estabelecido no próprio Código Civil. Além disso, solicita que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal não se manifesta acerca do tema, casais homossexuais continuam “batendo” às portas dos tribunais solicitando o reconhecimento jurídico de suas relações afetivas. Diante de demandas dessa natureza – e na ausência de regras específicas sobre o tema – o Judiciário tem se manifestado, grosso modo, de três maneiras.

A primeira delas argumenta a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a vedação imposta pela “literalidade” do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, que, nessa visão, restringiria a união estável apenas àquela estabelecida entre o homem e a mulher, exclusivamente. Esse foi o pressuposto adotado pelo TRE ao julgar o caso da inelegibilidade em Viseu-PA. Tal entendimento é presente também em algumas decisões judiciais nas quais a impossibilidade jurídica do pedido deve-se ao fato de que diante da norma expressa, contida no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher, revelando-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo⁶. O óbice semântico dessa expressão limitaria qualquer outro entendimento sobre o tema.

Uma segunda corrente aponta para a interpretação analógica dos dispositivos constitucionais referentes à união estável, que supriria a “lacuna legislativa” com a equiparação dos relacionamentos afetivos e duradouros entre pessoas do mesmo sexo às sociedades de fato, caracterizando essas relações apenas pelo seu vínculo econômico comum. A competência desse tipo de ação seria, portanto, das varas cíveis. De acordo com essa interpretação, não há que se falar em direitos

⁶ TJ/MG – AC 1.0024.04.537121-8/002, Des. Domingos Coelho, j. 24 mai. 2006.

sucessórios ou naqueles advindos analogamente de uma união estável heterossexual.

Argumenta-se que a união entre pessoas do mesmo sexo não é considerada no direito pátrio como união estável e, portanto, não tem a natureza de uma entidade familiar. Todavia, nesse entendimento, isso não impede que a referida união possa configurar-se como sociedade de fato, de natureza cível, com amparo do disposto no artigo 981 do Código Civil: “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (BRASIL, 2010b, p. 219).

Alguns manuais de Direito Civil afirmam expressamente esse entendimento: “[...] as uniões entre pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato” (VENOSA, 2003, p. 459). Isso deveria ocorrer, segundo esse pensamento, até que o Legislativo se manifestasse expressamente acerca do tema, quando, então, casais homossexuais teriam seus direitos reconhecidos: “há projetos que buscam outorgar direitos a essas uniões. Aguardemos, pois, o curso da História” (VENOSA, 2003, p. 460). Decisões judiciais que se fundamentam nesse entendimento reconhecem a incompetência absoluta do juízo de família para trâmite de ações dessa natureza⁷.

E, finalmente, um entendimento menos conservador utiliza uma interpretação analógica que equipara as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis heterossexuais, conforme expressamente disposto na Constituição Federal. Reconhece-se a afetividade e o projeto de vida em comum como constitutivos daquelas relações, tornando-se prescindível a diversidade de gênero do casal que integra a união estável. Dessa forma, a competência de ações dessa natureza seria própria das varas de família. Nesse sentido, o Estado do Rio Grande do Sul encontra-se em posição de vanguarda no reconhecimento judicial das uniões entre pessoas do mesmo sexo, que, de forma majoritária, estende a essas uniões, uma

⁷ TJ/RJ – AI 2006.002.17965 - 6ª C. Civ. Rel. Des. Diva Lucy Itabiapina, j. 12 nov. 2007.

vez presentes os elementos caracterizadores de convivência pública, duradoura e contínua, os mesmos direitos advindos de uma união estável heterossexual⁸.

Portanto, variada é a divergência interpretativa acerca dos dispositivos constitucional (Art. 226, § 3º) e infraconstitucional (Art. 1.723 do Código Civil) relativos à união estável quando de sua aplicação, pelo Judiciário, aos casos de união entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, partindo-se dos pressupostos de que:

- (i) a homossexualidade é um fato presente e cada vez mais visível nas sociedades contemporâneas;
- (ii) as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo não se configuram atos ilícitos e podem ser consideradas próprias da esfera privada das pessoas;
- (iii) os argumentos utilizados nas decisões judiciais devem ser de natureza laica, pública e não expressar uma visão particular de mundo;
- (iv) a legitimidade do Direito, em sociedade complexas, funda-se em comunidades de membros livres e iguais, nas quais a pluralidade de visões de mundo é característica marcante.

Tornam-se relevantes, diante das referidas divergências interpretativas, as seguintes indagações: qual dos entendimentos acima expostos possui legitimidade, sob o atual paradigma constitucional, na prestação jurisdicional acerca do tema? Não reconhecer como união estável e também como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sob a alegação de que isso depende de manifestação legislativa prévia, é uma postura legítima a ser adotada pelo Judiciário? Ou considerar esse reconhecimento constituiria ativismo judicial? Deixar a questão aberta à discricionariedade judicial é um “preço” a ser pago por uma “inércia/imprecisão legislativa”? Haveria uma “resposta correta” para demandas dessa natureza? Essas são questões que desafiam o Judiciário brasileiro, cujas respostas aos casos concretos, além de gerar insegurança jurídica em relação ao tema, têm impactado a (in)efetivação de direitos fundamentais de minorias homossexuais.

⁸ TJ/RGS – EI 70003967676 - 4ª G. C. Civ. – Redatora para acórdão Des. Maria Berenice Dias, j. 09 maio 2003.

Portanto, em face das divergentes decisões judiciais e diante da falta de dispositivo legal que regule expressamente a união entre pessoas do mesmo sexo, e tendo em vista que, em última instância, toda jurisdição no paradigma do Estado Democrático de Direito é uma jurisdição constitucional, torna-se igualmente relevante, sob pena de usurpação da função legislativa pelo Judiciário, outra indagação ainda mais fundamental, que passa então a se configurar no problema de pesquisa deste trabalho: as normas constitucionais vigentes legitimam o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável, caracterizada assim como entidade familiar; ou tal reconhecimento é ilegítimo por “criar” direito no caso concreto, maculando dessa forma o princípio da separação de poderes?

A presente pesquisa parte da hipótese de que o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar não configura criação do direito, mas decorre de aplicação de normas constitucionais pré-existentes à demanda posta à apreciação do Poder Judiciário, bem como da efetivação de direitos fundamentais de minorias. Dessa forma, a decisão judicial, sob o prisma da separação de poderes, manter-se-ia legítima.

Partindo-se da premissa de que “racional é o saber que sabe da precariedade de nosso próprio saber e busca lidar racionalmente com os riscos que ela acarreta” (CARVALHO NETTO, 2005, p. 78), e buscando-se produzir um conhecimento científico que não se pretende absoluto nem definitivo – mas, de outra forma, precário, datado, falível e exposto à refutação – a pergunta e a hipótese de pesquisa serão trabalhadas à luz de um raciocínio dialético. Dessa forma, o fenômeno jurídico – na delimitação proposta nesta pesquisa – será compreendido de forma crítica, caracterizado/influenciado pela contradição e transformação das relações sociais em sua interface com o direito.

O raciocínio dialético estabelece uma conexão universal entre os fenômenos, ou seja, não é possível uma análise isolada de um fenômeno sem relacioná-lo com a totalidade. Além disso, pensar dialeticamente pressupõe – em função de contradições internas do próprio fenômeno em análise – movimento, mudança, transformação, devir. Com esse raciocínio, a análise e a interpretação de dispositivos legais relacionados à união estável, quando de sua aplicação pelo

Judiciário às uniões entre pessoas do mesmo sexo, não serão realizadas de forma estanque, “setorizada” – como é o caso da tentativa de aplicação silogística do disposto no Art. 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – ou a depender de manifestação legislativa expressa e *a priori* para que a prestação jurisdicional sobre o tema seja legítima.

Uma análise dialética da relação entre a sexualidade humana e o direito, em um contexto de igualdade jurídica, torna possível a compreensão do problema proposto em sua totalidade, permitindo, de forma crítica e dialógica, a identificação e superação de (pré)conceitos ilegítimos ao atual paradigma constitucional que poderiam impedir ou tornar ilegítima uma decisão judicial reconhecidora/garantidora de direitos fundamentais de minorias homossexuais.

Como ciência social aplicada, o direito, epistemologicamente considerado, não será tratado como um dado objetivo a ser “explicado” por meio de métodos lógico-formais que conduziram a uma suposta “verdade” ahistórica e definitiva, mas como fenômeno a ser compreendido por meio de estruturas fundamentais – *horizonte histórico, círculo hermenêutico, mediação, diálogo e linguagem* (GADAMER, 2008) – nas quais as (pré)compreensões daqueles que se lançam ao seu estudo são inexoravelmente marcadas pela existência e, conseqüentemente, pela historicidade humanas.

Dessa forma, “engessar” a aplicação do direito exclusivamente a uma subsunção mecânica e silogística de decisões legislativas expressas e *a priori* é uma perspectiva que desconsidera tanto essas premissas epistemológicas, quanto a realidade social plural, complexa e mutável, na qual o direito pretende se afirmar legítimo.

Entretanto, conforme exposto inicialmente, a divergência de posicionamentos jurisprudências sobre a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo revela e evidencia a falta de consenso acerca do que seja o próprio direito. É necessário, portanto, discutir essa premissa antes de aprofundar o estudo da hipótese de trabalho. Com efeito, não basta discutir o que o direito diz acerca desse caso, mas sim estabelecer as bases para identificar o que seja o direito.

Diferentes concepções acerca do que venha a ser o direito concorrem entre si para a legitimação de sistemas jurídicos. Uma das concepções mais bem sucedidas da história, e criticada por Jürgen Habermas, é aquela postulada pelo positivismo jurídico, no qual a legitimidade do direito funda-se exclusivamente numa racionalidade weberiana que “introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual o direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, segundo um processo institucionalizado juridicamente” (HABERMAS, 2003, p. 193). Em uma versão mais sofisticada do positivismo jurídico, que será posteriormente analisada e criticada, Herbert L. A. Hart irá descrever o direito em função da inter-relação entre normas primárias (que impõem obrigações ou deveres) e normas secundárias (que identificam e modificam as normas primárias, bem como outorgam poderes para o seu julgamento e aplicação).

Decisões judiciais que negam a possibilidade do reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo podem fundamentar-se nos postulados do positivismo jurídico – alegando que não há previsão legal explícita acerca do tema – para afastar a discussão e denegar direitos, sendo que o verdadeiro motivo para esse posicionamento pode estar nas pré-compreensões ilegítimas (e não reveladas) de que a homossexualidade é um comportamento moralmente inaceitável à luz de certos princípios religiosos. Essa é, portanto, uma posição que não expõe à refutação os reais fundamentos da divergência.

Contudo, o fato de existirem diversas possibilidades de interpretação do sistema constitucional não significa que todas elas sejam legítimas à luz do atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. Sob esse paradigma, a interpretação para os chamados *casos difíceis*⁹ – como é o caso do reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo – deve superar o silogismo positivista e, conseqüentemente, o poder discricionário dos juízes, apropriando-se de uma interpretação principiológica do direito, na busca da *resposta correta* (DWORKIN, 2007a) a ser proferida para o caso em análise.

⁹ Tal expressão não se refere àqueles casos de difícil inteligência, mas àqueles que, dadas as peculiaridades do caso em juízo e as disposições legislativas, não é trivial identificar a norma que os solucione ou, mesmo, atestar que elas estejam disponíveis (DWORKIN, 2007a).

Procurando superar os impasses e armadilhas que o positivismo jurídico não conseguiu solucionar, como a discricionariedade judicial nos *casos difíceis*, Ronald Dworkin procura oferecer uma teoria da prática judicial que supere o convencionalismo, “que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais” (DWORKIN, 2007b, p. 488-489) e o pragmatismo, “que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor” (DWORKIN, 2007b, p.489).

A concepção apresentada por Dworkin é a do *direito como integridade*. Grosso modo, essa concepção é entendida como uma atitude interpretativa do direito, que possibilita ao intérprete, diante de *casos difíceis*, fazer com que o conteúdo do direito “não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar” (DWORKIN, 2007b, p. 489). E é sobre essa concepção de direito que a presente pesquisa analisará a hipótese apresentada, utilizando-a como marco teórico cujas premissas serão estabelecidas no sentido de se construir uma resposta constitucionalmente adequada ao problema apresentado.

Além da divergência jurídico-teórica subjacente ao problema de pesquisa – e no intuito de conferir legitimidade às decisões judiciais que reconhecem a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar – outra questão que se abre à pesquisa é a investigação da relação que se estabelece entre o constitucionalismo e a democracia, notadamente na questão que envolve decisões judiciais contramajoritárias. Perscrutar os limites e possibilidade do Judiciário na garantia e defesa de direitos fundamentais de minorias passa a ser, no intuito de verificação da hipótese, outro objetivo da presente pesquisa.

Como o pano de fundo de toda a discussão acerca da aplicação de normas constitucionais no reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo envolve aspectos relacionados à teoria da Constituição, outro autor cujas ideias serão fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho é Michel Rosenfeld, que passa a compor, juntamente com Ronald Dworkin, o marco teórico da pesquisa. Esse autor norte-americano desenvolve a tese segundo a qual a identidade do sujeito constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução, sob

pena de, ao se completar plenamente, sufocar o pluralismo que é a base de sociedades complexas.

Corroborando com a hipótese desta pesquisa, Rosenfeld entende que a dialética da reconstrução da identidade constitucional, fundada na tensão entre metáfora e metonímia, explicita o potencial e as limitações do sujeito constitucional, em sua luta por alcançar equilíbrio em um cenário sempre mutável, em constante devir. Com Rosenfeld, o discurso constitucional passará a se configurar, então, na narrativa por meio da qual a identidade homossexual deverá instrumentalizar-se como plausível e pertinente à identidade do sujeito constitucional.

Utilizando-se o ferramental reconstrutivo proposto por Roselfeld, propício à afirmação da igualdade, buscar-se-á, na reconstrução do discurso constitucional, demonstrar a pertinência e a plausibilidade da identidade homossexual à atual identidade do sujeito constitucional brasileira, incluindo pessoas que, em virtude de sua orientação sexual, poderiam ser consideradas, no atual contexto sociocultural, fora do alcance constitucional.

Ao final deste trabalho, visando conferir aplicabilidade às premissas teóricas apresentadas, pretende-se demonstrar, por meio da análise de casos concretos, a inexistência de um óbice jurídico ontológico para o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar. Para tanto, não se afirmará que a busca pela justiça ou o senso vulgar de “bem comum” justifica atribuir aos juízes e tribunais o poder de criar o direito em face do caso concreto. Pelo contrário, serão expostos argumentos em prol da afirmação de que esse reconhecimento é exigência do Estado Democrático de Direito, especificamente pela compreensão historicamente contextualizada do princípio jurídico da igualdade e dos preceitos do constitucionalismo moderno.

1 DE HART A DWORKIN: AFINAL, O QUE É O DIREITO?

Na busca pela verificação da hipótese de pesquisa – de que o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar não configura criação do direito, mas decorre de aplicação de normas constitucionais pré-existentes à demanda posta à apreciação do Poder Judiciário – pertinente é a seguinte indagação: estaria o juiz, diante da falta de regulamentação constitucional expressa sobre tema, ou mesmo diante da exclusiva e clara regulamentação do reconhecimento jurídico como entidade familiar da união estável entre heterossexuais, “criando” direito (ou legislando) nos casos em que reconhece judicialmente, de forma absolutamente similar, a união estável entre casais homossexuais?

Antes, porém, de se tentar responder à pergunta em epígrafe, é preciso reconhecer, *prima facie*, que o direito não oferece uma resposta objetiva para essa questão. Mesmo porque não existe consenso acerca do que seja o direito. Com efeito, não se pretende no presente trabalho defender a necessidade de desvinculação do direito vigente em prol da afirmação da hipótese apresentada. De outra forma, afirmar-se-á que a construção jurídica possível no atual horizonte histórico (GADAMER, 2008), em face das demandas e características da sociedade brasileira contemporânea, é o reconhecimento judicial da união entre casais homossexuais como união estável, caracterizada assim como entidade familiar, em decorrência da efetivação de princípios constitucionais, notadamente, o princípio da igualdade jurídica.

Tal reflexão remete a outra pergunta, mais filosófica e perturbadora: afinal, o que é o direito? A perspectiva apresentada pelo positivismo jurídico certamente negaria a hipótese dessa pesquisa, afirmando, conforme a crítica de Habermas, que “o direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, segundo um processo institucionalizado juridicamente” (HABERMAS, 2003, p. 193). Seria preciso, portanto, que, *a priori*, o legislador se manifestasse expressamente sobre o tema, em um processo semelhante ao que ocorreu recentemente na Argentina, onde o Legislativo aprovou uma lei autorizando o

casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁰. Caso contrário, o reconhecimento judicial estaria usurpando a função legislativa, tornando, sob o ponto de vista da separação de poderes, ilegítima a decisão judicial.

Dessa forma, perscrutar o entendimento do que venha a ser o direito para Dworkin requer que se conheçam preliminarmente os pressupostos da teoria que ele pretende superar. Todavia, a presente pesquisa, em razão de suas limitações físico-temporais, não tem a pretensão de esgotar todos os aspectos que envolvem essas concepções teórico-jurídicas. O objetivo maior é o de compreender que, diante do dissenso acerca do que é o direito, o problema proposto nesta dissertação pode apresentar diferentes respostas, a depender da concepção de direito adotada. Para além de questões técnicas, fáticas, de analogia ou de interpretação de dispositivos legais, deve-se considerar também o que os juízes, na resolução de casos concretos envolvendo o reconhecimento judicial de uniões homossexuais estáveis, pensam sobre o que seja o direito.

Dworkin parte de uma contundente crítica à teoria do positivismo jurídico, “que sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso” (DWORKIN, 2007a, p. VII). Reconhecendo a força dessa teoria, Dworkin admite: “desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart” (DWORKIN, 2007a, p. 27). Esse, portanto, é o ponto de partida: a teoria de direito proposta por Hart. É preciso conhecê-la, sob pena de se desconsiderar as premissas da discussão. Com isso, é possível também compreender, de forma relativamente aprofundada, um dos maiores diálogos da teoria do direito do século vinte, pano de fundo da análise crítica que se pretende realizar.

¹⁰ A Argentina tornou-se o primeiro país latino-americano a aprovar uma lei permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em 15 de julho de 2010, o senado aprovou o projeto de lei alterando o Código Civil argentino, modificando a expressão “homem e mulher” para o termo “contraentes”. O avanço em relação aos países que permitem apenas a união civil entre pessoas do mesmo sexo repousa no fato de que os benefícios do casamento são praticamente automáticos, como por exemplo, cobertura médica extensiva ao cônjuge, menos burocracia para concessão de crédito para o casal, adoção, dentre outros direitos e benefícios.

1.1 O CONCEITO DE DIREITO PARA HERBERT L. A. HART: O PONTO DE PARTIDA PARA A TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

O primeiro parágrafo da clássica obra de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), “O conceito de direito”, publicado originalmente em 1961, aponta a perplexidade de uma indagação humana persistente, cujas respostas são tão diversas e estranhas que tornam o seu estudo de difícil delimitação e consenso. A indagação sobre “o que é o direito?” é tarefa que mobiliza e instiga a teoria do direito, principalmente desde quando essa pergunta passou a ser dirigida ao homem e não imposta por uma ordem divina ou transcendental. Considerando apenas os últimos duzentos, “não há uma vasta literatura dedicada a responder às perguntas ‘O que é a química?’ ou ‘O que é a medicina?’, como ocorre com a questão ‘O que é o direito?’” (HART, 2009, p. 1).

Porém, como a princípio poderia sugerir o título da obra, Hart não oferece uma conceituação do tipo “verbete de dicionário”, capaz de pôr fim à persistente pergunta, mas se empenha em “fazer avançar a teoria do direito, oferecendo [...] uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral como tipos de fenômenos sociais” (HART, 2009, p. 22). O propósito de Hart é, fundamentalmente, “a análise estrutural do ordenamento jurídico na busca de mais bem descrever seu funcionamento” (SGARBI, 2009, p. 104). Essa tentativa de descrever o ordenamento jurídico se faz de forma declarada e pretensamente neutra: “minha exposição é descritiva no sentido de que é moralmente neutra e não tem fins de justificativa” (HART, 2009, p. 309).

Da forma como o faz, de forma empírica e descritiva do ordenamento jurídico, a conceituação de direito de Hart alinha-se à corrente doutrinária denominada “positivismo jurídico”, identificada e criticada posteriormente por Ronald Dworkin.

Na construção de sua teoria, Hart não a realizará *ex nihilo*, ou colecionando conceitos de diversos autores e correntes doutrinárias, mas inserido na tradição do direito inglês e partindo da teoria e do modelo jurídico apresentado por John Austin, por entendê-lo insuficiente em diversos aspectos. Herdeiro e crítico do pensamento

jurídico de Austin, Hart irá apresentar seus pressupostos do que venha a ser (ou não ser) o direito dialogando com esse autor. Como argumento central de sua obra, “Hart considera o modelo de Austin um modelo simples de descrever o direito, devendo, portanto ser substituído por um modelo aprimorado” (SGARBI, 2009, p. 103).

Preliminarmente, Hart (2009, p. 17) verifica que três problemas recorrentes estão subjacentes à conceituação do que venha a ser o direito: (i) em que o direito difere das ordens apoiadas por ameaças e como se relaciona com estas?; (ii) em que a obrigação jurídica difere do dever moral e como se relaciona com este?; e (iii) o que são as normas e até que ponto elas são os elementos essenciais do direito? Em sua visão, o objetivo das especulações acerca da natureza do direito, irremediavelmente “rondam” esses três problemas. E o ponto de partida foi a insuficiência das respostas da teoria de Austin a essas questões.

Segundo Hart (2009, p. 103), a proposta de Austin assenta-se em um modelo simples do direito, considerado como um conjunto de ordens coercitivas emanadas de um soberano. Ou, de outra forma, “trata-se da afirmação de que a chave para a compreensão do direito se encontra na noção simples de uma ordem apoiada por uma ameaça, que Austin chamou de ‘comando’” (HART, 2009, p. 21). Assim, “as leis de qualquer país consistirão nas ordens gerais, apoiadas por ameaças, proferidas pelo soberano ou por seus subordinados em obediência a ele” (HART, 2009, p. 33).

Nos quatro primeiros capítulos de “O conceito de direito”, Hart aponta a insuficiência e o fracasso do modelo proposto por Austin – que se deve basicamente à falta de uma categoria normativa diferenciada que identifique, outorgue, crie ou modifique normas e relações jurídicas – e propõe que um novo começo é necessário (HART, 2009, p. 105). E esse recomeço necessita de um sistema complexo e diferenciado de normas, composto de normas primárias e normas secundárias:

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. (HART, 2009, p. 105)

Há, portanto, níveis diferenciados entre as normas primárias e secundárias, uma vez que “enquanto normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias” (HART, 2009, p. 122).

Hart reconhece que “não obstante seus erros, a teoria de que o direito consiste em ordens coercitivas partiu da percepção perfeitamente correta de que, onde existe o direito, a conduta humana se torna, num certo sentido, obrigatória ou não opcional” (HART, 2009, p. 107). Esse, portanto, será o ponto de partida escolhido por Hart para “construir uma nova descrição do direito em função da inter-relação entre as normas primárias e secundárias” (HART, 2009, p. 107).

Ao analisar a ideia de obrigação – estabelecendo uma diferenciação entre as afirmações de que alguém “foi obrigado” a fazer alguma coisa e de que “tinha a obrigação” de fazê-lo – Hart relaciona-a à “afirmação de que alguém tem uma obrigação ou a ela está sujeito implica realmente a existência de uma norma” (HART, 2009, p. 111). Portanto, “as normas são concebidas como preceitos que impõem obrigações” (HART, 2009, p. 112).

Porém, um sistema jurídico no qual existam apenas normas que impõem obrigações – normas primárias – poderia atender apenas a uma estrutura social que Hart denomina de “sociedade tradicional”, cujo “único meio de controle social é aquela atitude geral do grupo diante de suas próprias modalidades convencionais de comportamento” (HART, 2009, p. 118). Tais “sociedades tradicionais” apenas poderiam existir em uma pequena comunidade, unidas por laços de parentesco e convicções comuns, e sob um ambiente de estabilidade; “sob quaisquer outras condições, essa forma simples de controle social se mostraria deficiente e exigiria vários tipos de suplementação” (HART, 2009, p. 119).

De acordo com Hart (2009, p. 120), essa estrutura social simples, que só possui normas primárias, apresenta defeitos – *incerteza*, *estaticidade* e *ineficiência* – que tornaria necessária a suplementação de outros tipos normativos para que se houvesse de fato um sistema jurídico. Com isso, “a solução para cada um desses três defeitos principais dessa forma mais simples de estrutura social consiste em

suplementar as normas primárias de obrigação com normas secundárias” (HART, 2009, p. 121).

O primeiro defeito de uma forma simples de vida social seria a *incerteza*, uma vez que:

(...) em caso de dúvida sobre a essência das normas ou sobre o âmbito preciso de aplicação de qualquer uma delas, não existe um procedimento instituído para dirimir essa incerteza, por meio da referência quer a um texto autorizado, quer a uma autoridade cujas declarações sejam vinculantes a esse respeito. (HART, 2009, p. 119)

Esse procedimento para dirimir incertezas, tanto quanto o reconhecimento de algum tipo de texto ou pessoa autorizados, supõem, portanto, a existência de um tipo diferente das normas de obrigação ou dever (HART, 2009, p. 120). E Hart propõe então a introdução de uma norma secundária denominada “norma de reconhecimento”, que “especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce” (HART, 2009, p. 122).

A existência e a variedade de formas assumidas pela “norma de reconhecimento” variam conforme a complexidade social do grupo, podendo, em sua forma mais simples, ser a consulta direta a um texto ou lista, ou, em um sistema jurídico evoluído, o fato de terem sido aprovadas por um determinado órgão ou relacionadas a decisões judiciais (Hart, 2009, p. 123).

Apesar da complexidade e variedade de uma norma de reconhecimento, Hart atribui a ela o “embrião” da ideia de sistema jurídico, contendo muitos elementos típicos do direito:

Pelo fato de apor às outras normas o selo da autoridade, ela introduz, embora de modo embrionário, a ideia de um sistema jurídico; pois as normas já não constituem um conjunto de elementos isolados e desconexos, mas se acham unificadas de uma forma simples. Além disso, já temos, no mero ato de identificar certa norma como uma dentre uma série autorizada de normas, o embrião da ideia de validade jurídica. (HART, 2009, p. 123)

Com isso, Hart pretende eliminar as dúvidas quanto ao pertencimento de determinada norma em relação ao ordenamento jurídico, por meio de um “selo de autoridade” referenciado pela norma de reconhecimento, que lhe imprimiria validade jurídica. Nesse ponto Dworkin irá criticar de forma contundente o critério de identificação de normas válidas por meio da norma de reconhecimento, que ela irá chamar de “teste de pedigree” (DWORKIN, 2007a, p. 28). Tal crítica será posteriormente analisada.

O segundo defeito apresentado por uma estrutura social simples, composta apenas de normas primárias, é o seu caráter *estático*, isto é, não há critério de modificação do conjunto normativo. Isso porque, “numa sociedade como essa não haverá meio para adaptar deliberadamente as normas à mudança das circunstâncias, seja pela eliminação de normas antigas, seja pela introdução de novas normas” (HART, 2009, p. 120). Visando dar solução a essa deficiência, Hart sugere a introdução de um segundo tipo de norma secundária, denominada “norma de modificação”. Com ela, seria possível autorizar algum indivíduo ou grupo “a introduzir novas normas primárias para orientar a vida do grupo, ou de uma classe dentro dele, e a eliminar normas antigas” (HART, 2009, p. 124).

E o terceiro defeito de uma forma rudimentar de vida social refere-se à *ineficiência* normativa. Isso porque as normas primárias não estabelecem quem deve aplicar e constatar a infração dessas normas, fundamentando-se apenas em uma “pressão social difusa pela qual as normas são mantidas” (HART, 2009, p. 121). Para isso Hart propõe a inserção de um terceiro tipo de normas, as “normas de julgamento”. Assim, seria possível remediar essa pressão social difusa por meio da instauração de órgãos de aplicação das normas, capacitando alguns indivíduos a “solucionar de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma norma primária” (HART, 2009, p. 125).

Hart apresenta, portanto, uma teoria do direito que pretende substituir a de John Austin, por ele criticada, na qual o fundamento do direito consiste na obediência habitual às ordens, apoiadas por ameaças, de um soberano juridicamente ilimitado. Sua nova teoria fundamenta-se na “combinação de normas primárias de obrigação com as normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento” (HART,

2009, p. 127). Com isso, acredita Hart ter “não apenas o cerne de um sistema jurídico, mas também um poderosíssimo instrumento para análise de muitos problemas que têm intrigado tanto os juristas quanto os teóricos da política” (HART, 2009, p. 127)

Apresentadas as três espécies de normas secundárias que solucionariam as carências de incerteza, estaticidade e ineficiência, Hart afirma que tanto as normas de modificação quanto as normas de julgamento possuem uma estreita ligação com as normas de reconhecimento (HART, 2009, p. 124-126). Em relação àquelas, “as normas de reconhecimento deverão necessariamente incorporar uma referência à atividade legislativa como um traço identificador das normas” (HART, 2009, p. 124); em relação a estas, “a norma que conferir jurisdição será também norma de reconhecimento, que identificará as normas primárias por meio dos julgamentos dos tribunais, e esses julgamentos se tornarão ‘fonte’ do direito” (HART, 2009, p. 126).

Percebe-se, portanto, a grande importância que as normas de reconhecimento possuem na teoria proposta por Hart e sua relação com a validade jurídica. Identificá-la, portanto, é uma tarefa das mais fundamentais para a teoria do direito. Segundo o autor, em sistemas jurídicos modernos, no qual há diferentes fontes do direito, “a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais” (HART, 2009, p. 130).

Acerca da validade jurídica, Hart assevera que sua compreensão será mais bem realizada quando se diferencia formas de expressão baseadas em um “enunciado interno” e em “enunciado externo”. Este é assim denominado “por ser a linguagem típica de um observador externo ao sistema, que, sem aceitar ele próprio a norma de reconhecimento, enuncia o fato de que outros a aceitam” (HART, 2009, p. 132). Aquele, manifestando um ponto de vista interno, é naturalmente usado por alguém que, “aceitando a norma de reconhecimento, e sem explicitar o fato de que é aceita, aplica a norma para reconhecer como válida alguma outra norma específica do sistema” (HART, 2009, p. 132). Ou de maneira mais clara:

Só necessitamos da palavra “validade”, e em geral só a usamos, para responder às perguntas que surgem dentro de um sistema de normas no qual o status de uma norma como elemento do sistema depende de que satisfaça certos critérios estabelecidos pela norma de reconhecimento. Não pode surgir uma pergunta desse tipo sobre a validade da própria norma de reconhecimento que provê os critérios; esta não pode ser nem válida ou inválida, mas seu uso para esse fim é simplesmente aceito como apropriado. (HART, 2009, p. 140)

É, portanto, sob o ponto de vista interno que Hart avalia a validade da própria norma de reconhecimento. Diferentemente da “norma fundamental” – norma última do sistema jurídico capaz de conferir validade às demais normas – proposta por Hans Kelsen (1987), cuja estratégia para evitar o confronto com a sua própria validade foi atribuí-lhe o sentido de pressuposição ao sistema, configurando-se em verdadeira hipótese, Hart irá se posicionar no sentido de não considerar a norma de reconhecimento uma (pré)suposição, mas demonstrar que “sua existência é uma questão de fato” (HART, 2009, p. 142). Segundo Hart, expressar que a norma de reconhecimento é suposta e não pode ser demonstrada é como dizer que “supomos, mas nunca poderemos provar, que a barra-padrão do metro conservada em Paris, que é o critério último de correção de todas as medidas em metros, tem ela própria as dimensões corretas” (HART, 2009, p. 140). Essa analogia expressa bem o caráter de norma última (*ultimate rule*) atribuído à norma de reconhecimento, que estabelecerá os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema (HART, 2009, p. 136).

Toda essa construção teórica apresentada por Hart aponta para a passagem de um mundo pré-jurídico para um mundo jurídico. Para que isso ocorra é necessário, portanto, que duas condições mínimas sejam satisfeitas. Por um lado, “normas de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas” (HART, 2009, p. 150). Todavia, além disso, “as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema” (HART, 2009, p. 150). Com isso, Hart pretende descrever o direito, de forma geral, “como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, ‘normativo’)” (HART, 2009, p. 309).

Contudo, Hart reconhece que, no que tange à aplicação das normas, esse projeto pode apresentar certa patologia, uma vez que, sempre quando se fala em normas, “é possível distinguir casos claros, nucleares, aos quais ela certamente se aplica, de outros, onde há razões tanto para se afirmar quanto para negar que a mesma seja aplicável” (HART, 2009, p. 158). E pontua esse pensamento com uma afirmação que irá afetar tanto a norma de reconhecimento quanto qualquer outra norma primária: “Nada pode eliminar essa dualidade entre um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito de normas gerais. Isso confere a todas as normas uma margem de vagueza ou ‘textura aberta’”. (HART, 2009, p. 158). Tal afirmação reflete a influência da filosofia da linguagem no pensamento de Hart, que, nas décadas de cinquenta e sessenta do século passado, dialogava com autores como John Austin e Ludwig Wittgenstein. O papel da linguagem nos discursos normativos é então destacado:

Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis, mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não. (HART, 2009, p. 164)

Para ilustrar essa situação, Hart (2009, p. 164) dá o seguinte exemplo: imagine uma norma que proíba a entrada de veículos em um parque. Na aplicação dessa norma, existem casos claros e paradigmáticos nos quais não haverá qualquer dificuldade em se identificar casos concretos com o termo “veículo”. É o caso de automóveis, ônibus e motocicletas. Porém, certas situações fáticas não se mostrarão tão óbvias assim: “a palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?” (HART, 2009, p. 164).

Com esse exemplo, Hart ratifica a inexorável “textura aberta” da linguagem: “qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões (...) se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida” (HART, 2009, p. 168). Na formulação, portanto, de uma norma geral de conduta, “os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer” (HART, 2009, p. 167). Diante

dessa inexorável “textura aberta” da linguagem, Hart reconhece a impossibilidade de concepção de uma norma:

(...) tão detalhada que a pergunta se ela se aplica ou não a um caso particular já tenha sempre sido respondida antecipadamente, sem nunca envolver, no momento de sua aplicação real, uma nova escolha entre alternativas abertas. Em resumo, a necessidade dessa escolha nos é imposta porque somos homens, e não deuses. (HART, 2009, p. 168)

Porém, a despeito disso, Hart irá insistir na tese das normas – sua teoria, como dito anteriormente, concebe o direito como uma instituição social dotada de normatividade –, e é a partir do reconhecimento da textura aberta da direito que apresentará sua teoria para aplicação das normas pelos juízes e tribunais.

Segundo Hart (2009, p. 168), sistemas jurídicos que desconsideram a textura aberta do direito possuem um vício – que na teoria do direito é por Hart denominado de “formalismo ou conceptualismo” – de disfarçar ou minimizar a necessidade de um exercício posterior de escolha na aplicação de normas gerais a casos concretos. Insistir nesse vício é “resolver antecipadamente, mas no escuro, problemas que só podem ser solucionados de modo razoável quando surgem e são identificados” (HART, 2009, p. 168). Agir dessa forma é como se fosse, possível, a despeito da textura aberta da linguagem, “congelar o sentido da norma de maneira que seus termos gerais devam ter o mesmo sentido em todos os casos em que esteja em pauta sua aplicação” (HART, 2009, p. 168).

A proposta que será apresentada por Hart a essa questão da aplicação normativa, levando-se em consideração a textura aberta da linguagem (e do direito), começa com a premissa de que todos os sistemas jurídicos conciliam, de modos diferentes, duas necessidade sociais:

(...) a necessidade de certas normas que os indivíduos particulares possam aplicar a si próprios, em grandes áreas do comportamento, sem nova orientação oficial e sem considerar questões sociais; e a de deixar em aberto, para serem posteriormente resolvidos por meio de uma escolha oficial e bem informada, problemas que só podem ser adequadamente avaliados e solucionados quando ocorrem em um caso concreto. (HART, 2009, p. 169)

Hart identifica que em certas épocas e sistemas jurídicos diferentes, a interpretação jurídica das leis e dos precedentes tem oscilado entre os extremos de se sacrificar um número excessivo de coisas por amor à segurança (formalismo) e de se deixar em aberto várias questões para que essas sejam decididas pelos tribunais. E conclui: “a história da teoria do direito é, sob esse aspecto, curiosa, pois costuma ou ignorar ou exagerar a indeterminação das normas jurídicas (HART, 2009, p. 169). Todavia, essa indeterminação nunca poderá ser desconsiderada. Segundo Hart (2009, p. 175):

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas e judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso.

Analisando a interpretação judicial, Hart admite, portanto, que nos casos de uma “zona obscura de incerteza” há, em função da textura aberta do direito, uma atividade judicial criadora (HART, 2009, p. 174). Nesses casos, os tribunais “desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis (HART, 2009, 176). Segundo Hart, o argumento formalista que desmente essa função criadora insiste “que a função adequada da interpretação jurídica e do precedente são, respectivamente, buscar a ‘intenção do legislador’ e fazer referência ao direito já existente” (HART, 2009, p. 176). E a solução que ele apresenta para esses casos situados na chamada “zona obscura de incerteza” da norma, é a seguinte:

Nesses casos, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua **discricionariedade**, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta a priori, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes. (HART, 2009, p. 171) (Sem grifo no original)

Hart reconhece que todo sistema jurídico deixa em aberto “um campo vasto e de grande importância para que os tribunais ou outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos” (HART, 2009, p. 176). Assim como Kelsen apóia-se na ideia de “interpretação autêntica”, que permitiria ao intérprete autorizado da norma extrapolar a “moldura” previamente estabelecida pela ciência do direito, Hart admite que o juiz, em função

da textura aberta do direito, goza de poder discricionário para solucionar os casos situados em uma “zona obscura de incerteza”.

A questão da discricionariedade judicial é um aspecto da teoria de Hart que Dworkin criticará de maneira severa em sua obra, servindo de verdadeiro ponto de partida para a construção de sua teoria do direito.

1.2 A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO DE H. L. A. HART

O projeto teórico-filosófico de Ronald Dworkin parte, como já afirmado, de uma contundente crítica ao positivismo jurídico, que, nas palavras do autor, “é a teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas” (DWORKIN, 2007a, p. XV). Porém, quando casos complexos e inusitados – *casos difíceis* –, cuja controvérsia ainda não fora acordada expressamente e *a priori* pela legislação, são levados aos tribunais para se saber quais direitos e obrigações têm as partes, o positivismo jurídico vacila e “é quase invariavelmente levado a explicar os casos difíceis em termos de um exercício de poder discricionário por parte de alguém” (DWORKIN, 2007a, p. 35).

Em “Levando os direitos a sério”, uma coletânea de artigos publicados originalmente em 1977, Dworkin irá criticar a insuficiência das respostas oferecidas pelo positivismo jurídico sobre o que são direitos e obrigações jurídicos: “quero lançar uma ataque geral contra o positivismo jurídico e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário” (DWORKIN, 2007a, p. 35).

Em contraposição a essa concepção amplamente difundida de direito, Dworkin começará, nessa primeira fase do conjunto de sua obra, a apresentar e defender uma teoria liberal do direito, na qual “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm” (DWORKIN, 2007a, p. XV). Ou seja,

Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. (DWORKIN, 2007a, p. XV)

E na defesa dessa teoria dos direitos individuais, Dworkin irá desenvolvê-la pressupondo que, mesmo em casos difíceis, há sempre uma “resposta correta” a ser buscada pelo juiz, que satisfaça o direito de uma das partes. E um desses direitos individuais é o mais fundamental, e até mesmo axiomático de todos: “é a concepção nítida de direito à igualdade, que chamo de direito a igual consideração e respeito” (DWORKIN, 2007a, p. XVI).

Portanto, Dworkin não mais apresentará uma teoria descritiva do direito vigente, isenta de um conteúdo moral, como pretendeu Hart, mas uma interpretação da prática jurídica “que pretende não apenas descrevê-la, mas justificá-la – mostrar porque a prática é valiosa e como deve ser conduzida de modo a proteger e enfatizar esse valor” (DWORKIN, 2010, p. 200). E a justificação da prática jurídica envolve um conteúdo moral que se insere no direito por meio do uso e argumentação dos princípios jurídicos, notadamente no momento de aplicação normativa, característico da atividade desenvolvida pelos juízes. Essa perspectiva será complementada e refinada em seus livros posteriores¹¹: “Uma questão de princípio” (1985), “O império do direito” (1986) e “Justiça de Toga” (2006); para citar apenas os que serão utilizados neste trabalho.

Contudo, a proposta de Dworkin, de uma teoria dos direitos individuais, choca-se com os postulados do positivismo jurídico, pois sugere “uma teoria conceitual alternativa que mostra como os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles criados por uma decisão ou prática expressa” (DWORKIN, 2007a, p. XVI). O que implica afirmar que os indivíduos:

[...] podem ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos casos difíceis, quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte.

¹¹ As datas apresentadas são, respectivamente, das edições originais dos livros citados.

É, portanto, vislumbrando as aplicabilidades desse marco teórico aos objetivos desta pesquisa, que convém perscrutar se no direito pátrio é possível e legítimo o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar – um “caso difícil”, na nomenclatura de Dworkin –, a despeito na inexistência de uma decisão (legislativa) expressa sobre o tema.

Antes, porém, de apresentar os pressupostos sobre sua teoria do direito, Dworkin analisa as proposições centrais do positivismo jurídico, apontando o que ele denomina de “esqueleto do positivismo” (DWORKIN, 2007a, p. 29). Em primeiro lugar, afirma que, de acordo essa doutrina, “o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público” (DWORKIN, 2007a, p. 27-28).

Para identificação e distinção dessas regras, utilizam-se, invariavelmente, critérios de verificação específicos, ou “testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas” (DWORKIN, 2007a, p. 28). São esses testes de *pedigree*, uma espécie de chancela de validade normativa, que são utilizados para diferenciar “regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias e também de outros tipos de regras sociais que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público” (DWORKIN, 2007a, p. 28).

Outro preceito do positivismo jurídico estabelece que o conjunto de regras jurídicas verificadas por meio de um “teste de *pedigree*” coincide com o “direito”, de modo que:

[...] se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante a “aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente. (DWORKIN, 2007a, p. 28).

O que Dworkin identifica nesse preceito positivista, reconhecido tanto por Hans Kelsen (no que ficou conhecido como “giro decisionista” da teoria kelseana, presente na edição de “Teoria Pura do Direito” de 1960, quando o autor admite a possibilidade de uma “interpretação autêntica”, que extrapole o quadro das leituras possíveis da norma, realizado pela ciência do direito, para a escolha discricionária da autoridade aplicadora) quanto por Herbert L. A. Hart (em função da “textura aberta do direito”), é o papel da discricionariedade judicial nos casos difíceis de aplicação do direito. Ou seja, segundo a teoria proposta pelo positivismo jurídico, “quando a ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (DWORKIN, 2007a, p. 127). Por se tratar de um ponto nevrálgico para a teoria proposta por Dworkin, convém esclarecer o conceito de “poder discricionário” e suas implicações na resposta oferecida pelo positivismo jurídico na solução dos casos difíceis.

Segundo Dworkin, o conceito de poder discricionário enquadra-se em apenas um contexto: “quando alguém é, em geral, encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade” (DWORKIN, 2007a, p. 50). Ou seja, sempre há padrões a orientar uma escolha a ser realizada. Numa analogia esclarecedora, Dworkin afirma que: “tal como um espaço no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe, a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições. Trata-se, portanto, de um conceito relativo” (DWORKIN, 2007a, p. 51).

Dentro dessa perspectiva, Dworkin identifica o uso do “poder discricionário” em dois sentidos: um fraco e um forte. O uso do poder discricionário em sentido fraco revela-se quando, por exemplo, um funcionário público “deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo” (DWORKIN, 2007a, p. 52). Todavia, é possível também identificar o uso do sentido forte de poder discricionário quando se diz que em certos assuntos o funcionário público não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.

Voltando à questão do uso do poder discricionário pelos juízes nos casos difíceis – ou seja, “se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário” (DWORKIN, 2007a, p. 54) – qual daqueles sentidos é utilizado pelo positivismo jurídico para solução desses casos?

Dworkin afirma que “os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário” (DWORKIN, 2007a, p. 55). O que seria o mesmo que dizer:

[...] quando um juiz esgota as regras a sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes. (DWORKIN, 2007a, p. 55)

Nesse ponto é que Dworkin questiona a validade e utilização, pelos juízes, de outros padrões normativos empregados no caso da ausência de uma regra expressa, que contenha todas as condições de aplicação ao caso concreto em análise. A identificação e pertinência desses padrões, que se diferenciam de uma regra expressa, serão posteriormente analisadas.

Complementando o “esqueleto do positivismo”, Dworkin afirma que, nessa teoria, “dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. Na ausência de uma regra jurídica válida não existe obrigação jurídica” (DWORKIN, 2007a, p. 28). O mesmo se aplica para se saber quais direitos têm as partes em uma demanda judicial, isto é, uma regra válida e pré-estabelecida deve ser capaz de indicar quais direitos as pessoas possuem em relação às outras ou em relação ao Estado.

Muitos argumentos que negam a hipótese desta pesquisa, de possibilidade (e legitimidade) de reconhecimento judicial das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, em decorrência de aplicação de um direito já existente, fundamentam-se justamente na inexistência de regra expressa (constitucional e/ou legislativa) acerca da possibilidade de união estável entre homossexuais, alegando que isso só é possível nos casos de uniões estáveis

heterossexuais, conforme claramente estabelecido na Constituição Federal e no Código Civil pátrios. Ou seja, não havendo *a priori* regra expressa válida, não há certeza sobre os direitos (no caso em tela: direitos sucessórios e de família, por exemplo) e então a questão ficará aberta à discricionariedade judicial. A divergência de entendimentos sobre a possibilidade ou não de reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo, apresentada na introdução deste trabalho, indica a incerteza acerca dos direitos pleiteados e a incidência de discricionariedade judicial em casos dessa natureza.

Dworkin reconhece que existem diferentes versões do positivismo jurídico, e elas diferem “sobretudo na sua descrição do teste fundamental de *pedigree* que uma regra deve satisfazer para ser considerada uma regra jurídica” (DWORKIN, 2007a, p. 29). Como o ponto de partida, e foco da crítica, foi a teoria positivista proposta por Hart, Dworkin irá apresentar e contestar a descrição do “teste de *pedigree*” utilizada por esse autor e por John Austin, seu antecessor.

Segundo Dworkin, “o modelo de Austin é extremamente belo em sua simplicidade. Enuncia o primeiro princípio do positivismo, isto é, que o direito é um conjunto de regras especialmente selecionadas para reger a ordem pública” (DWORKIN, 2007a, p. 30). E o critério oferecido para identificar essas regras é um “teste factual simples – o que ordenou o soberano?” (DWORKIN, 2007a, p. 30). Entretanto, em sociedades (pós)modernas, nas quais o controle político é pluralista e mutável, “é impossível dizer que alguma pessoa ou grupo detém aquele controle radical, necessário para ser considerado um soberano no sentido de Austin” (DWORKIN, 2007a, p. 30). Em nações democráticas, costuma-se atribuir ao “povo” o *status* de soberano. Todavia, tão difícil quanto identificar “quem é o povo?” (MÜLLER, 2009) é aferir sua “vontade” ou o que ele tenha, por meio de seus representantes, ordenado.

Porém, Dworkin reconhece que “a versão do positivismo de H. L. A. Hart é mais complexa que a de Austin” (DWORKIN, 2007a, p. 31). Em primeiro lugar, pela diferenciação de tipos lógicos que admite possuir as regras (primárias e secundárias). E em segundo lugar, a rejeição da ideia de que a regra é uma espécie de ordem, isto é, “uma regra difere de uma ordem por ser normativa, por estabelecer

um padrão de comportamento que impõe aos que a ela estão submetidos, para além da ameaça que pode garantir sua aplicação” (DWORKIN, 2007a, p. 32).

Segundo Dworkin, Hart “oferece uma teoria geral das regras que não faz a autoridade destas depender da força física de seus autores” (DWORKIN, 2007a, p. 32), como ocorre com a teoria de Austin. Uma vez consideradas a distinção entre regras primárias e secundárias, é possível entender que existem duas fontes possíveis para a autoridade de uma regra:

(a) uma regra pode tornar-se obrigatória para um grupo de pessoas porque, através de suas práticas, esse grupo aceita a regra como um padrão de conduta. [...] (b) uma regra também pode tornar-se obrigatória de uma maneira muito diferente, isto é, ao ser promulgada de acordo com uma regra secundária que estipula que regras assim promulgadas serão obrigatórias. (DWORKIN, 2007a, p. 32-33)

Dessa forma, uma regra pode ser obrigatória porque é aceita ou porque é válida. Em comunidades primitivas, as regras primárias são obrigatórias tão-somente pelo fato de serem aceitas pelo grupo. E nesses casos não é possível identificar um “direito” próprio dessa comunidade, pois não há critérios que possam distinguir regras jurídicas de outras regras sociais, conforme preceitua o positivismo.

Com Hart, a ideia de “direito” surge “quando uma comunidade desenvolveu uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas” (DWORKIN, 2007a, p. 33). E Hart chama essa regra secundária de “regra de reconhecimento”, que não pode ser ela mesma válida, uma vez que, por hipótese, “ela é a última instância e não pode, portanto, satisfazer os testes estipulados por uma regra ainda mais fundamental. A regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação” (DWORKIN, 2007a, p. 34). Um critério comumente utilizado para identificação da regra de reconhecimento consiste em observar de que forma os cidadãos se comportam, especialmente os funcionários públicos, em respeito “ao funcionamento do aparato governamental composto pelo legislativo, pelos tribunais, pelos órgãos públicos, pelos policiais, etc., etc.” (DWORKIN, 2007a, p. 34).

Assim, é possível verificar que diferentes comunidades possuem diferentes regras de reconhecimento que possibilitam identificar e validar normas jurídicas, podendo configurar-se de forma muito simples (é lei tudo que o monarca/ditador determina que seja) ou muito complexa (decorrentes de uma constituição escrita, e das dificuldades inerentes à sua interpretação).

Pela teoria de Hart, atestar a validade de uma norma do tipo “a velocidade máxima permita nas estradas federais é de 80 km/h” é possível por meio de uma simples remissão à regra de reconhecimento, como por exemplo: é válida toda norma jurídica promulgada pelo Congresso Nacional, conforme estabelece o processo legislativo descrito na Constituição Federal. E sua aplicação não depende de nada além da constatação do desrespeito ao estabelecido pela própria norma.

Mas o que a regra de reconhecimento diria acerca da validade de padrões normativos que não possuem expressamente sua própria condição de aplicação a um caso concreto? É o caso do padrão que estabelece o princípio da igualdade jurídica: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (Artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil). Muitos juristas podem divergir acerca do que seja um tratamento igualitário a determinada pessoa, em função, por exemplo, de seu gênero, de sua cor de pele ou orientação sexual; isso não é estabelecido *a priori*, mas requer uma decisão posterior que justifique que uma prática (ou uma lei) fomente ou estabeleça um tratamento (des)igualitário. Resta saber qual a natureza dos argumentos que podem ser legitimamente empregados nessa decisão.

E o que fazer quando “os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?” (DWORKIN, 2007b, p. XI). Quando se analisa a norma constitucional: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (Artigo 226, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil), o que é possível dizer sobre a possibilidade desse reconhecimento para o caso de uma união estável – cujos requisitos são igualmente cumpridos – entre duas mulheres ou entre dois homens? Muitos juízes, na tentativa de subsumir esse fato àquela norma, alegam justamente um “silêncio eloquente” em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O

pensamento seria mecânico e silogístico: como a norma “emudece”, não há direitos! Outros juízes buscarão analogias, alternativas para que aquele caso não fique sem solução. Mas o que guiará essas analogias/alternativas?

Essas são reflexões que motivarão Dworkin a apresentar uma teoria geral da decisão judicial alternativa à proposta de discricionariedade judicial (em sentido forte) oferecida pelo positivismo jurídico.

1.3 O QUE FAZER DIANTE DE CASOS DIFÍCEIS? DWORKIN E UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL ALTERNATIVA À DISCRICIONARIEDADE PROPOSTA PELO POSITIVISMO JURÍDICO

Ao estabelecer a regra de reconhecimento como critério de validade das demais regras jurídicas, bem como reconhecer que essas possuem limites imprecisos (“textura aberta”), Hart “explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação” (DWORKIN, 2007a, p. 35). É justamente essa a premissa não aceita por Dworkin, constituindo-se no “calcanhar de Aquiles” do positivismo jurídico. Um ponto sensível identificado e criticado, por ser incapaz de oferecer uma resposta adequada e legítima à atividade jurisdicional. O autor entende que isso se deve, em grande parte, ao fato de que as teorias da decisão judicial “colocam o julgamento à sombra da legislação” (DWORKIN, 2007a, p. 128), sendo comumente afirmado que “os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito” (DWORKIN, 2007a, p. 128).

Dworkin (2007a, p. 128) reconhece que isso seja o ideal, mas afirma também que sua realização na prática não pode ser plenamente concretizada, principalmente quando em análise está um “caso difícil”. Apesar disso, é contundente ao declarar que “os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas” (DWORKIN, 2007a, p. 129).

Em contrapartida, apresenta sua tese:

[...] quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras. (DWORKIN, 2007a, p. 35-36)

Na fase inicial de sua obra (que envolve a coletânea de artigos “Levando os direitos a sério”), Dworkin apresenta termos que passarão a integrar um vocabulário próprio por ele empregado para a defesa de sua tese e construção de sua teoria do direito, principalmente em relação a uma teoria da decisão judicial. Tais termos serão retomados, ampliados e, muitos deles, reformulados em obras posteriores, como em “O império do direito”. Três deles foram citados (padrões identificados como “regras”, “princípios” e “políticas”) e passam agora a ser mais bem compreendidos.

Dworkin denomina “política”: “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (2007a, p. 36). Já um “princípio” é:

[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2007a, p. 37)

Portanto, um padrão que estabelece que as taxas de homicídios devam ser reduzidas é um argumento de natureza “política”. Já um padrão que estabelece que todos os atos do governo devam ser razoáveis e atender à finalidade pública é um argumento de “princípio”.

Mas o esforço de Dworkin direciona-se, nessa fase de sua obra, à distinção existente entre regras e princípios, que já se tornou clássica:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis a maneira de tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é

valida, e nesse caso a resposta que ela oferece ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2007a, p. 39)

O “tudo ou nada”, característico das regras, é analisado por Dworkin em outro contexto que não o direito, no qual seu funcionamento mostra-se similar: o de um jogo. No futebol, por exemplo, existe uma regra segundo a qual o goleiro não pode receber com as mãos uma bola recuada pelos pés de um jogador de seu time. Mas e se o toque for realizado com o peito ou com a cabeça do jogador, ou mesmo realizado com os pés, mas sem clara intenção de recuo ao goleiro? Deveria constar no enunciado da regra uma exceção, como de fato há, descrevendo tal situação como permitida, caso contrário esse enunciado estaria incompleto. Ou seja, o enunciado da regra deve descrever de forma mais elucidativa possível todas as suas possibilidades de aplicação. Em casos controversos, como o caso do recuo da bola realizado com a cabeça do jogador, deverá também apontar as exceções à regra, isso porque:

A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra. (DWORKIN, 2007a, p. 40)

Por sua vez, um princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular” (DWORKIN, 2007a, p. 41). Ou seja, não há, no caso do princípio, um enunciado que descreva a sua própria condição de aplicação, desincumbindo o aplicador de uma decisão particular, uma vez que, diferentemente das regras, os princípios “não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2007a, p. 40).

Além disso, caso a decisão particular desconsidere a direção apontada por determinado princípio, isso não significa que o princípio preterido não pertença a determinado sistema jurídico, uma vez que “pode haver outros princípios ou políticas que argumentem em outra direção” (DWORKIN, 2007a, p. 41). Isso se deve ao fato de que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN,

2007a, p. 42). Mas o que falar sobre a autoridade e sobre o peso atribuídos a determinado princípio? Dworkin apresenta um argumento:

[...] argumentamos em favor de um princípio e seu peso apelando para um amálgama de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade. Não existe papel de tornassol para testar a consistência desse argumento – ele é matéria que depende de juízo e pessoas razoáveis podem discordar a respeito dela. (DWORKIN, 2007a, p. 58)

Dessa forma, principalmente em *casos difíceis*, “os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares” (DWORKIN, 2007a, p. 46). Esse papel importante dos princípios na argumentação jurídica é desconsiderado pelos positivistas, que “sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação” (DWORKIN, 2007a, p. 49-50). Dworkin recusa fortemente essa proposição e adverte: “o juiz pode aplicar essa nova regra às partes da questão judicial, mas isso é legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação já existente” (DWORKIN, 2007a, p. 71). A questão é bem exposta por Sandra Martinho Rodrigues (2005, p. 16):

Dworkin rejeita a discricionariedade judicial com base em dois argumentos essenciais: um argumento democrático e um argumento liberal. De acordo com o primeiro argumento, a criatividade judicial supõe a violação do princípio da separação dos poderes, que concentra no poder legislativo a competência para promulgar normas jurídicas; de acordo com o segundo argumento – o argumento liberal –, não é permitido legislar *ex post ipso*, não é admissível a aplicação retroactiva de normas jurídicas posteriores à realização do facto contemplado nas referidas normas.

Em vez dessa possibilidade, que vai de encontro a princípios fortemente aceitos no atual horizonte histórico-jurídico, Dworkin afirma que o juiz não é livre para adotar o padrão que lhe convier, mas tem o dever de “chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que suas ordens ou regras exigem e agir com base nessa compreensão” (DWORKIN, 2007a, p. 58). O que significa dizer que, mesmo naqueles *casos difíceis*, “é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, o direito das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização” (DWORKIN, 2007a,

p. 430). A preocupação passa a ser então a busca da validade, não de uma regra conforme um teste de *pedigree* (regra de reconhecimento) – mesmo porque, em um caso *difícil*, não é possível dizer que essa regra esteja disponível –, mas da justificação política de direitos que por ventura não estejam expressamente dispostos. Também não há papel de tornassol para testar aquela justificação política, do modo que a regra de reconhecimento confere validade a uma regra primária. Na perspectiva do positivismo jurídico hartiano, a “segurança” sobre a validade jurídica dos padrões normativos disponíveis não é efetiva caso esse padrão não seja uma regra.

Para ilustrar a distinção entre regras e princípios, Dworkin utiliza como exemplo o estudo de um caso ocorrido nos Estados Unidos em 1889: o caso *Riggs vs Palmer*, em que “um tribunal de Nova York teve de decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo” (DWORKIN, 2007a, p. 37). As leis que regiam a feitura de testamentos e transferências de propriedades, se interpretadas literalmente, concediam a herança ao assassino, pois nada falavam acerca da situação fática em análise. Todavia, o tribunal argumentou que, em respeito ao “direito costumeiro” (*Common Law*), é possível identificar o princípio segundo o qual “a ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime” (DWORKIN, 2007a, p. 37). Ao final do processo, a herança não foi entregue ao assassino.

Diante, portanto, de um caso *difícil*, o tribunal de Nova York não recorreu a um padrão descrito como regra (“um testamento é inválido a menos que assinado por três testemunhas”), mas a um princípio (“nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos”). Para Dworkin, esse caso foi paradigmático porque foi de encontro à “tendência natural de um jurista de associar leis e regras e pensar o direito como uma coleção ou sistema de regras” (DWORKIN, 2007a, p. 61).

Esse exemplo ilustra também a natureza da argumentação utilizada pelo tribunal. Com base em uma racionalidade argumentativa diferenciada para os momentos de justificação e aplicação do direito, Ronald Dworkin apresenta uma distinção basilar

para sua teoria da decisão judicial: o uso diferenciado de argumentos de política e argumentos de princípio. A diferenciação é apresentada da seguinte forma:

Argumentos de política justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito a igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. (DWORKIN, 2007a, p. 129-130)

Dworkin defende que “a justificativa de um programa legislativo de alguma complexidade vai normalmente exigir os dois tipos de argumento” (DWORKIN, 2007a, p. 130). Entretanto, em relação às decisões judiciais afirma que “são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas” (DWORKIN, 2007a, p. 132).

Dessa forma, o uso e a natureza da argumentação de princípios jurídicos ganham relevância para a restrição do poder discricionário dos juízes diante de casos difíceis. A questão é muito bem colocada por Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 200):

Não há uma liberdade total, onde o magistrado decide a partir de valores externos ao direito, que, na maioria das vezes, são os seus próprios, mas uma esfera carregada de princípios (que pertencem ao sistema jurídico) que limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais. É dentro dessa esfera que se deve decidir. Caso haja discricionariedade, essa ocorre apenas em sentido fraco. Dworkin não aceita, dessa forma a proposição dos positivistas de que toda norma aberta é, na realidade, um convite para que os juízes exercitem suas próprias escolhas. Ao invés de se buscar controlar a discricionariedade por intermédio da regulamentação e detalhamento minucioso de como devem se comportar os agentes do Estado – tradicional ao direito administrativo –, busca-se densificar o ambiente decisório a partir dos princípios.

A teoria proposta pelo positivismo jurídico, principalmente nos casos difíceis, remete a um poder discricionário por parte dos juízes que nada diz e a nenhum lugar conduz, pois na ausência de uma regra clara, não discute o papel e a importância de outros padrões que não sejam novas regras. Dizer que os juízes podem criar novas regras, na ausência delas, é lhes conferir poderes legislativos, cuja fundamentação pode valer-se de padrões ilegítimos e fora do direito.

Considerar o direito como um sistema composto apenas de regras – cujo único teste de validade constitui-se uma referência a uma regra secundária de reconhecimento –, desconsiderando a importância e a discussão de outros padrões (princípios), pode ser mais simples e menos complexo. Porém, é incapaz de “construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas práticas” (DWORKIN, 2007a, p. 72).

Questões atuais complexas, nas quais é impossível ou controvertido alegar que haja regras *a priori* estabelecidas – como a crescente demanda judicial relativa ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, e inúmeras outras envolvendo direitos fundamentais e obrigações jurídicas – não podem ser resolvidas sem que padrões, além das regras, sejam considerados e enfrentados. Uma vez que “tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida” (DWORKIN, 2007a, p. 71). Assim, o direito não corre o risco de ser o resultado daquilo “que o juiz tomou em seu café da manhã” (DWORKIN, 2007b, p. 45).

Apesar das incertezas relativas à aplicação dos princípios jurídicos aos casos concretos, é preciso o enfrentamento e a discussão pública de padrões dessa natureza; algo que a teoria do direito proposta pelo positivismo jurídico de Hart não oferece. Caso contrário nada restringirá a discricionariedade judicial (em sentido forte), e qualquer resposta oferecida deverá ser aceita como válida. Remetendo-se novamente à alusão realizada por Dworkin, de que “tal como um espaço no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe, a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições” (DWORKIN, 2007a, p. 51), uma decisão judicial de um *caso difícil* não limitada por algum padrão normativo é uma criação *ex nihilo* de um novo direito. Não há substância que o delimite, não há a “rosca”; o que há é apenas o espaço vazio. E do vazio é possível se construir tudo.

Por isso que Dworkin (2007b, p. XIII) irá se contrapor à tese do positivismo jurídico (de que “não podem existir resposta ‘certas’ a questões jurídicas polêmicas, mas apenas respostas diferentes”) e, em contrapartida, afirmar que “na maioria dos

casos difíceis, existem respostas certas a serem procuradas pela razão e pela imaginação”.

É nessa perspectiva que Dworkin irá também, em um exercício de retórica, “criar” o seu juiz ideal: Hércules, responsável pela busca de “respostas corretas” para os “casos difíceis”. Em outras palavras, para evitar a postura dos juízes do “modelo de regras” (de “criar” direito), a tarefa de Hércules é “a de encontrar os princípios aplicáveis que façam parte do direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica da comunidade em apreço” (SGARBI, 2009, p. 163). A tarefa de Hércules não é fácil. Não por coincidência, Dworkin lhe atribui tal nome.

Por tê-lo “criado” como um “jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (DWORKIN, 2007a, p. 165), Dworkin é muito criticado pelo fato de que, com tais características, esse juiz, na prática, não existiria. Além disso, seus críticos alegam que a “resposta correta”, perquirida por Hércules, também não existe, tendo em vista que, diante de uma norma, múltiplas interpretações seriam possíveis. Trata-se de entendimento equivocados.

Como o próprio autor admite, a figura de seu juiz ideal Hércules é “sobre-humana”. Não há a pretensão de que ele exista na prática, como um juiz de “carne-e-osso”. Com a criação dessa figura ideal, Dworkin refere-se, fundamentalmente, a um exercício de retórica, algo criado para argumentar, convencer alguém de que a busca que se realiza é pela “resposta correta” para o caso (difícil) em análise. Trata-se de uma “atitude” frente ao ordenamento jurídico. Tanto que Dworkin sempre se refere a Hércules por meio de suposições: “como Hércules atuaria neste caso difícil?”; ou “imagine que Hércules...”.

Aceitar esse ideal – essa atitude e vontade do juiz Hércules de buscar uma resposta correta para um caso difícil – implica a pressuposição de que existe uma “resposta correta” e a questão não está aberta à discricionariedade. A controvérsia sobre a unicidade da resposta correta desconsidera que essa é um “ponto de chegada” da decisão judicial. A resposta correta não é um dado *a priori*, um ponto de partida a partir do qual Hércules, em função de seus “poderes sobre-humanos”, consegue revelá-la. Pelo contrário, ela é fruto de um trabalho hercúleo dos juízes na busca “de

fazer cumprir os direitos institucionais verdadeiros daqueles que buscam o seu tribunal” (DWORKIN, 2007a, p. 192). Pertinente é a colocação de José Emílio Medauar Ommati (2004, p. 105) sobre essa discussão:

A única resposta correta para Dworkin não significa uma única decisão verdadeira, como se a verdade existisse de uma vez por todas. A única decisão correta, para o americano, é a única que pode convencer todas as partes envolvidas na decisão tomada. Isso porque hoje verdade só pode ser entendida discursivamente.

Dworkin também “criou” a figura de outro juiz – o juiz Herbert – que adota uma postura diferente da adotada por Hércules. Para Dworkin (2007a, p. 195), esse é um juiz que aceita a teoria clássica do direito, cuja pressuposição é de que os juízes decidem os casos em duas etapas: primeiro encontram o limite daquilo que o direito explícito exige e, em seguida, exerce um poder discricionário independente para legislar sobre problemas que o direito não alcança.

O que conta nessa distinção de posturas entre Hércules e Herbert é a forma como os eles entendem e aplicam o ordenamento jurídico na solução dos casos difíceis. Para Herbert, “quando as regras positivas do direito são vagas ou indeterminadas, os litigantes não têm direito institucional algum, de modo que qualquer decisão que ele possa vir a tomar será sempre um novo elemento de legislação” (DWORKIN, 2007a, p. 202). A postura de Hércules deve ser outra: “ele sabe que a questão que ele deve decidir é a questão dos direitos institucionais das partes. Sabe também que se decidir erradamente [...] estará privando as partes daquilo que é seu direito” (DWORKIN, 2007a, p. 202).

Afinal, “‘levar os direitos a sério’ é não perder de vista que os direitos individuais são direitos preexistentes e que a tarefa judicial é a de realizar esse direito” (SGARBI, 2009, p. 168). Essa é a “tese dos direitos” proposta por Dworkin, que será aperfeiçoada, complementada e refinada em “O império do direito”, no qual o autor discutirá, de forma mais coesa – e novamente com o “auxílio” de Hércules –, sua concepção acerca do que seja o direito.

1.4 O “DIREITO COMO INTEGRIDADE”: A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN AO DILEMA “O QUE É O DIREITO?”

Em “O império do direito”, Ronald Dworkin empreende um esforço filosófico cujo objetivo “concentra-se na decisão judicial, nos juízes togados, mas esses não são os únicos protagonistas do drama jurídico, nem mesmo os mais importantes” (DWORKIN, 2007b, p. 16). Portanto, apesar de reconhecer que um estudo mais completo da prática do direito deveria levar em conta outros atores, como legisladores e promotores públicos, o empreendimento de Dworkin é, novamente, no sentido de negar a discricionariedade judicial em sentido forte, principalmente nos casos difíceis. E ao se debruçar sobre a tarefa de aplicação do direito pelos juízes, Dworkin argumenta que, subjacente a essa tarefa, relevante é saber o que eles pensam que é o direito e, quando divergem sobre o assunto, de qual divergência se trata.

Nessa obra, Dworkin irá tratar das divergências teóricas do direito, criticando as teorias que apresentam o direito como uma “simples questão de fato”. Segundo Dworkin (2007b, p. 38), “tal ponto de vista sustenta que o direito apóia-se apenas em questões de mero fato histórico, que a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado”. Sobre essas teorias, Dworkin esclarece:

Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser. Por que, então, advogados e juízes às vezes parecem ter uma divergência teórica sobre o direito? Porque, quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito. (DWORKIN, 2007b, p. 10-11)

Quando Dworkin fala da divergência acerca de questões de fidelidade e moralidade, refere-se, no contexto da Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, à opinião mais popular que “insiste que os juízes devem sempre, a cada decisão, seguir o direito em vez de aperfeiçoá-lo” (DWORKIN, 2007b, p. 11). E isso deve acontecer mesmo que eles próprios não gostem ou considerem aquele direito aplicado de alguma forma injusto. Segundo Dworkin (2007b, p. 11), ao tentar fugir disso, estariam errados tanto quando: (i) “velada ou abertamente, submetem a lei a seus objetivos

ou opiniões políticas. São estes os maus juízes, os usurpadores, os destruidores da democracia”; ou quando sustentam que (ii) “devem melhorar a lei sempre que possível, que devem ser sempre políticos, no sentido deplorado da primeira resposta [...] o mau juiz é o juiz rígido e ‘mecânico’, que faz cumprir a lei pela lei”.

Essas duas versões, que Dworkin chama de “conservadora” e “progressista”, baseiam-se na tese de que “o direito é uma simples questão de fato”. Essa tese supõe que “nos repertórios existem normas jurídicas para decidir cada questão que se possa trazer à presença do juiz” (DWORKIN, 2007b, p. 12). Ou seja, “o direito é sempre uma questão de fato histórico e nunca depende da moralidade” (DWORKIN, 2007b, p. 12).

Nessa perspectiva, a grande questão é saber o que o juiz faria na ausência da norma jurídica? E a controvérsia sobre a fidelidade ao fato histórico é substituída por uma reparação, pois “os juízes que não têm escolha a não ser criar um novo direito podem introduzir ambições diferentes nessa iniciativa. Devem preencher as lacunas com prudência” (DWORKIN, 2007b, p. 12). E na ausência dessa norma, haveria respostas corretas? Dworkin afirma que os adeptos daquela tese:

Dizem que não existem repostas certas, mas apenas repostas diferentes a difíceis questões jurídicas; que em última análise o discernimento é subjetivo; que é apenas o que parece certo, seja o que for, a um determinado juiz em um determinado momento. (DWORKIN, 2007b, p. 14)

Portanto, segundo Dworkin (2007b, p. 15), “o ponto de vista do direito como simples questão de fato, que predomina nos meios acadêmicos, é mais uma evasiva do que uma teoria”. O esforço de Dworkin será, para refutar essa tese, apresentar uma teoria sobre a divergência teórica do direito, cujo objetivo é “compreender de que tipo de divergência se trata e, então, criar e defender uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito” (DWORKIN, 2007b, p. 15).

Nesse mister, a crítica ao positivismo jurídico é novamente o ponto de partida para a construção de sua teoria. Refere-se ao positivismo jurídico como um dos representantes de uma “teoria semântica do direito”. Além de sustentarem o ponto de vista do direito como simples questão de fato, as teorias semânticas do direito

“pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmo critérios (embora esses sejam ocultos ou passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras” (DWORKIN, 2007b, p. 41). Por ser uma teoria semântica, os critérios empregados para avaliar as proposições jurídicas baseiam-se, comumente, em aspectos lingüísticos.

Sendo o positivismo jurídico, portanto, um representante tanto da “teoria do direito como questão de fato”, quanto da “teoria semântica do direito, é possível concluir que a divergência sobre os fundamentos do direito dependem: (i) de certos eventos históricos específicos e daquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado, ou seja, trata-se de um dado “objetivo”; como também (ii) de certos critérios lingüísticos para avaliar a “verdade” de proposições jurídicas.

Caso o positivismo jurídico esteja correto, afirma Dworkin (2007b, p. 46), então a aparente divergência teórica que ocorre em casos difíceis, como no caso Elmer, é enganadora. Considerando que nesses casos não há decisão (legislativa) expressa e *a priori* sobre a controvérsia, do tipo “regra”, como não havia no caso Elmer, então os representantes do positivismo jurídico poderiam concordar “quanto a não haver direito algum a descobrir. Sua divergência, portanto, deve ter sido um debate disfarçado sobre qual deveria ser a natureza do direito” (DWORKIN, 2007b, 46).

Para Dworkin, a tentativa positivista de simular uma divergência teórica em casos como esses tem uma explicação, aceita por alguns de seus adeptos: “os juízes fingem divergir sobre a natureza do direito porque o público acredita que o direito sempre existe e que os juízes devem sempre segui-lo” (DWORKIN, 2007b, p. 46). Mas se o direito sempre existe, onde está ele nos *casos difíceis*? Dworkin (2007b, p. 48) reconhece, porém, que aquela é uma resposta sem nenhuma evidência, e que existe outra estratégia mais sofisticada de defesa do positivismo jurídico, segundo a qual, como nos *casos difíceis*, os desacordos somente ocorrem nos casos poucos claros (“zona de penumbra”) do direito.

Devido à “textura aberta do direito” (HART, 2009), “as regras para o uso das palavras não são precisas e exatas, elas permitem a existência de casos nebulosos ou limítrofes nos quais as pessoas falam de maneira um tanto diferente” (DWORKIN,

2007b, p. 48). Os desacordos passam a ser, portanto, semânticos. Dessa forma, “nosso uso da palavra ‘direito’ não é diferente de nosso uso de muitas outras palavras que não consideramos problemáticas” (DWORKIN, 2007b, p. 48-49).

Para ilustrar esse posicionamento, Dworkin (2007b, p. 49) dá o exemplo do significado da palavra “casa”. A maioria das pessoas não tem dificuldade de identificar uma determinada edificação como sendo uma casa. Entretanto, há casos duvidosos: alguns poderiam dizer que o palácio de Buckingham é uma casa; outros poderiam discordar. Por meio dessa estratégia positivista, é possível afirmar que juízes e advogados, em casos limítrofes do direito, não “estavam divergindo sobre o conteúdo do direito, mas sua divergência era ‘puramente verbal’, como a divergência quanto ao palácio de Buckingham ser ou não uma casa” (DWORKIN, 2007b, p. 49).

Dworkin mostra, portanto, que as divergências sobre o direito, no positivismo jurídico, são ilusórias: “a tese do fingimento mostra os juízes como mentirosos bem-intencionados; a tese do caso limítrofe mostra-os, por outro lado, como indivíduos simplórios” (DWORKIN, 2007b, p. 50).

A tese do caso limítrofe é contestada por Dworkin por meio do que ele chama de “agulhão semântico”, uma espécie de “cilada”, cujas vítimas:

[...] pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. (DWORKIN, 2007b, p. 55)

Isso impede a real divergência teórica sobre determinados assuntos. Um exemplo dessa “cilada” é o caso dado por Dworkin: “eu e você só poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro” (DWORKIN, 2007b, p. 55). Mas, o que é um livro? Uma cartilha de algumas poucas páginas? Uma apostila didática? Um guia de viagem? Um exemplar de “Memórias Póstumas de Brás Cubas”? Alguns casos parecem incontroversos, mas outros podem situar-se em uma zona limítrofe do entendimento acerca do que é um livro. E a divergência passa a ser, então, sobre o fato de determinado objeto ser ou não um

livro. E nesse caso o desacordo não é semântico, mas de concepção (o que é um livro?).

Diante do exemplo proposto por Dworkin, poderia haver dois tipos de divergências: uma empírica (acerca de quantos livros ele possui em sua estante); e outra teórica (na contagem dos livros, seria necessário levar em consideração a discussão de casos nos quais há desacordo se determinado objeto é ou não um livro). A primeira, vítima do aguilhão semântico, desconsidera a possibilidade de desacordo sobre o que seja ou não um livro e, dessa forma, torna a divergência aparente, pois os critérios (semânticos) tacitamente aceitos não são discutidos. A segunda permite que, por meio de uma base comum a partir do qual ambos se posicionam, haja uma divergência genuína (teórica), sobre o que é um livro, para que então esse possa entrar na contagem. Não se trata de uma divergência empírica ou semântica (“quantos livros há na estante?”; “um livro é um encadernado de folhas”, por exemplo), mas teórica, de concepção (“o que é um livro?”).

Em analogia ao referido exemplo, Dworkin (2007b, p. 56) adverte: “Em direito, porém, grande parte das divergências é teórica, não empírica”. No direito também há vítimas do aguilhão semântico, “que é a expressão que Dworkin emprega para designar o defeito de se tentar entender o direito tão-somente como uma questão de discordância de convenção social” (SGARBI, 2009, p. 171). Não se trata, portanto, de uma mera questão semântica ou empírica, mas de concepção.

Este, aliás, é o problema da redução da discussão acerca da união entre pessoas do mesmo sexo ao significado da expressão “homem e mulher”, prevista no Art. 226, § 3º da atual Constituição Federal, deixando-se de lado a discussão de fundo acerca do sentido do princípio constitucional da igualdade na sociedade brasileira contemporânea. Seria a união entre pessoas do mesmo sexo um caso limítrofe da união estável heterossexual? A divergência nesse caso é de que natureza? Empírica (sobre aquilo que objetivamente as instituições jurídicas decidiram no passado), semântica (sobre a “veracidade” de critérios lingüísticos ou uma espécie de “caso limítrofe”) ou teórica (sobre os fundamentos do direito)? Na perspectiva de Dworkin, uma divergência genuína sobre o assunto deve ser de natureza teórica, que envolva

uma concepção de direito que possibilite, sob parâmetros de base, divergir sobre o que seja o direito.

Assim, antes de apresentar sua concepção de *direito como integridade*, Dworkin critica e apresenta as principais deficiências de duas concepções “rivais” do direito, que se apresentam como “simples questão de fato”: o convencionalismo e o pragmatismo.

A tese do convencionalismo é assim exposta por Dworkin: “O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (DWORKIN, 2007b, p. 141). Segundo essa concepção, o direito resulta de determinadas convenções sociais específicas, as convenções jurídicas, e a prática jurídica deve se pautar no respeito e no cumprimento dessas convenções. A máxima dessa tese é que os juízes devem respeitar irrestritamente a convenção da vontade majoritária advinda do Legislativo, pois os juízes devem aplicar o que foi estabelecido. Em suma: não existe direito a não ser aquele oriundo de tais decisões.

O grande problema do convencionalismo é que, nos casos difíceis, abre-se o flanco para a discricionariedade em sentido forte, principalmente nos casos em que não há convenção estabelecida, situações em que as decisões dos juízes não estariam vinculadas a nenhuma convenção, “criando-se” então um direito e aplicando essa “criação” de modo retroativo. E o problema de surgirem novos casos não estabelecidos por convenção, e eles sempre surgirão em sociedades plurais e complexas, é resolvido pela teoria do convencionalismo, segundo Dworkin, da seguinte forma:

Os juízes devem decidir esses casos novos da melhor maneira possível, mas por definição nenhuma parte tem nenhum direito a obter ganho de causa em virtude de precedentes – nenhuma parte tem a pretensão juridicamente tutelada de vencer –, pois os únicos direitos dessa natureza são os direitos estabelecidos por convenção. (DWORKIN, 2007b, p. 142-143)

Essa concepção convencionalista encontra-se presente em decisões judiciais cuja fundamentação indicou a omissão do ordenamento jurídico na regulamentação da

união entre pessoas do mesmo sexo. Como não há (ainda) convenção (legislativa) acerca do tema, não há que se falar em direitos!

Por outro lado, o pragmatismo “é uma concepção cética do direito porque rejeita o pressuposto de que as decisões passadas estabelecem os direitos daquelas ainda por vir” (DWORKIN, 2007b, p. 126). Voltado para o futuro, o pragmatismo se abstrai das leis e precedentes como fontes únicas do direito, buscando seu fundamento naquilo que a comunidade elegeu como melhor para si. Assim, de acordo com Dworkin: “os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura” (DWORKIN, 2007b, p. 195). É o que esclarece Cintia Garabini Lages (2004, p. 494):

Segundo o pragmatismo, os juízes devem às vezes agir como “como se” as pessoas tivessem direitos, porque a longo prazo esse modo de agir servirá melhor à sociedade. Os direitos “como se” são utilizados pelo pragmatismo como estratégia, vez que fazem crer que são levadas em consideração pretensões juridicamente tuteladas.

Por essa concepção, reconhecer judicialmente a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar pode ir de encontro àquilo que a comunidade “elegeu” como o melhor para si, como, por exemplo, a heterossexualidade e o padrão de família “tradicional”, capaz de gerar filhos e alinhada à moralidade religiosa e majoritária.

Entretanto, Dworkin irá desenvolver uma terceira concepção de direito, o *direito como integridade*, que se opõe ao convencionalismo e ao pragmatismo:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política de processo. (DWORKIN, 2007b, p. 271)

Com essa concepção, neste momento sumariamente delineada, Dworkin defende que o direito “não pode ser identificado com as prescrições de conduta encontradas a partir de alguma regra de identificação das normas (regra de reconhecimento),

pois o direito é uma ‘prática social’ de característica argumentativa” (SGARBI, 2009, p. 174).

O *direito como integridade* deverá então firmar-se como uma prática social interpretativa, cuja formulação e fundamentação teórica, a serem realizadas para melhor compreensão dessa prática, irão se desdobrar, dentro da teoria de Dworkin, no estudo da *interpretação construtiva* e da tese do *romance em cadeia*. Essa concepção de direito não se apresenta estática, fixa no passado (convencionalismo) ou projetada para o futuro “melhor” (pragmatismo), mas algo que “continua”, possibilitando dessa forma que divergências e desacordos teóricos genuínos sejam possíveis, em diferentes contextos, de forma argumentativa.

1.4.1 A “interpretação construtiva” e o direito como prática social interpretativa

Ao defender que o direito é um conceito interpretativo de uma prática social – e que essa interpretação deve ser construtiva – Dworkin (2007b, p. 57) irá propor, preliminarmente ao aprofundamento dessa tese, um novo exercício de retórica: a análise, em uma comunidade fictícia, de seu comportamento frente a regras de cortesia. Uma dessas regras diz, por exemplo, que “a cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres”. Por algum tempo, essa regra tem um caráter de tabu e seu uso não é questionado nem modificado. Porém, com o passar dos anos, muitos passam a desenvolver uma “atitude interpretativa” em relação às regras de cortesia, afirmando que, independente do que elas determinam na prática – como tirar o chapéu diante de nobres –, elas têm um valor, uma finalidade que serve a algum interesse ou propósito e que, portanto, devem ser preservadas.

Outra “atitude interpretativa” irá, pelo contrário afirmar que as exigências de cortesia podem não ser aquilo que sempre se imaginou que fossem. Essa atitude irá, então, afirmar que essas práticas são dependentes dessa finalidade “de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade” (DWORKIN, 2007b, p. 57). A

cortesia deixa de ser, assim, um ato mecânico e “cego”, pois “as pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado” (DWORKIN, 2007b, p. 58).

A “atitude interpretativa” de uma prática social, portanto, procura atribuir-lhe um significado que, na visão daqueles que o fazem, justificam a adoção de determinada regra de cortesia. Trata-se, dessa forma, de interpretar uma prática social. Dworkin utiliza desse exemplo para apresentar “uma abordagem teórica particularmente destinada a explicar a interpretação de práticas e estruturas sociais como a cortesia” (DWORKIN, 2007b, p. 60).

Ao se dedicar, portanto, a abordar teoricamente a “interpretação de uma prática social”, como o fará com o direito, Dworkin (2007b, p. 60-61) esclarece a necessidade de se estabelecer o contexto em que se dará essa interpretação:

Interpretar uma prática social é apenas uma forma ou ocasião de interpretação. As pessoas interpretam em muitos contextos diferentes e, para começar, devemos procurar entender em que esses contextos diferem. A ocasião mais conhecida de interpretação – tão reconhecida que mal reconhecemos como tal – é a **conversa**. Para decidir o que uma pessoa disse, interpretamos os sons e sinais que ela faz. A chamada **interpretação científica** tem outro contexto: dizemos que um cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los. Outro, ainda, tem a **interpretação artística**: os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a fim de justificar algum posto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito. (Sem grifos no original)

Para Dworkin, a forma de interpretação que está ligada à interpretação de uma prática social é similar à interpretação artística, no sentido de que ambas “pretendem interpretar algo criado pelas pessoas, como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversa, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica” (DWORKIN, 2007b, p. 61). Assim, a essas duas formas de interpretação (artística e de práticas sociais), Dworkin (2007b, p. 61) atribui a característica de interpretação “criativa”, diferenciando-as da interpretação conversacional e da interpretação científica.

Com isso, Dworkin rejeita a ideia de que a interpretação de uma prática social esteja ligada às intenções de um orador/autor, ou que as atribuições de sentido à determinada prática social decorram dessa “intenção”, como ocorre na interpretação

conversacional. Da mesma forma, rejeita a interpretação científica, que se utiliza da “metáfora de dados que ‘falam’ com o cientista do mesmo modo que uma pessoa fala com outra; ela mostra que o cientista como alguém que se empenha em entender aquilo que os dados tentam dizer-lhe” (DWORKIN, 2007b, p. 61). A posição por ele defendida é diferente:

[...] a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva. A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. [...] Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto. (DWORKIN, 2007b, p. 63-64)

Em linhas gerais, essa é a proposta conhecida na teoria de Dworkin como “hipótese estética”, isto é, “que toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível [...] e que a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem diferentes critérios de valor e de sucesso” (DWORKIN, 2007b, p. 65). Em relação ao direito, “quando se está interpretando uma prática jurídica o objetivo é o de oferecer a melhor versão do resultado coletivo de suas interações” (SGARBI, 2009, p. 179). Desconsiderar esse tipo de interpretação e “afirmar que o direito consiste apenas em ‘atividade do legislador’ é narrar tão-somente uma ‘parte da história’” (SGARBI, 2009, p. 174).

Apesar das semelhanças entre a interpretação artística e a interpretação de uma prática social, como formas de interpretação construtiva, Dworkin (2007b, p. 81) apresenta uma forma refinada de aplicação desta ao estudo do direito enquanto prática social. E o faz por meio de uma distinção analítica entre três etapas da interpretação, “observando como são necessários, em uma comunidade, diferentes graus de consenso quando se tem em vista o florescimento da atitude interpretativa” (DWORKIN, 2007b, p. 81).

Primeiro, “deve haver uma etapa ‘pré-interpretativa’ na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática” (DWORKIN, 2007b, p. 81). Ou seja, é preciso que sejam definidas, assim

como se define o texto de um livro que se pretende interpretar, as hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido enquanto parte da prática social. No exemplo proposto por Dworkin, da comunidade fictícia em que se analisa a atitude interpretativa frente às regras de cortesia, essa fase diz respeito à identificação das práticas relacionadas à cortesia adotadas pela comunidade (“a cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres”).

Em segundo lugar, “deve haver uma etapa interpretativa, em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa” (DWORKIN, 2007b, p. 81). Nessa fase, a instituição de cortesia do exemplo anterior (tirar o chapéu diante dos nobres) não pode ser encarada apenas como um ato mecânico ou uma deferência espontânea, mas requer uma justificativa, um significado que veja aquela prática em sua melhor luz (DWORKIN, 2007b, p. 58).

Poderia se afirmar que a prática de tirar o chapéu diante dos nobres é justificada por uma atitude de respeito em relação à hierarquia social, que determina todas as relações sociais de uma comunidade. Esse poderia ser o contexto inicial dessa prática de respeito. Porém, com o passar do tempo, a justificativa pode não mais se ajustar ao contexto inicial. A prática de respeito, expressa na retirada do chapéu diante dos nobres, como manifestação da cortesia, pode tornar-se anacrônica, pois a hierarquia social já não exerce a influência sócio-político-econômica que outrora exercia. Dworkin (2007b, p. 59) oferece um possível indicativo para a ocorrência dessa mudança: “a concepção das pessoas sobre os fundamentos apropriados do respeito, por exemplo, pode variar de acordo com a posição social, idade ou sexo, ou algum outro atributo”. Assim, poderia ser justificado que, em outros contextos, os beneficiários da prática sejam as mulheres, os idosos ou outro grupo social.

Por último, “deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 2007b, p. 81-82). Assim, o intérprete da prática social irá precisar “de convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa que, de fato, mostrariam a prática sob sua melhor luz, e de juízos sobre se a hierarquia social é desejável ou deplorável, por exemplo”

(DWORKIN, 2007b, p. 83). Nesse momento não há espaço para a neutralidade. O intérprete precisa engajar-se substantivamente acerca da prática social de modo a ajustá-la à justificativa aceita na fase anterior.

A atitude interpretativa desenvolvida ao longo dessas fases permite que práticas sociais sejam compreendidas em diferentes contextos espaço-temporais, sem que atributos semânticos ou empíricos estejam necessariamente conectados àquela prática. O próprio Dworkin adverte: “por hipótese, não existe tal atributo: em uma etapa a cortesia é vista como uma questão de respeito; em outra como algo muito diferente” (DWORKIN, 2007b, p. 85). Mas o que (não) permite que uma determinada prática social, como a cortesia, permaneça, apesar das conseqüências da etapa pós-interpretativa, a mesma instituição ao longo de todas as mudanças e adaptações sociais? A questão da continuidade é relacionada à seguinte metáfora: “a instituição tem a continuidade [...] de uma corda constituída de inúmeros fios dos quais nenhum corre ao longo de todo o seu comprimento nem abarca em toda a sua largura” (DWORKIN, 2007b, p. 85). Ou seja, apesar das mudanças das práticas sociais (“os fios”), a instituição (“a corda”) permanece contínua, pois a retirada ou reformulação de uma prática social não a desconstitui, mas apenas a torna sensível às tensões e fricções da vida social.

Por isso que, analisando a evolução do direito, “podemos obter uma visão mais ampla de nossa cultura jurídica observando de que modo ela se desenvolve e como seu caráter geral muda através dos tempos” (DWORKIN, 2007b, p. 111). Isso também nos permite afirmar que a instituição “direito” permanece contínua, porém seu propósito é constantemente reinterpretado de maneira construtiva em função da atitude interpretativa desenvolvida em contextos históricos diferenciados.

1.4.2 O integridade no direito e a tese do “romance em cadeia”

Em outro exercício argumentativo, Dworkin propõe a análise do direito em três modelos de comunidade política: “as práticas políticas de uma comunidade

poderiam ter por objetivo expressar um dos três modelos gerais de associação política” (DWORKIN, 2007b, p. 252).

O primeiro supõe que os membros de uma comunidade “tratam sua associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia, entre outras coisas, e, portanto, como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeira” (DWORKIN, 2007b, p. 252). Trata-se de uma comunidade estabelecida por uma mera questão de circunstância.

O segundo modelo “pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer regras estabelecidas de um certo modo que é específico dessa comunidade” (DWORKIN, 2007b, p. 253). A concepção convencionalista do direito serve a essa comunidade, que é estabelecida em função de regras adotadas por instituições públicas no passado.

No terceiro modelo de comunidade, seus membros “aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político” (DWORKIN, 2007b, p. 254). Nessa comunidade de princípios, seus membros também “admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam” (DWORKIN, 2007b, p. 254-255).

E uma comunidade de princípios sustenta a integridade como parte fundamental de sua política, ou seja, “a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (DWORKIN, 2007b, p. 264). Sobre a peculiaridade dessa especial comunidade, notadamente no que tange autocompreensão de seus integrantes, observa Menelick de Carvalho Netto (2005, p. 77):

Uma verdadeira comunidade, que Dworkin denomina de princípios, é uma comunidade especial. Além de compartilhar esses princípios comuns, eles a compreendem como uma comunidade de princípios, pois seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, há um respeito pela diferença do outro que não se confunde com a emoção moral, o altruísmo

ou o amor. As obrigações recíprocas dessa comunidade decorrem dessa natureza especial que lhe é constitutiva.

É, portanto, sobre o pressuposto de que uma comunidade de princípios se configura como associação política ideal que Dworkin fundamentará sua concepção de *direito como integridade*, no qual “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007b, p. 272). Segundo essa concepção, o convencionalismo não oferece uma justificativa adequada às práticas jurídicas. O *direito como integridade*, por sua vez, “insiste em que o direito [...] contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa” (DWORKIN, 2007b, p. 273-274). Desse modo, “as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza” (DWORKIN, 2007b, p. 274).

Dessa forma, defende Dworkin que “os juízes, por mais difícil que seja o caso apresentado, devem oferecer sempre em suas decisões a melhor prática interpretativa à luz dessa perspectiva de integridade” (SGARBI, 2009, p. 189). E nesse sentido, a ideia de integridade de Dworkin é explicitada por Gustavo Binenbojm (2001, p. 85) de forma esclarecedora:

A integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica de regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito.

A inserção de princípios como normas jurídicas modifica de maneira profunda a interpretação jurídica e o papel do juiz na aplicação do direito, tornando-o aberto a uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico e das decisões institucionais pretéritas. Enfim, o entendimento de que o direito é construído por meio de uma prática jurídica construtiva e argumentativa, que o permite:

[...] expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios

exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação e da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. (DWORKIN, 2007b, p. 229)

Buscando, portanto, efetivar o princípio da integridade na atividade jurisdicional – e, dessa forma, dar relevância ao papel do juiz na atividade de aplicação do direito – Dworkin irá desenvolver uma tese relacionando a interpretação construtiva no âmbito da jurisdição à interpretação literária. Trata-se de um novo exercício retórico: “podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’” (DWORKIN, 2007b, p. 275). O processo é exposto por Dworkin da seguinte forma:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível. (DWORKIN, 2007b, p. 275)

Muitos argumentos céticos são direcionados à ideia do romance em cadeia. Um dos mais fortes é o argumento da insegurança jurídica, pois os juízes poderiam “criar” um “novo capítulo” a cada decisão e, dessa forma, não se teria certeza sobre a validade das proposições jurídicas. Entretanto, os juízes não se encontram “livres” para acrescentar, de forma irresponsável, novo capítulo ao romance em construção. Dworkin, entretanto, adverte: “cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu” (DWORKIN, 2007b, p. 276). Ou seja, existe um “horizonte histórico” (GADAMER, 2008) no qual o intérprete se insere e que lhe impõe certos limites argumentativos relacionados à aceitabilidade de uma atividade interpretativa desenvolvida sobre uma determinada prática social.

Para citar uma expressão utilizada pelo próprio Dworkin em “Levando os direitos a sério”, não existe papel de tornassol que indique o (in)sucesso dessa empreitada. Ela pode, inclusive, ser uma tarefa impossível (DWORKIN, 2007b, p. 276). Ou “talvez o projeto esteja condenado a produzir não apenas um romance incrivelmente ruim, mas na verdade a não produzir romance algum” (DWORKIN, 2007b, p. 276). Porém, é preciso admitir que a tarefa tem sentido, “que cada um dos romancistas da cadeia pode ter algum domínio daquilo que lhe pediram para fazer, sejam quais

forem as dúvidas sobre o valor ou a natureza do que se está produzindo” (DWORKIN, 2007b, p. 276).

Visando refinar ainda mais a ideia do romance em cadeia, Dworkin (2007b, p. 277) irá conferir uma estrutura à interpretação adotada pelo romancista, distinguindo duas dimensões que necessitam ser postas à prova: a dimensão de “adequação” e a dimensão de “conteúdo”. Na primeira dimensão,

Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. [...] a interpretação que adotar deve fluir ao longo do texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto. (DWORKIN, 2007b, p. 277)

Ou seja, nessa dimensão encontram-se presentes as considerações formais e estruturais que levam o intérprete à interpretação que se adapta melhor ou pior ao texto (DWORKIN, 2007b, p. 282).

A outra dimensão que deve ser submetida à prova vai exigir que o intérprete julgue “qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão” (DWORKIN, 2007b, p. 278). Encontram-se presentes os juízos estéticos, que permitirão “mostrar o texto sob sua melhor luz, pois se ajusta a uma parte maior do texto ou permite uma integração mais interessante de estilo e conteúdo” (DWORKIN, 2007b, p. 278). Isto é, agora o intérprete precisa engajar-se no sentido de escolher qual das interpretações “torna o romance substancialmente melhor” (DWORKIN, 2007b, p. 282).

E quais seriam os desafios para aplicação no direito da tese do romance em cadeia? Dworkin oferece um caminho: “os diferentes aspectos ou dimensões da abordagem do trabalho de um juiz – as dimensões de adequação e conteúdo [...] – são, em última análise, sensíveis a seu juízo político” (DWORKIN, 2007b, p. 307). Por isso, diante de casos difíceis, o juiz:

[...] deve fazer uma escolha entre interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política,

a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo. (DWORKIN, 2007b, p. 306)

Dessa forma, a divergência acerca das questões envolvendo *casos difíceis* será uma divergência teórica, e não de natureza semântica, empírica ou, ainda, fruto de um poder discricionário (em sentido forte). A divergência será mais profunda e relativa aos fundamentos do direito para a solução daqueles *casos difíceis*, pois “diferentes juízes vão divergir sobre cada uma dessas questões e, conseqüentemente, adotarão pontos de vista diferentes sobre aquilo que realmente é, devidamente compreendido, o direito de sua comunidade” (DWORKIN, 2007b, p. 306).

A concepção de integridade no direito, na forma proposta por Dworkin, permite que o ordenamento jurídico seja composto, juntamente com as regras, também por princípios, que não possuem apenas a natureza de suprir a ausência/indefinição das regras, mas atuam como verdadeiras normas, deontologicamente válidas, e que constituem a matriz de uma comunidade de princípios.

Menelick de Carvalho Netto (2005, p. 78-79) correlaciona de forma precisa a questão da integridade do direito e a metáfora do romance em cadeia:

A integridade do Direito significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem como livres e iguais e como co-autores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal. Desse segundo sentido decorre a metáfora do romance em cadeia.

Com isso, procurando superar os impasses e armadilhas que o positivismo jurídico não conseguiu solucionar, como a discricionariedade judicial nos “casos difíceis”, Dworkin compreende o ordenamento jurídico não como um sistema fechado de regras, mas como um sistema aberto no qual se desenvolve uma atividade interpretativa, de natureza construtiva, a respeito de regras e princípios.

1.5 RETOMANDO A PERGUNTA INICIAL

Como afirmado no início deste capítulo, a resposta à relevante indagação proposta – se estaria o juiz, diante da ausência de regulamentação constitucional expressa a respeito das uniões entre pessoas do mesmo sexo, “criando” direito (ou legislando) nos casos em que as reconhece judicialmente como união estável e entidade familiar – é afetada pela inexistência de consenso acerca do que seja o direito. As duas concepções apresentadas respondem de forma diferente à pergunta inicial. Assim, é possível, após as considerações sobre o que é o direito nas perspectivas de Hart e Dworkin, inferir duas óticas de leitura do problema, a partir das quais respostas distintas se afirmam.

1.5.1 Uma resposta à luz da teoria de Hart

Segundo a teoria positivista de H. L. A. Hart, o direito, para evitar os defeitos de incerteza, estaticidade e ineficiência de uma estrutura social simples – baseada apenas em normas de obrigação –, deve configurar-se na “combinação de normas primárias de obrigação com as normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento” (HART, 2009, p. 127). Nessa proposta, a norma de reconhecimento seria o critério de validade para as normas primárias de obrigação. Essa norma de reconhecimento, por ser o critério último de validade do sistema (*ultimate rule*), deve ser aceita como tal pela comunidade que a utiliza, pois não existiria outra norma ainda mais fundamental para “testar” sua própria validade.

Assim, as normas de um sistema jurídico seriam válidas caso atendessem a esse teste de *pedigree* estabelecido pela norma de reconhecimento, que nada diz acerca do conteúdo da norma em questão, mas que lhe “imprime” um “selo de validade jurídica”. Os direitos e obrigações jurídicos dos indivíduos deveriam, portanto, estar dispostos de forma expressa em normas (regras) que atendessem aos requisitos de validade estabelecidos na regra de reconhecimento.

Por isso que Dworkin afirma que o positivismo jurídico é um modelo de e para um sistema de regras (DWORKIN, 2007a, p. 36). Quando o conteúdo desses direitos e

obrigações é posto em cheque – como o caso de saber se casais homossexuais têm direito a constituir união estável e, em consequência, usufruir de direitos sucessórios, de adoção ou até mesmo eleitorais – nada é possível afirmar sobre esses direitos jurídicos, além daqueles porventura criados por uma decisão ou prática expressa anterior (regra). Como no direito pátrio não há essa decisão (legislativa) expressa conferindo aqueles direitos a casais homossexuais, a questão fica aberta então à discricionariedade judicial. E o juiz, na teoria de Hart, não está “obrigado” a seguir outros padrões a não ser aqueles criados expressamente, fazendo o uso de uma discricionariedade em sentido forte.

Dessa forma, como tem ocorrido nas diversas demandas judiciais sobre o tema, os juízes reconhecem essas uniões ora como uma sociedade de fato, ora como uma união estável propriamente dita (heterossexual) ou mesmo afirmam que o pedido é juridicamente impossível, pois ainda não houve manifestação legislativa sobre o tema. Diante da ausência de uma decisão *a priori* sobre direitos e obrigações jurídicos de casais homossexuais, a teoria de Hart não oferece uma análise sobre os padrões seguidos pelos juízes para análise desses casos. Não há, portanto, nesses casos difíceis, certeza sobre os direitos e obrigações jurídicos das partes.

O sistema jurídico passa a se configurar num “sistema de regras”, que não oferece “respostas corretas” para os casos difíceis, apenas possibilidades interpretativas – em função da “textura aberta do direito” – que podem, e em muitos casos o fazem, na tentativa de conferir legitimidade à decisão, conjecturar sobre qual seria a verdadeira “intenção do legislador” na regulação daquele caso concreto. Mesmo não sendo essa intenção objetivamente acessível – o “estado mental”, e não revelado, dos parlamentares que participaram da elaboração do dispositivo legal? – o recurso a ela parece complementar/suprir a deficiência (linguística ou semântica) dos textos na tentativa de se alcançar o “verdadeiro” sentido da norma. Ou seja, não há uma análise teórica e racional, na modelo apresentado por Hart, sobre os critérios e padrões empregados na fundamentação de decisões judiciais acerca de casos *difíceis*.

O “poderoso” instrumento proposto por Hart (diferenciação entre normas primárias e secundárias) não oferece uma teoria para lidar com a “textura aberta” do direito e

com os padrões que não são regras. Em casos de “zona obscura de incerteza”, afirma Hart que há sim uma atividade judicial criadora, cuja discricionariedade consiste em tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos. Ora, dessa forma, a decisão judicial, nos *casos difíceis*, é realizada por meio de nova legislação. Com isso, a resposta à pergunta inicial proposta é, na teoria de Hart, afirmativa! Ou seja, nessa perspectiva, diante da ausência de regulamentação constitucional expressa a respeito das uniões entre pessoas do mesmo sexo, o juiz estaria “criando” direito (ou legislando) nos casos em que as reconhece judicialmente como união estável e entidade familiar.

1.5.2 Uma resposta à luz da teoria de Dworkin

De outro lado, com Ronald Dworkin a reflexão passa a se concentrar nos padrões e condições de análise de *casos difíceis*, os quais ainda não foram decididos por meio de decisão expressa anterior. Dworkin apresenta uma teoria que critica o positivismo jurídico onde ele não conseguiu avançar. Para além das regras, analisa e discute outros padrões normativos orientadores de uma decisão judicial, incluindo a discussão sobre princípios na busca de uma “resposta correta” acerca de direitos e obrigações jurídicos das partes em um processo judicial.

Dworkin é enfático ao afirmar que a inexistência de decisão (legislativa) anterior e expressa sobre o tema não impede que as partes tenham direito a uma “resposta correta” acerca de seus direitos e obrigações jurídicos. Ao ignorar o papel dos princípios na situação de um caso não coberto por uma regra clara, o positivismo jurídico conclui que o juiz tem discricionariedade (em sentido forte) para decidir um *caso difícil* mediante a criação de um novo item de legislação. Contrapondo-se a essa proposta, Dworkin enfatiza a importância e o papel que os princípios desempenham nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos.

Sua “tese dos direitos” – segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes por meio de uma argumentação de princípio, e não de política – fundamenta-se na análise e na importância dos princípios para o momento

de aplicação do direito. Ao considerar também, em conjunto com as regras, os princípios como padrões jurídicos dotados de normatividade, e, portanto, como fonte do direito, a aplicação destes aos casos concretos não se configura criação do direito, mas aplicação de um direito já existente, composto de regras e princípios. Como os princípios não contêm suas próprias condições de aplicação, é possível que a solução de casos difíceis, ainda não regulados por meio de regras, torne-se mais sofisticada e capaz de oferecer respostas racionais e contextualizadas aos problemas cada vez mais complexos e não tratados expressamente pela legislação.

Não há processo mecânico que possa ser utilizado para apontar a pertinência e o peso no uso de um determinado princípio. Por isso Dworkin defende a tese de que o direito é uma prática social interpretativa, cuja integridade conduz a uma visão atenta à legislação, às práticas sociais e à história institucional do Judiciário e de outras instituições públicas, na busca de “respostas corretas” aos casos (difíceis) em análise. Assim, a proposta de Dworkin acerca do que seja o direito rejeita a ideia de que os juízes estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Trata-se da aplicação de um direito cuja integridade não permite a discricionariedade em sentido forte.

Com efeito, o marco teórico adotado demonstra que a decisão judicial acerca de questões não expressamente tratadas no âmbito das regras legislativas nem sempre configura criação do direito. Afinal, o sistema jurídico democraticamente estabelecido, muito mais complexo do que um modelo fechado de regras, contempla também princípios, que devem penetrar nos discursos jurisdicionais de aplicação normativa, especialmente para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais nas sociedades contemporâneas. Essa, aliás, é uma aquisição histórico-evolutiva do constitucionalismo, conforme será demonstrado no curso do presente trabalho.

Portanto, a perspectiva teórica apresentada por Dworkin, linha condutora do presente trabalho, respalda a afirmação de que, diante da ausência de regulamentação constitucional expressa a respeito das uniões entre pessoas do mesmo sexo, o juiz não estaria “criando” direito (ou legislando) nos casos em que as reconhece judicialmente como união estável e entidade familiar, mas, à luz do *direito*

como integridade, aplicando princípios constitucionais para a solução de um *caso difícil*.

Todavia, até este momento, a hipótese de trabalho ainda não se encontra totalmente confirmada. Torna-se necessário um esforço complementar no sentido de perscrutar se aquele reconhecimento decorre da efetivação das normas constitucionais em vigor. Dessa forma, a partir do próximo capítulo, trabalhar-se-á com a ideia de que o reconhecimento judicial das uniões entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar, além de não se configurar criação do direito, decorre da efetivação de normas constitucionais e dos preceitos do constitucionalismo moderno.

2 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: A (I)LEGITIMIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS CONTRAMAJORITÁRIAS NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É sedutor o ideal de justiça que subjaz à técnica da “regra da maioria”. Caso se tenha uma demanda ou um problema a resolver, ou mesmo escolher qual opção tomar diante de um rol de possibilidades, e isso inclui os mais diversos assuntos que vão desde reuniões de condomínio aos rumos de uma nação, o mais “justo” seria recorrer à decisão tomada pela maioria daqueles que serão afetados pela decisão ou legitimados a decidir, atendendo, dessa forma, aos interesses do maior número possível de pessoas. A decisão laureada de “justiça” arrasta com ela o sentimento de resignação que cala os vencidos: “não há decisão mais ‘justa’, foi o que decidiu a maioria”.

Esse é um significado comum atribuído à palavra democracia, entendida dessa forma apenas como acatamento à regra majoritária. Uma decisão democrática, nessa visão, é aquela cuja deliberação envolveu a aprovação da maioria de uma assembléia ou grupo de pessoas, não importando, a partir da tomada da decisão, os argumentos, opiniões e, principalmente, a condição dos que foram vencidos sob a vigência da decisão majoritária. E a vida continua com deliberações e decisões lastreadas pelo sedutor sentimento de justiça que chancela o fortíssimo argumento da decisão majoritária.

Todavia, a questão não é tão simples quanto parece. Como adverte Giovanni Sartori (1994, p. 190): “... o direito da maioria não equivale à justeza (*rightness*) da maioria”. Ilustrando tal posicionamento, complementa Sartori:

Em 1801, em seu primeiro Discurso Inaugural, Jefferson disse: “Embora a vontade da maioria deva prevalecer em todas as situações, essa vontade, para ser justa, deve ser razoável”. Jefferson deu o passo de se atribuir prioridade ao princípio da maioria, em plena e declarada consciência de que o “justo” não pode residir apenas nos números. (SARTORI, 1994, p. 190)

A busca de regimes democráticos “justos” atravessa os séculos e, desde o seu surgimento na antiguidade clássica, nenhum conceito talvez tenha sido tão

interpretado e reinterpretado como o de *democracia*. Defender uma concepção sobre “o que é democracia?” tem se configurado num dos grandes empreendimentos filosóficos da racionalidade humana.

Transposta para o âmbito da teoria política, essa estreita ideia de democracia é utilizada como forma de governo cujas decisões são tomadas pela maioria. A própria etimologia da palavra, em sua origem grega (*demos* = povo, *kratein* = governo), revela sua ligação com a política, ou seja, um “governo do povo”, expressão ambígua que serve a tiranos, revolucionários e tantos outros para o estabelecimento de regimes “democráticos” de governo. Igualmente controverso é saber, em sociedade complexas e plurais, “quem é o povo?” (MÜLLER, 2009).

Hans Kelsen (1993, p. 141), em livro dedicado ao tema, apresenta sua concepção de democracia: “O termo designa um governo no qual o povo participa direta ou indiretamente, ou seja, um governo exercido pelas decisões majoritárias de uma assembléia popular, ou por um corpo ou corpos de indivíduos...”.

Essa é uma concepção presente na doutrina do positivismo jurídico. Além de Kelsen, outro expoente dessa doutrina, Norberto Bobbio (1984, p. 19), afirma:

No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão.

Mas será que em todas as situações basta a vontade da maioria para a consecução do “sentimento de justiça”? Ou ainda, seria legítima uma decisão judicial que prescindia ou vá além do que foi acordado previamente por meio da regra da maioria – que integra também o processo legislativo – para a defesa de direitos fundamentais de minorias?

Desde que Maquiavel apontou para a secularização do pensamento político, e iniciou o desbravamento do “continente” da Modernidade, o caminhar ao longo dos séculos demonstrou que decisões jurídico-políticas fundadas apenas sob o argumento da simples regra da maioria, muitas vezes em nome do “povo” (MÜLLER,

2009), da “vontade geral” (ROUSSEAU, 1999), transformaram o sedutor “sentimento de justiça” em um “canto de sereia”. Em variados momentos históricos, o argumento da decisão majoritária, com poderes de “enfeitiçar” a opinião pública, possibilitou que minorias sem voz e/ou vencidas fossem excluídas do debate, ou mesmo exterminadas, pois não faziam parte do mundo no qual decidia a maioria.

O aprendizado histórico-jurídico-político ocidental revelou, por meio da afirmação histórica dos direitos humanos (COMPARATO, 2010), que seria preciso impor limites às decisões tomadas pelas maiorias políticas. Seria preciso que as minorias não fossem desconsideradas ou desprezadas e, mais que isso, que fossem protegidas contra as eventuais decisões das maiorias no poder. Nesse sentido, o movimento revolucionário constitucionalista, surgido no final do século XVIII, notadamente durante as Revoluções Americana e Francesa – que traziam consigo as ideias de contratualismo, limitação de poder e igualdade formal – iniciaram esse processo de se impor limites aos poderes do governo e das maiorias políticas.

Em duzentos anos de aprendizado teórico e prático do constitucionalismo, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, e as atrocidades dela decorrentes, alguns novos elementos foram incorporados a esse aprendizado. A positivação de direitos fundamentais e o surgimento de modelos/teorias para efetivá-los, bem como a normatividade dos princípios jurídicos, impactaram a teoria constitucionalista de forma indelével. Ou como sinteticamente conclui Michel Rosenfeld (2003, p. 36): “Mais especificamente, o constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação da *rule of law*, ou seja, do Estado de Direito, e a proteção dos direitos fundamentais”.

Outro aspecto que impactou o constitucionalismo foi o surgimento/ruptura/transformação dos paradigmas jurídico-estatais, influenciando os ideais e as práticas concorrentes no entendimento acerca do constitucionalismo e da democracia. As pré-compreensões sobre esses conceitos – estruturas que Gadamer (2008) aponta como elementos ou mesmo condição de possibilidade do ato de compreensão – transformaram-se e foram sendo revistas em função da tradição e do surgimento de novos elementos histórico-político-jurídicos, integrando um “pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais,

que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmo e do mundo” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 476).

Com efeito, é justamente o uso de “grades seletivas gerais pressupostas nas vivências de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 476), que se tornam possíveis tanto a aceitação quanto a legitimidade dos diversos atores políticos e jurídicos em cenários históricos diferenciados, como ocorreu nos paradigmas político-jurídicos de maior sucesso na Modernidade: o Estado Liberal, o Estado de Bem-Estar Social e o Estado Democrático de Direito.

Diante, portanto, dessas breves considerações e do atual contexto político-jurídico brasileiro, este capítulo pretende estabelecer algumas reflexões acerca dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional na garantia dos direitos fundamentais de minorias sob o atual paradigma jurídico-estatal estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mais especificamente: em que condições, e valendo-se de quais argumentos, poderia o Poder Judiciário proferir, na defesa/garantia de algum direito fundamental, uma decisão cujo conteúdo não tenha sido ainda expressamente regulado pelo Legislativo, com legitimidade popular para a tomada de decisões majoritárias? A forte crítica ao “ativismo judicial” é fundamentada justamente pela “ilegitimidade” de juízes em proferir sentenças cujas decisões contrariam, desconsideram ou vão além do que foi decidido por meio da regra majoritária presente no discurso legislativo.

A crítica aponta ainda que decisões judiciais dessa natureza vão de encontro ao princípio da separação de poderes, uma vez que os juízes estariam “legislando” nos casos concretos. No capítulo anterior, empreendeu-se um esforço teórico para demonstrar que essa afirmação nem sempre é verdadeira, pois depende de fatores como o dissenso acerca do que seja o direito e a natureza da argumentação (de princípio ou de política) realizada durante a atividade jurisdicional.

Haveria, portanto, uma tensão ou mesmo conflito entre democracia e constitucionalismo, quando a regra da maioria – presente na elaboração das leis produzidas de acordo com o processo legislativo – fosse, no âmbito das decisões judiciais, “desconsiderada”? Procurar-se-á também desnaturalizar esse aparente conflito, buscando esclarecer que essa “tensão” desaparece quando o conceito de democracia é redefinido e vai além da simples regra da maioria, sendo condição de possibilidade para o constitucionalismo, e vice-versa. Parte-se da hipótese de que a legitimidade de decisões obtidas exclusivamente por meio dessa regra, em sociedades hiper-complexas e plurais, não é suficiente para que o direito, nesta quadra da história, promova os ideais de justiça que atenda, simultaneamente, às maiorias e às minorias. É necessário, portanto, um equilíbrio dinâmico em que seja possível aliar segurança jurídica – caracterizada pela aplicação de uma norma previamente aprovada pela maioria – e a justiça no caso concreto.

2.1 DEMOCRACIA: PARA ALÉM DA “REGRA DA MAIORIA”

Que a democracia constitui a forma de governo presente em praticamente todas as nações ocidentais, nisso não há controvérsia. Como afirma Simone Goyard-Fabre (2003, p. 197): “Hoje existem poucos países no mundo que não se dizem uma democracia, como se a sua longa genealogia filosófica a tivesse conduzido, apesar das resistências e das dúvidas, a um triunfo inelutável”. Todavia, questiona-se neste trabalho a aplicabilidade da regra da maioria, muitas vezes compreendida como sinônimo de democracia, a todas as questões ou situações, principalmente quando se põe em cheque a legitimidade de decisões judiciais que contrariam ou vão além do que foi acordado anteriormente por meio da regra majoritária.

Esse questionamento encontra-se na base das reflexões que Celso Fernandes Campilongo (2000, p. 64) faz à “aplicação indiscriminada da regra da maioria”:

A “pureza formal” dessa regra ignora, por exemplo, a questão da intensidade das preferências dos votantes. O abrigo na “força do maior número” obscurece os problemas de legitimação próprios das sociedades complexas. Por que 51% de eleitores indiferentes fazem prevalecer suas vontades apáticas sobre os 49% intensamente envolvidos com a questão a

ser votada? Apenas pelas virtudes formais do procedimento majoritário?
(CAMPILONGO, 2006, p. 64)

Dizer que tal condição, qual seja, a confiança na legitimidade de decisões obtidas por meio do consenso majoritário, seria suficiente para a existência de um governo democrático “justo” é ir ao cerne do conceito de democracia. Todavia, tentar justificar que decisões contramajoritárias, fundamentadas no constitucionalismo, encontram-se em uma “zona de penumbra” (HART, 2009) do conceito de democracia, isto é, se decisões dessa natureza enquadram-se ou não no conceito de democracia, leva-nos à cilada de um “agulhão semântico”, como nos adverte Dworkin (2007b, p. 56): “estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência”. Pertinente é empreendermos um esforço para “desnaturalizar” e redefinir o próprio conceito de democracia. Afinal, como esclarece Menelick de Carvalho Netto (2001, p. 06):

Democracia é uma dessas palavras que em nosso cotidiano consideramos óbvias e, exatamente porque óbvia, terminamos por não problematizá-la, supondo que todos atribuímos naturalmente a esse vocábulo o mesmo conteúdo semântico. Quando tematizada, no entanto, como ocorre com todos os termos pragmaticamente considerados óbvios sem que reflitamos sobre eles, ela se revela um imenso problema uma vez que, no nível discursivo da linguagem, não há qualquer acordo acerca de sua significação, de seu conteúdo de sentido. Enquanto integrante do pano-de-fundo compartilhado de silêncio que torna a comunicação possível, o termo é, na verdade, empregado plausivelmente com sentidos diversos e, mesmo antagônicos, sem que disso nos demos conta.

Nesse sentido, e principalmente após as lamentáveis conseqüências dos regimes totalitários do século XX, a concepção de democracia precisou ser reformulada, coadunando-se com a existência/garantia/proteção dos direitos fundamentais, sem os quais minorias estariam fadadas à submissão do que decidiu a maioria. E essa reconstrução encontrou-se sempre marcada pela historicidade e pela (pré)compreensão de que seria necessário algo que impusesse limites às ações estatais e à vontade das majorias. Robert Dahl, ao expor um novo entendimento “Sobre a democracia” (2001), revela:

A democracia não é apenas um processo de governar. Como os direitos são elementos necessários nas instituições políticas democráticas, a democracia também é inerentemente um sistema de direitos. Os direitos estão entre os blocos essenciais da construção de um processo de governo democrático. (DAHL, 2001, p. 61)

Esse parece ser o ponto nevrálgico de um sistema democrático: quais direitos estariam imunes à decisão da maioria? Todos os direitos individuais precisariam da chancela majoritária da representatividade democrática para obter a tutela do Estado? Como afirma Celso Fernandes Campilongo (2000, p. 52): “Democracia também significa proteção às minorias”, e complementa:

Ridículo submeter os direitos fundamentais ao escrutínio do maior número. A regra da maioria tem um limite claro: não é legítima – nem ela nem nenhuma outra –, para condicionar, suprimir ou reduzir os direitos essenciais da pessoa humana. Aliás, os direitos humanos, na tradição revolucionária liberal, possuíam essa mesma conotação: instrumento de proteção de indivíduos e grupos minoritários contra os abusos do Estado. (CAMPILONGO, 2000, p. 53)

Um exemplo no qual se pode constatar essa situação é o debate atual sobre a possibilidade de reconhecimento judicial das uniões entre pessoas do mesmo sexo à luz da atual Constituição Brasileira. Por que casais de orientação homossexual que mantêm um relacionamento estável, caracterizado pela afetividade e projeto de vida em comum, não possuem os mesmos direitos que heterossexuais em união estável? Seria legítimo indicar apenas o significado sintático/semântico do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 para afirmar que tais direitos não lhes assistem? E mais que isso, que decisões judiciais em contrário, concedendo tais direitos, são caracterizadas como “ativismo judicial”, uma vez que ainda não houve decisão majoritária do Legislativo nesse sentido? O assunto tem desafiado o pensamento jurídico e as instituições judiciárias brasileiras.

Sobre essa questão, intrigante é o posicionamento de Lenio Luiz Streck, que parece filiar-se à concepção de democracia fortemente arraigada à noção de regra da maioria. Em recente artigo publicado na Revista *Magister*¹², Lenio Luiz Streck e demais coautores entendem não ser possível, sob a atual forma da Constituição, uma decisão judicial que reconheça os efeitos jurídicos de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Ao se posicionarem sobre o tema, parecem sugerir o fim da divergência, quando são enfáticos ao afirmar:

12 Trata-se do artigo: “Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte”, escrito por Lenio Luiz Streck, em coautoria com Vicente de Paulo Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira, publicado na Revista *Magister de Direito Civil* Nº 31, de Jul-Ago/2009.

A resposta adequada para o caso da união homoafetiva depende de alteração legal-constitucional. O melhor é confiar na Constituição e na forma como ela mesma impõe para a sua alteração. Em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo Legislador. (STRECK; OLIVEIRA; BARRETO, 2009, p. 5)

E para tanto, fazem uma analogia com a figura mitológica de Ulisses:

Do mesmo modo que Ulisses, que para enfrentar o canto das sereias ordena que o acorrentem ao mastro do navio, o corpo político estabelece nas Constituições algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das maiorias (parlamentares ou monocráticas). (STRECK; OLIVEIRA; BARRETO, 2009, p. 5)

Mas o que está em jogo não é o “despotismo das maiorias”, e sim a proteção de minorias homossexuais que, aliado a essa condição (de minoria), são vítimas de preconceito e rejeição por setores da sociedade, o que influencia de forma marcante a inexistência de decisões (legislativas) majoritárias que regulamentem ou mesmo considerem sua existência e suas relações¹³.

E o que seria “uma causa”, nos termos que os autores propõem que se aguarde resignadamente até a manifestação do legislador? Um direito individual ainda não chancelado pela maioria legislativa, que indicaria como a vida deveria se dar para que o direito a proteja? Ou todas as possibilidades de direitos não elencados explicitamente na Constituição? Há várias formas de se compreender o tema – basta verificar o conteúdo divergente das decisões judiciais relacionadas ao tema, conforme exposto na introdução desse trabalho –, mas o posicionamento dos autores é claro: “Vivemos em um país em que, a todo tempo, setores do pensamento jurídico-político apresentam teses que têm como pretexto um problema particular do cotidiano para, no fundo, desconstituir a Constituição” (STRECK; OLIVEIRA; BARRETO, 2009, p. 05).

O que os autores do artigo denominam, de forma simplória, um “problema particular do cotidiano” não se trata, no caso em análise, de um direito fundamental de minorias (homossexuais), desconsiderado há anos pelo Congresso Nacional?

¹³ Desde 1995 tramita no Congresso Nacional o projeto de lei da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Mais de 17 projetos de lei que envolve temas relacionados à homossexualidade tramitam no Congresso Nacional. Entretanto, nenhuma produção legislativa federal sobre o assunto foi aprovada até o momento.

Segundo esse pensamento, todos os direitos fundamentais devem estar enumerados explicitamente na Constituição Federal, caso contrário, cabe ao Legislativo manifestar-se acerca da sua proteção. Algo alinhado à concepção de direito denominada por Dworkin de “convencionalismo”, conforme analisado no capítulo anterior.

Trata-se também de um posicionamento incoerente de Lenio Streck quando contrastado com sua própria obra, “Hermenêutica e(m) Crise”, cuja primeira edição completa dez anos:

No limite, em havendo inércia dos demais poderes, a efetivação do Direito (e dos direitos) passa por esse deslocamento do centro de decisões – no âmbito do Estado Democrático de Direito – dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário. (STRECK, 2009, p. 56)

O que justificaria essa mudança? Ou se não houve mudança de posicionamento, e esse pensamento permanece atual, o que se questiona seria então a natureza específica do direito fundamental em análise (em conexão com a homossexualidade)? Quando os argumentos não são expostos à refutação, sob o fundamento de que a “regra é clara” do ponto de vista semântico (“a Constituição fala apenas em união estável entre o homem e a mulher”), não é possível explicitar (e contestar) os verdadeiros fundamentos da controvérsia, que podem, inclusive, não ser legítimos sob o atual paradigma constitucional. A dúvida permanece na superfície dos argumentos, que não oferecem outro nível de discussão a não ser aquele que justamente “fecha” o debate: “é preciso aguardar o legislador!”.

Uma das formas de se especular o fundamento da resposta oferecida por Lenio Streck, e demais coautores, seria a hipótese de que essa “mudança” de posicionamento poderia repousar na alegação do efeito de uma “ressaca principiológica” que teria acometido o direito brasileiro nos últimos anos. Nesse sentido, a banalização do uso de princípios jurídicos, como o da “dignidade da pessoa humana”, justificaria, em tempos de pós-positivismo e diante de todo o esforço despendido na compreensão de sua normatividade, um regresso à pretensão positivista de regulação, na qual seria possível tudo prever e tudo antecipar? Ou seja, “a crença que hoje sabemos implausível de que as normas, por

si só, seriam capazes de regular as situações sempre individuais, concretas e infinitamente complexas da vida, sem a mediação do aplicador” (CARVALHO NETTO, 2005, p. 77).

Segundo esse pensamento, a legitimidade do direito funda-se exclusivamente na concepção de direito denominada “convencionalismo”, que Dworkin (2007b) critica tão ferozmente, apontando a vulnerabilidade de seu esforço, uma vez que lhe falta – nas lições de Gadamer (2008) – um dos elementos que integram o ato de compreensão: a aplicação, ou seja, o contexto, a historicidade, sempre mutáveis em sociedades tão complexas como as atuais. E nesse sentido, os princípios são normas que apontam para a possibilidade de *respostas corretas* (DWORKIN, 2007a) e adequadas para a solução de *casos difíceis*, possibilitando a promoção de “justiça para as partes, sem deixar resquícios de injustiças decorrentes da cegueira à situação de aplicação” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 484).

Sob o ponto de vista do *direito como integridade*, na proposta de Dworkin, a hipótese de efeito de uma “ressaca principiológica” não merece prosperar. Naquela perspectiva teórica, a legitimidade de decisões judiciais não depende exclusivamente da subsunção de fatos a regras estabelecidas *a priori* pelo Legislativo. Elas são importantes, mas não os únicos padrões normativos à disposição para a solução de *casos difíceis*. Em vez da discricionariedade judicial, o *direito como integridade* “insiste que o direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários à sua justificativa” (DWORKIN, 2007b, p. 274). Isso porque os princípios são normas jurídicas que “operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e interrelações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 482).

Retomando o artigo em análise, em suas últimas linhas os autores concluem:

[...] propugnando sempre pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito e na democracia, pensamos que melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e à formulação de leis. Afinal, duzentos anos de constitucionalismo deveriam nos ensinar o preço da regra contramajoritária. (STRECK; OLIVEIRA; BARRETO, 2009, p. 18)

Porém, pertinente seria a inversão da questão, que parece mais aterradora: qual o preço pago pela humanidade no uso indiscriminado da regra majoritária? No século passado, esse uso permitiu, sob o manto do direito, que maiorias desprezassem, perseguissem e até mesmo exterminassem minorias excluídas socialmente, como foi o caso de negros, judeus e homossexuais durante o regime nazista.

Em contrapartida, nesse mesmo século, como posteriormente será analisado, o uso da regra contramajoritária permitiu que a Corte Suprema norte-americana efetivasse, por meio de uma “interpretação construtiva” (DWORKIN, 2007b) da 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos – cláusula de “igual proteção das leis” –, o processo de afirmação da igualdade racial no contexto de luta dos direitos civis dos negros naquele país.

Portanto, duzentos anos de constitucionalismo puderam revelar que o uso da regra contramajoritária pode contribuir para o processo de efetivação de direitos fundamentais. Porém, como qualquer instituição jurídica humana, justamente por essa razão, pode ser utilizada de maneira equivocada. Mas atribuir-lhe um sentido ontológico negativo para a tomada de decisões políticas, em favor da “preservação do grau de autonomia atingido pelo direito e na democracia”, como propõem os autores, é desconsiderar as possibilidades do constitucionalismo, principalmente na defesa e garantia dos direitos fundamentais de minorias.

A legitimação da regra majoritária fundar-se-ia, em democracias modernas, exclusivamente em uma “massa” de pessoas (povo?), cuja soberania repousa na “vontade geral” despersonalizada, estéril e manipulável? Ou a legitimidade do regime democrático sob o atual paradigma constitucional pode, em certos casos, prescindir de uma vontade majoritária se se considerar a democracia uma associação de cidadãos? Peter Häberle (1997, p. 38) adverte: “Democracia é o ‘domínio do cidadão’, não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular”. Ao estabelecer seu conceito renovado de democracia, Häberle complementa:

A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. (HÄBERLE, 1997, p. 38)

A concepção de democracia, portanto, que transfere ao governo todo o poder, sob a condição dele ser exercido em nome da metafísica “vontade geral” (ROUSSEAU, 1999), desde que legitimado pela regra da maioria, parece caducar em face de uma sociedade que igualmente legitima direitos e visões plurais de mundo. Congruente é o pensamento de Adriano Pedra (2008, p. 224):

Dessa forma, os direitos fundamentais que fazem parte do jogo democrático, como v.g. a liberdade de consciência, a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de associação, não podem ser afetados pelo próprio jogo democrático, devendo ficar a salvo do Parlamento ou do executivo, e teriam que ficar, portanto, sob a tutela da justiça constitucional.

Assim, a concepção de democracia deve ser reinterpretada, contextualizada, para se adaptar ao atual paradigma constitucional: ela só existe de fato onde o que decidiu a maioria não exclua ou despreze a condição das minorias. E isso só é possível quando, co-originalmente ao seu conceito, o constitucionalismo surja como condição de possibilidade para sua existência, ou seja, “a justiça constitucional deve, assim, reforçar a democracia, preservando a ordem jurídica, verificando se os pressupostos da democracia foram observados na tomada de decisões”. (PEDRA, 2008, p. 219)

Ao discorrer sobre esse aparente “conflito” (democracia e constitucionalismo), Ronald Dworkin (1995, p.2) esclarece:

Acredito que o conflito há pouco descrito é ilusório, por que é baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é. Devemos começar anotando uma distinção entre democracia e regra de maioria. Democracia quer dizer regra da maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. É controverso o que essas condições exatamente são. Mas algum tipo de estrutura constitucional que uma maioria não pode mudar é certamente um pré-requisito para a democracia. Devem ser estabelecidas normas constitucionais estipulando que uma maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo, ou privar uma minoria dos direitos de voto.

Ao se analisar com mais detalhe as implicações da regra da maioria para as democracias contemporâneas, é possível constatar que o “sentimento de justiça” nela aparentemente implícito não é suficiente para atender as demandas de uma sociedade complexa e plural. Desconsiderar minorias foi durante muito tempo

legítimo e aceito socialmente, constituindo-se paradigmaticamente um “pano de fundo naturalizado de silêncio” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 476).

Entretanto, à luz do atual paradigma constitucional, direitos fundamentais surgem, nas palavras de Dworkin (2007a, p. XV), como trunfos frente às decisões de maiorias eventuais ou políticas de governo. E, para tanto, o constitucionalismo assume um papel essencial na defesa/garantia de direitos fundamentais:

Por ‘constitucionalismo’ quero dizer um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno político cada vez mais popular. Vem se tornando cada vez mais comum supor que um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção constitucional de direitos individuais. (DWORKIN, 1995, p. 1)

Ocorre que o “sentimento de justiça” subjacente à regra majoritária é tão forte que frequentemente se contesta a legitimidade de decisões judiciais contrajoritárias, ou seja, aquelas que, na defesa/garantia de algum direito fundamental, anulam, desconsideram, ou vão além do que foi firmado em leis e atos produzidos por representantes dos poderes Legislativo e Executivo, escolhidos e eleitos pela maioria popular, o que não ocorre com representantes do Judiciário. Tal situação poderia sugerir uma tensão entre democracia (fundamentada exclusivamente na regra da maioria) e constitucionalismo (que confere legitimidade às decisões judiciais contramajoritárias para a proteção/garantia de direitos fundamentais).

Todavia essa tensão necessita ser “desnaturalizada”. Uma concepção historicamente contextualizada do papel da Constituição – um sistema aberto e deontológico de regras e princípios – aliada a um novo conceito de democracia – que também considere a condição de minorias e a natureza dos direitos fundamentais – revela que tais conceitos (constitucionalismo e democracia) são cooriginalmente condição de possibilidade para legitimidade de uma democracia constitucional fundada no pluralismo e na inclusão social.

De outra forma, as conseqüências de procedimentos majoritários podem, imunes ao contramajoritarismo constitucional, redundar em regimes políticos cuja democracia é justificada pela “legitimidade” do que decidiu a maioria, não importando o tipo de

argumentação empregada (se de política ou de princípio), o momento da decisão (se justificação ou aplicação do direito) ou mesmo os direitos fundamentais de grupos minoritários e/ou excluídos do debate.

Afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático seria um reducionismo que desconsidera essa implicação mútua. Decisões judiciais contramajoritárias, caso estejam alinhadas ao constitucionalismo próprio do paradigma de um Estado Democrático de Direito, não se apresentam como amarras à democracia, mas são capazes de promover mais liberdade, igualdade e fraternidade. Nessas condições, e sob esse paradigma, as promessas do constitucionalismo francês, após duzentos anos de aprendizado, apresentam-se como possíveis, porém não menos complexas.

Um anacronismo pálido e esmaecido parece rondar o entendimento da supremacia da regra majoritária “sobre todas as coisas”. Qual o legado do constitucionalismo senão o de proteção dos direitos fundamentais contra decisões político-jurídicas majoritárias? E se para cada nova demanda social posta à apreciação do Judiciário for preciso uma regra que contenha suas próprias condições de aplicação, chanceladas pelo que decidiu a maioria, de que servem os princípios (e sua normatividade)? Se a legitimidade das decisões judiciais reside nesses preceitos do positivismo jurídico, com sua obsessão por segurança jurídica, o aprendizado histórico-constitucional ainda não foi devidamente compreendido.

A sedução por segurança jurídica parece encantar tanto quanto o “sentimento de justiça” subjacente às decisões majoritárias. Mas esses encantos conduzem em direção a um lugar de fato “seguro”? Ou desconsiderar a complexidade social e os direitos fundamentais de minorias é o preço a se pagar por uma concepção estreita, (segura?) e excludente de democracia e constitucionalismo? É preciso analisar a legitimidade de decisões judiciais compatíveis com sistemas democráticos inclusivos, que, por exemplo, reconheçam a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar. Tais decisões certamente não podem fazer tudo, mas limitá-las à subsunção de convenções estabelecidas no passado é limitá-las apenas ao que decidiu a maioria, cujo sentimento de justiça muitas vezes não inclui os direitos de minorias.

Em tempos (pós)modernos, de complexidade e pluralidade social, aguardar resignadamente pela manifestação do Legislativo acerca de direitos e obrigações jurídicos, como propõe Lenio Streck e demais coautores do artigo analisado, com sua comparação a um Ulisses acorrentado e cego à sua “verdade” – e às conseqüências dela advindas – é regressar ao fundamento do positivismo jurídico. Um regresso que não pode ser justificado por algum tipo de “ressaca principiológica” ou insegurança jurídica do sistema.

A “verdade” sobre direitos e obrigações jurídicos não se encontra “aprisionada” em regras e textos jurídicos, em seu sentido semântico, à espera de ser “revelada” por algum juiz “iluminado”. Nem mesmo o Hércules de Dworkin tem essa pretensão. Ela encontra-se presente na controvérsia, na discussão, no debate, na (des)construção de argumentos que justificam as práticas sociais como sendo as melhores possíveis para uma comunidade.

A argumentação com base em princípios jurídicos permite que isso se torne possível de maneira racional, todavia não menos complexa, por mais assustador que isso passa parecer para a segurança de um sistema jurídico. Desconsiderá-la no momento de aplicação do direito, principalmente nos *casos difíceis*, implica em um ocultamento da “verdade”, imiscuída talvez nas (pré)compreensões ilegítimas daquele que interpreta, mas que delas não se desgarram de forma explícita para que de fato possam ser contra-argumentadas no sentido de justificar e/ou defender um comportamento ou prática social.

No atual horizonte histórico-jurídico - no qual os direitos fundamentais de primeira geração são “retomados como direitos de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 481) – ninguém é, legítima e isoladamente, possuidor de “verdades” cuja posse pertença apenas a “iluminados”, “deuses” ou “heróis”, como era de costume nos tempos de Ulisses. O aprendizado jurídico-histórico-filosófico adquirido no lapso temporal que vai da história protagonizada por Ulisses até os dias atuais deveria ter ensinado que as verdades não são mais eternas e que se foi o tempo no qual Ulisses podia acorrentar-se à sua.

2.2 DESAFIOS PARA UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ADEQUADA AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve ser compreendida, nas lúcidas palavras de Marcelo A. de Oliveira Cattoni (2006, p. 321):

[...] da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais.

Ao vislumbrar uma Constituição sob a “perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico...”, Marcelo Cattoni está ciente das implicações e conseqüências da hermenêutica filosófica no Direito. A historicidade e as (pré)compreensões dos intérpretes jurídicos (GADAMER, 2008) ganham importância e relevância na atividade jurisdicional e, conseqüentemente, na hermenêutica constitucional. Como já advertiu Peter Häberle (1997), “não há norma jurídica, há apenas norma jurídica interpretada”. Ou seja, a norma jurídica enquanto texto não possui um significado imanente capaz de produzir efeitos no mundo jurídico. É imprescindível a participação/mediação do intérprete, que então atribuirá sentidos à norma na aplicação aos casos concretos.

Portanto, diante da importância do intérprete para a realização/concretização do Direito, “certas pré-compreensões, típicas dos paradigmas jurídicos de maior sucesso na modernidade, devem ser criticamente analisadas, uma vez que, ainda hoje, concorrem entre si no âmbito da atividade jurisdicional” (COURA, 2009, p. 43).

O grande desafio é “aferir” a interpretação constitucional em sociedade pluralistas e complexas que possuem o *locus* hermenêutico em uma Constituição composta de regras e princípios, evitando-se a discricionariedade em sentido forte (DWORKIN, 2007a) e o solipsismo judicial. Autores como Friedrich Müller e Peter Häberle qualificam a hermenêutica constitucional, conforme expõe Rodolfo Viana Pereira (2006, p.6):

[...] como concretização de um Direito arejado pelas considerações principialistas e que buscará, no primor argumentativo, a racionalidade necessária para justificar o controle do mero subjetivismo e, portanto, o respeito ao padrão de segurança jurídica e adequabilidade ínsitos ao Estado de Direito.

E um dos grandes desafios para o direito na atualidade é justamente como ler/interpretar o texto da Constituição. Entre procedimentalistas e substancialistas, a tarefa é igualmente complexa e requer uma aproximação do texto constitucional para, então, atribuir-lhe sentido prático.

Nessa aproximação com o texto constitucional, intrigante é o título do primeiro capítulo da obra *Hermenêutica Constitucional* (2007), de Laurence Tribe e Michael Dorf: “Como não ler a constituição”. Antes de qualquer empreendimento no sentido de como se deve ler a Constituição, os autores apontam os equívocos do sentido oposto.

A primeira delas é acreditar na teoria do originalismo, ou seja, a crença de que para poder aplicar o texto às questões contemporâneas é necessário dirigir o olhar para as intenções originais daqueles que escreveram o texto constitucional. Nas palavras dos autores: “Se voltarmos às origens da Constituição, vamos deparar com uma sugestão para não nos determos demoradamente no passado” (2007, p. 9). Tal posicionamento é exemplificado com o seguinte enunciado feito pelo juiz da Suprema Corte dos EUA, William Rehnquist, em 1976:

Os modeladores da Constituição sabiamente usaram uma linguagem geral e deixaram para as gerações que os sucederam, a tarefa de aplicar essa linguagem às constantes alterações do ambiente no qual elas vivem... Quando os modeladores...usaram uma linguagem geral, deram espaço para que mais tarde os intérpretes do instrumento trabalhassem para que tal linguagem fosse aplicável aos casos que eles próprios não puderam prever. (REHNQUIST, 1976, *apud* TRIBE; DORF, 2007, p. 11)

Além do originalismo, Tribe e Dorf indicam duas falácias interpretativas que também são apresentadas como formas de não ler a Constituição: a des-integração e a hiper-integração.

Ler a Constituição por des-integração significa:

[...] nos aproximar da Constituição ignorando o fato claramente visível que suas partes estão ligadas ao todo – que é a Constituição que carece de interpretação e não um apanhado de cláusulas desconexas e meras provisões com históricos diversos. (TRIBE; DORF, 2007, p. 20)

Voltando ao artigo analisado anteriormente, no qual Lenio Streck e demais coautores defendem a tese segundo a qual o reconhecimento judicial de uniões homoafetivas depende de alteração formal da Constituição, tal posicionamento parece concentrar-se na interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fundada em uma leitura des-integrativa de seu artigo 226, §3º. Nesse dispositivo não há proibição expressa para o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo sexo. O texto é claramente exemplificativo e não limitador do igual reconhecimento para aplicação aos casos de união entre pessoas do mesmo sexo: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Perscrutar a intenção dos constituintes para saber se houve ou não omissão deliberada, bem como interpretar tal dispositivo isoladamente do restante da Constituição, são formas que Laurence Tribe e Michael Dorf (2007, p. 23) rejeitam na tarefa de ler/interpretar a Constituição:

É assim que a “interpretação” por des-integração da Constituição. Levanta uma questão, dá total importância e valor a ela, fornece-lhe todas as possíveis interpretações, e, ao mesmo tempo, ignora o fato de que ela está imersa em um todo.

Ao se analisar sistematicamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispositivos como o Artigo 3º, IV (no qual é identificado um dos objetivos fundamentais da República: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”); e o Artigo 5º, § 2º (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”) indicariam de fato uma vedação imposta pelo artigo 226, § 3º, proibindo o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo sexo como uniões estáveis e entidades familiares? De forma isolada, des-integrada, talvez. Mas ligado ao todo, parece incoerente a necessidade de alteração formal da Constituição para tal reconhecimento.

Afinal, seria possível prever/listar todos os direitos fundamentais ainda não expressamente enumerados na Constituição? Uma pretensão convencionalista/positivista impossível de se coadunar com sociedades cada vez mais complexas e plurais.

A segunda falácia interpretativa apontada pelos autores é a hiper-integração:

Quando nos referimos a ler por hiper-integração, significa nos aproximar da Constituição ignorando o não menos importante fato de que o todo é composto de diferentes partes – partes que em alguma instância foram adicionadas por uma ampla variedade de questões relativas à história da América; partes que são defendidas ou atacadas por grupos opostos e completamente diferentes entre si; partes que refletem premissas diferentes e, com frequência, radicalmente incompatíveis. (TRIBE; DORF, 2007, p. 20)

Ler a Constituição por hiper-integração é ter a equivocada ideia de que a Constituição é “um tipo de rede mal costurada, ‘uma onipresença chocante’, que nos fala por meio de uma voz única, simples e sagrada expressando uma visão singular de uma sociedade política ideal” (TRIBE; DORF, 2007, p. 25). Quando se afirma que é necessária a alteração formal da Constituição para que direitos de homossexuais sejam reconhecidos, como se isso dependesse exclusivamente da chancela majoritária do parlamento, é acreditar que a heterossexualidade apresenta-se como uma “onipresença chocante” na Constituição e que os direitos dos homossexuais estariam excluídos de sua proteção. Uma visão singular de sociedade ideal que esmaga o projeto de vida de pessoas cujas preferências sexuais divergem do padrão majoritário.

Nesse sentido confirma Marcelo Galuppo (2001, p. 55): “Uma Constituição Democrática não pode expurgar de seu interior os projetos minoritários que conformam o pluralismo”. Assim, negar judicialmente projetos minoritários, como o de homossexuais em constituir união estável na forma de uma entidade familiar é uma maneira de negar esse pluralismo. Em relação à sexualidade, o único projeto aceitável em relação à união estável seria o da heterossexualidade (majoritário). Essa é uma interpretação aceitável à luz dos princípios constitucionais?

Aproximar-se da Constituição com essa ideia hiper-integrativa é desconsiderar que visões plurais de mundo possam coexistir em seu interior, recebendo igual proteção.

De outra forma: “a inegável natureza plural e internamente dividida da Constituição não é uma realidade triste; ao contrário, deve ser considerada uma de suas mais importantes forças” (TRIBE; DORF, 2007, p. 26).

As breves considerações sobre os desafios para uma hermenêutica constitucional, desenvolvidas neste tópico, visam demonstrar que a atividade de interpretar a constituição, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, dever ser realizada de maneira muito mais complexa do que a aparente e simples leitura direta do texto da Constituição, no qual deveria constar um rol de respostas prontas, idealizadas *a priori* para a solução de todas as demandas postas à apreciação do Judiciário. Como será analisado no próximo tópico, a legitimidade de decisões judiciais envolve a discussão, aplicação e enfrentamento de princípios jurídicos constitucionais, de natureza aberta e indeterminada, mas que, apesar disso, são “passíveis de serem densificados nas situações concretas de aplicação segundo a sua adequabilidade à unicidade e irrepetibilidade das características do caso em tela” (CARVALHO NETTO, 2005, p. 77).

2.3 LEGISLATIVO *VERSUS* JUDICIÁRIO: EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS CONTRAMAJORITÁRIAS

Seria pertinente alegar que o uso de princípios jurídicos na fundamentação de decisões judiciais poria *em cheque* a legitimidade de tais decisões, implicando em insegurança jurídica, discricionariedade e/ou solipsismo judicial? Certamente a subsunção de fatos a regras que contenham todas as suas possibilidades de aplicação, à maneira de “tudo ou nada” (DWORKIN, 2007a), dispensando qualquer tipo de argumentação jurídica, parece ser muito mais simples, transformando a atividade jurisdicional em um ato mecânico e alinhado à ideia desenvolvida por Montesquieu, de ser o juiz a “boca da lei”.

Nesse sentido, evitando qualquer outra possibilidade de argumentação e divergência, diria Lenio Streck: “Em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo Legislador” (STRECK; OLIVEIRA; BARRETO, 2009, p. 5). Seria, portanto, unicamente o

Legislador que deveria se manifestar acerca dos direitos fundamentais pleiteados judicialmente, mesmo que “sejamos todos a favor de uma causa”. Uma concepção própria de um paradigma liberal clássico, defasado historicamente em pelo menos duzentos anos, no qual a igualdade formal desconsiderava a complexidade social, acovardando-se em decisões judiciais “neutras” e isentas de racionalidade argumentativa/ principiológica, sob pena de, em contrário, o Judiciário incidir em usurpação de poderes (Legislativo?) ou posturas prenes de “ativismos judiciais”. Nessa perspectiva, à luz do paradigma do Estado (liberal) de Direito, a atividade jurisdicional era compreendida como:

[...] uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera *bouche de la loi*. (CARVALHO NETTO, 2000, p. 479)

As (pré)compreensões do paradigma do Estado Democrático de Direito fundamentam-se em sistema aberto de regras e princípios. No Brasil, os últimos vinte anos são marcados justamente pelo esforço em se efetivar a “força normativa da Constituição” (HESSE, 1991), que irradia de forma deontológica suas regras e princípios para todo o ordenamento jurídico. E esse paradigma impõe ao Judiciário uma atividade de prestação jurisdicional mais complexa:

[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença total na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. (CARVALHO NETTO, 2000, p. 482)

E um ponto que se destaca na teoria de Dworkin é a natureza deontológica dos princípios, que não se confundem com valores, suscetíveis de ponderação e aplicação da melhor forma possível. Em caso de mais de um princípio “competir” na regulação do caso concreto, buscar-se-á a (in)adequabilidade desses princípios, não implicando que o princípio não adequado ao caso seja revogado ou inválido. Com clareza e precisão, Menelick de Carvalho Netto explicita a complexidade da atividade jurisdicional à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito:

Com essa abertura para a complexidade de toda situação de aplicação, o aplicador deve exigir então que o ordenamento jurídico apresente-se diante dele, não através de uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras, mas em sua integralidade, como um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações. (CARVALHO NETTO, 2000, p. 483)

Em relação ao ambiente decisório no emprego dos princípios, pertinente é a diferenciação entre a atividade legislativa e atividade jurisdicional, com os respectivos discursos de justificação e de aplicação do Direito, o que implica, em consequência, também uma diferenciação argumentativa, cuja legitimidade apresenta-se de forma peculiar a cada momento. Tal distinção remete à teoria da argumentação jurídica de Klaus Günther, ao defender que a atividade jurisdicional é bastante diferente da legislativa.

Os discursos de justificação caracterizam-se pela generalidade, abstração e validade para todos, envolvendo argumentos políticos, econômicos e morais. Ou de outra forma, “uma justificação discursiva de normas válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma represente um interesse universal” (GÜNTHER, 2000, p. 91).

Já os discursos de aplicação, próprios da atividade jurisdicional, são marcados pela concretude, historicidade e irrepitibilidade, o que requer do juiz um juízo de adequação, no sentido de se apurar qual norma *prima facie* é adequada ao caso. Nas palavras de Klaus Günther (2000, p. 92): “Discursos de aplicação pressupõem que as razões que usamos são normas válidas. Em vez de sua validade, os participantes discutem agora sua referência a uma situação”.

É justamente na diferenciação dos discursos de justificação e aplicação do direito que reside a legitimidade das decisões judiciais à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, vistas dessa forma como estratégia de efetivação desse paradigma. Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 483) correlaciona o emprego diferenciado desses discursos para a tomada de uma decisão judicial alinhada aos pressupostos do paradigma do Estado Democrático de Direito:

É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção de normas individuais e concretas, que fornece o substrato que Klaus Günther denomina *sensu de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões.

Quanto à distinção entre os discursos de justificação e aplicação do direito, relacionando-os à atividade legislativa e jurisdicional, Alexandre de Castro Coura (2004, p. 444) esclarece:

Para tanto, é necessário distinguir o discurso de justificação e o discurso de aplicação do direito, demarcando-se as tarefas que o Legislativo e o Judiciário podem legitimamente realizar, de forma que o último limite-se à aplicação das normas. Segundo Habermas, o fato de que tanto o Judiciário quanto o Legislativo estão vinculados à Constituição não implica em que eles devam competir no mesmo plano. Na perspectiva do Legislativo, a Constituição é interpretada tanto na elaboração quanto no desenvolvimento do sistema de direitos, tendo em vista a realização de políticas. O Judiciário, por sua vez, numa atividade de interpretação, toma as razões da Constituição para reger coerentemente casos concretos de forma que as decisões tenham por base princípios jurídicos vigentes.

Essa racionalidade argumentativa diferenciada para os momentos de justificação e aplicação do direito está também presente na obra de Ronald Dworkin, que entende que “os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas” (DWORKIN, 2007a, p. 129). Para tanto apresenta uma distinção fundamental na teoria política: o uso diferenciado de argumentos de política e argumentos de princípio.

Dworkin defende que “a justificativa de um programa legislativo de alguma complexidade vai normalmente exigir os dois tipos de argumento” (DWORKIN, 2007a, p. 130). Entretanto, em relação às decisões judiciais afirma que “são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas” (DWORKIN, 2007a, p. 132).

Como visto no capítulo anterior, é justamente a deficiência do positivismo jurídico em relação à possibilidade de discricionariedade forte por parte dos juízes, principalmente nos casos difíceis, que deve ser superada. Com uma argumentação

baseada em princípios, e não em políticas, Dworkin reafirma a ideia de que “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2007a, p. 127).

Diante das considerações doutrinárias e filosóficas apresentadas, é possível concluir que em discursos de aplicação do direito, característicos da atividade jurisdicional, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, uma argumentação principiológica, no sentido atribuído por Dworkin, legitima que decisões judiciais garantam direitos mesmo que decisões políticas em contrário (ou ainda não reguladas expressamente) sejam tomadas anteriormente, no momento de justificação do direito (próprio da atividade legislativa).

Não há que se falar em “criação” do direito apenas pelo fato de não haver regra específica regulando o caso concreto. Como princípios jurídicos também são normas, e assim sendo, de natureza deontológica, no momento de aplicação do direito, ou seja, nas decisões judiciais, a racionalidade, publicidade e argumentação na explicitação e densificação do princípio (ou do direito fundamental) em questão é um ônus que cabe ao intérprete da norma, como “requisito pragmático da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito” (CARVALHO NETTO, 2000), legitimando dessa forma sua decisão.

Essa legitimidade coaduna-se com a separação de poderes e com a representatividade popular, uma vez que imanente ao conceito de democracia estejam presentes, além da regra da maioria, os direitos fundamentais. E nesse sentido cabe legitimamente ao Judiciário garantir esses direitos frente a decisões de política ou qualquer outra que os sacrifiquem em função de um “bem comum” ou “interesse coletivo”. Em função disso que, dentro da teoria de Dworkin, a metáfora dos direitos como trunfos já se tornou célebre: “*rights are best understood as trumps over some background justifications for political decisions that states a goal for the community as a whole*”¹⁴ (DWORKIN, 1984, p. 153). Com efeito, o direito

14 Tradução livre: “Direitos são mais bem compreendidos como trunfos frente a justificações de fundo para as decisões políticas que indicam uma meta para a comunidade como um todo”.

fundamental à igualdade foi um “trunfo” utilizado no processo de afirmação contramajoritária da igualdade racial nos Estados Unidos, conforme será analisado no próximo tópico.

2.4 REFLEXÕES E LIÇÕES ACERCA DA AFIRMAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE RACIAL NOS EUA.

O processo de afirmação da igualdade racial nos Estados Unidos, ocorrido no período que envolve o final do século XIX e prossegue até meados do século XX, revela a importância da atuação da Corte Suprema norte-americana na garantia e defesa de direitos fundamentais de minorias daquele país.

Todavia, interessante notar que a Corte Suprema, desde a fundação dos Estados Unidos, no final do século XVIII, nem sempre teve papel relevante no cenário político norte-americano. Até 1800, em onze anos de trabalho da Corte Suprema, “apenas 55 casos haviam sido julgados. Os trabalhos decorriam sob geral indiferença e, por falta de liderança, era a Corte órgão comparativamente sem poder” (RODRIGUES, 1992, p. 22).

Entretanto, a mudança desse quadro começa com a nomeação de John Marshall, em 1801, para presidente da Corte Suprema, período que coincidiu com o término do governo de John Adams e a eleição de Thomas Jefferson. Mais precisamente, essa mudança efetivou-se com o julgamento do caso *Murphy v. Madison*, ocorrido em 1803, no qual fora firmado o poder jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis. Um breve relato desse importante momento da teoria constitucional norte americana – que influenciará de forma marcante as democracias constitucionais desde então –, torna-se relevante para o entendimento da atuação da Corte Suprema dos EUA no processo de afirmação contramajoritária da igualdade racial.

Ao término do governo de John Adams, este nomeou vários juizes para ocupar as vagas criadas por recente lei, que visava à extensão do Judiciário no país e, em

conseqüência, criava numerosos cargos de juízes. A nomeação para ocupar esses cargos, realizado às pressas por Adams, envolvia interesses políticos do partido federalista, vencido nas eleições, contra os republicanos, partido do recém eleito Thomas Jefferson. Tanto que “na véspera da posse de Jefferson, até as 21 horas, Adams ainda lavrava nomeações, cujos beneficiários foram apelidados de ‘juízes da meia noite’” (RODRIGUES, 1992, p. 22).

Entre esses “juízes da meia noite” encontrava-se William Murbury, nomeado por Adams como juiz de paz. Já no governo de Thomas Jefferson, seu novo secretário de justiça, James Madison, negou-lhe a posse. Murbury apresentou, então, *writ of mandamus* junto à Corte Suprema norte-americana, requerendo sua posse imediata no cargo. Coube a John Marshall, presidente da Corte Suprema, relatar o processo. Sem analisar o mérito da questão, Marshall atacou a competência originária da Corte para julgar o *writ*, ou seja, este não seria válido “porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não podia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1798” (RODRIGUES, 1992, p. 36). Assim, a questão passou a ser a análise da inconstitucionalidade e nulidade “do artigo 13 dessa lei, que atribuía à Corte Suprema competência originária para expedir ordens de *mandamus*” (RODRIGUES, 1992, p. 36).

Esse caso tornou-se emblemático, pois, mesmo sem previsão constitucional que autorizasse a Corte Suprema a declarar a inconstitucionalidade das leis, Marshall “exerceu tal poder afirmando que a lei em questão ‘não parecia permitida pela Constituição’” (RODRIGUES, 1992, p. 36). Com isso, em vez de discutir o mérito da questão – se Madison havia cometido ou não uma ilegalidade ao não dar posse a Murbury –, Marshall ateve-se a uma questão preliminar de incompetência originária da Corte para corrigir a “ilegalidade” cometida por Madison.

O caso *Murbury v. Madison* inaugura, na teoria constitucional, o exercício do *judicial review*, ou seja, o processo de revisão judicial das leis para verificação de sua constitucionalidade, a ser exercido pelo Poder Judiciário. É desse período “a afirmação do papel da Corte Suprema como último intérprete da Constituição” (RODRIGUES, 1992, p. 28). A partir de então, a Corte Suprema dos Estados Unidos

ganha relevância, e seu poder no cenário político norte-americano aumenta à medida que passa a influenciar a vida americana, com a anulação de atos e leis produzidos pelo Executivo e Legislativo que porventura estivessem em desacordo com a Constituição.

Voltando-se à análise do processo de afirmação da igualdade racial no EUA, é importante destacar, preliminarmente, que a posição do negro na sociedade americana, desde sua fundação em 1789, sempre esteve relacionada à questão da luta por liberdade e igualdade frente à maioria branca. Relevante é a descrição oferecida por Bernard Schwartz sobre a situação do negro na sociedade americana da época:

É verdade que a discriminação contra o negro nos Estados Unidos tem raízes mais profundas do que as ações dos Legislativos e tribunais. As causas históricas que se encontram nas próprias origens norte-americanas colocaram a raça negra na posição de cidadãos de “segunda classe”. A Guerra Civil deu igualdade ao negro junto aos seus antigos senhores, mas não pode nem podia dar-lhe a experiência do exercício da liberdade ou a condição moral perante os seus concidadãos francos para tornar a liberdade do negro uma relação aceitável e viável para eles. (SCHWARTZ, 1966, p. 273)

Mesmo após as Emendas XIII, XIV e XV à Constituição dos Estados Unidos, que “foram adotadas após a Guerra Civil para assegurar ao negro emancipado uma posição plena e igual na sociedade americana” (SCHWARTZ, 1966, p. 274), as práticas discriminatórias permaneceram arraigadas na sociedade norte-americana. Tanto que “não é de surpreender que os tribunais americanos tivessem tolerado, senão estimulado, as práticas discriminatórias” (SCHWARTZ, 1966, p. 274), reflexo dos preconceitos dominantes na época.

Dentre as diversas formas de discriminação, como as restrições ao direito de voto e da propriedade, a segregação racial era praticada em diversos setores da sociedade americana – em escolas, teatros, hotéis, restaurantes, parques, salas públicas (SCHWARTZ, 1966, p. 286) – a despeito da aprovação das referidas emendas constitucionais, em especial a Emenda XIV, segundo a qual:

Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo regular legal (*due process of law*); nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição **a igual proteção das leis**. (RODRIGUES, 1992, p. 335) (Sem grifos no original.)

Em 1896, o caso *Plessy v. Ferguson* provocou a Corte Suprema a manifestar-se acerca da constitucionalidade da prática de segregação racial. O processo pode ser sumariamente descrito da seguinte forma: Homer Plessy, um cidadão de descendência negra, adquiriu uma passagem de trem na primeira classe; quando já se encontrava no vagão, a polícia foi chamada para a retirada de Plessy daquele local, destinado exclusivamente para brancos. Ao se recusar a sair, Plessy foi preso por violar uma lei estadual que destinava áreas exclusivas nos trens para passageiros brancos, como era o caso do vagão da primeira classe.

Em questão estava a interpretação do dispositivo constitucional “igual proteção das leis”, constante na Emenda XIV. Em decisão polêmica e paradigmática, a Corte Suprema reconheceu que: “não feria o princípio da igual proteção das leis diploma que previa acomodação ‘separada, mas igual’ para brancos e pretos em estradas de ferro” (RODRIGUES, 1992, p. 145). Lúcido, porém vencido, foi o voto do juiz Harlan sustentando ser “a Constituição cega quanto às cores” (RODRIGUES, 1992, p. 146). Além disso, afirmou: “o frágil disfarce de acomodações ‘iguais’ para os passageiros em carros ferroviários não enganará ninguém, nem corrige o erro cometido” (SCHWARTZ, 1966, p. 288). Não logrou êxito seu enérgico e profético voto, que não impediu que se instaurasse na Corte Suprema o princípio que seria vigorante até 1954.

Portando, de 1896 a 1954, a Corte Suprema reconheceu, com raras exceções, como será adiante exposto, a constitucionalidade da prática de segregação racial nos Estados Unidos. A decisão que instaurou o princípio “separado, mas igual” reverberou na área da educação e estendeu-se a diversos julgados, o que permitiu à Corte Suprema declarar a constitucionalidade de leis estaduais exigindo escolas “separadas, mas iguais”.

Após diversos casos de segregação racial em que esse princípio fora ratificado pela Corte Suprema, um caso iniciou um processo de redirecionamento da interpretação da cláusula constitucional “igual proteção das leis”. Trata-se do caso *Sweatt v. Painter*, julgado em 1950, no qual o jovem estudante Sweatt, cuja matrícula, pelo fato de ser negro, fora rejeitada na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, recorreu ao tribunal desse Estado pleiteando sua matrícula naquela faculdade. O

tribunal determinou que o Estado instalasse faculdade de direito separada para negros. Tal faculdade foi instalada, porém Sweatt, considerando as condições de ensino da recém-criada faculdade piores que as da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, propôs nova ação, julgada em grau de recurso pela Corte Suprema. Sobre as diferenças de condições de ensino entre a recém-criada faculdade para negros e a tradicional Faculdade de Direito da Universidade do Texas, observa Bernard Schwartz (1966, p. 290):

No Estado do Texas, abriu-se na verdade uma escola de Direito separada para negros. Porém, uma escola de Direito de primeira classe não pode brotar facilmente, como Minerva da cabeça de Júpiter. As facilidades proporcionadas pela escola de Direito para negros recém-aberta não podiam, realmente, igualar-se àquelas oferecidas aos estudantes brancos pela Universidade do Texas.

Apoiando o pedido de Sweatt, cento e oitenta e oito dos principais professores de direito do país deram entrada na Corte com uma petição para reexame da jurisprudência firmada em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson* (RODRIGUES, 1996, p. 301). Em decisão unânime, o Juiz-Presidente Vinson declarou “ser desnecessário, na hipótese, o reexame dessa regra; as condições educacionais eram de fato desiguais e a Universidade devia matricular Sweatt” (RODRIGUES, 1992, p. 301).

Porém, o que de fato se desejava era a declaração de inconstitucionalidade da segregação racial, que, apesar da decisão no caso *Sweatt v. Painter*, ainda vigorava em diversas áreas do serviço público e privado. Em função disso,

Outros interessados continuaram, portanto, a bater às portas da Corte Suprema. Em lugar de restringir-se, agora, ao ensino superior, a mesma arguição de inconstitucionalidade era levantada nos casos envolvendo a educação pública em níveis primário e secundário. (RODRIGUES, 1996, p. 301)

E não demorou muito para que novos interessados batessem novamente à porta da Corte Suprema. Em 1954, o caso *Brown v. Board of Education* reexaminou a questão da segregação racial em escolas públicas. O caso foi assim denominado, pois o pai de Linda Brown, Oliver L. Brown, ajuizou ação contra o Conselho de Educação da cidade de Topeka (*Board of Education of Topeka*), no Kansas, uma vez que sua filha teve matrícula negada em uma escola exclusiva para brancos, que, em relação à escola para negros, localizava-se mais próxima à sua casa. O caso

reuniu situações similares de pais de outras localidades, que também tiveram a matrícula de seus filhos negada em virtude da segregação de acordo com a raça.

Em todos esses casos, os tribunais inferiores mantiveram a princípio “separados, mas iguais, firmado em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*, pois argumentavam que “as escolas de brancos e negros aí envolvidas eram iguais, ou estavam sendo igualadas, com respeito e edificações, currículos, qualificações e salários dos professores, e outros fatores ‘concretos’” (SCHWARTZ, 1966, p. 291-292).

Já na Corte Suprema, o caso *Brown v. Board of Education* não só iria modificar o entendimento até então sustentado, mas também se tornaria uma das mais importantes e paradigmáticas decisões judiciais do século passado. Coube ao juiz Earl Warren presidir o caso e por fim à proteção judicial da segregação racial nas escolas públicas:

Ao fazê-lo, num pronunciamento unânime, declarou que a regra de condições “iguais, mas separadas”, firmada no caso *Plessy v. Ferguson*, não satisfazia as exigências da cláusula de igual proteção das leis e que a discriminação racial nas escolas públicas era inconstitucional. (RODRIGUES, 1992, p. 302)

Ao término de seu voto, Warren deixa clara a nova postura da Corte Suprema: “concluímos que, no campo da educação pública, a doutrina do ‘separado porém igual’ não tem lugar. As facilidades educacionais separadas são inerentemente desiguais” (SCHWARTZ, 1966, p. 293).

Sobre essa nova postura da Corte Suprema a partir do caso *Brown v. Board of Education*, Bernard Schwartz – autor do livro *Direito Constitucional Americano*, publicado originalmente em 1955, portanto, um ano após o julgamento do referido caso – afirma que “é mais na maneira positiva de encarar o problema de salvaguardar os direitos dos grupos minoritários que a Corte Suprema de hoje difere de suas predecessoras” (SCHWARTZ, 1966, p. 275).

Dworkin também reconhece que “a revolução social que tal caso anunciou foi tanto nacional quanto fundamental, e exigiu dezenas de outras decisões em

circunstâncias e em terreno muito diferentes daquele do caso Brown” (DWORKIN, 2007b, p. 466).

A partir de *Brown v. Board of Education*, a nova interpretação dada pela Corte Suprema ao dispositivo constitucional de “igual proteção das leis”, no contexto da segregação racial, afirmou de forma contramajoritária o direito fundamental à igualdade jurídica dos negros nos Estados Unidos. Todavia, é preciso reconhecer que, apesar da eliminação da tolerância legal da segregação da prática de segregação racial não ter o poder de anular forçosamente os preconceitos e as preferências dos indivíduos e grupos (SCHWARTZ, 1966, p. 293), a nova postura da Corte Suprema irá influenciar e encorajar, principalmente na década subsequente, a luta pelos direitos civis nos Estados Unidos.

Ao se analisar, portanto, esse processo de afirmação da igualdade racial nos Estados Unidos, realizado pela Corte Suprema, principalmente a partir do caso *Brown v. Board of Education*, pelo menos duas lições são dignas de reflexão e análise:

(i) coube ao Judiciário, por meio de decisões contramajoritárias – pois o Legislativo insistia em criar leis que autorizavam e permitiam a prática de segregação racial – garantir a um grupo minoritário, socialmente vulnerável e sem representação política no parlamento, o direito fundamental à igualdade;

(ii) mesmo sem que a Constituição explicitamente disciplinasse a questão da segregação racial, se ela deveria ser aceitável ou não, foi possível, por meio de uma interpretação construtiva (DWORKIN, 2007b), consubstanciada pela evolução dos fatos e da cultura norte-americana, conferir novo significado ao dispositivo constitucional de “igual proteção das leis”, presente na 14^a Emenda da Constituição dos EUA, o que possibilitou ver a Constituição em sua melhor luz (DWORKIN, 2007b). Nesse caso, a Corte Suprema necessitou de convicções substantivas acerca da prática de segregação racial, reconhecendo que se tratava de uma prática social deplorável que afrontava o princípio jurídico da igualdade.

Relacionando esse processo de afirmação contramajoritária da igualdade na questão racial norte-americana com o tema desenvolvido por esta pesquisa, a comparação é inevitável.

Em primeiro lugar, o reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar, mesmo de forma não explícita na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consubstancia-se em verdadeiro direito fundamental, em razão do princípio jurídico da igualdade, cuja noção à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser reformulada, “compreendida e exigida agora como reconhecimento igual, fomento e estima iguais das diversidades, das diferenças” (DENNINGER, 1996, p. 860);

Além disso, assim como a situação dos negros no contexto norte-americano acima apresentado, os homossexuais na sociedade brasileira atual configuram-se grupos minoritários e socialmente vulneráveis (vítimas de preconceitos e carentes de visibilidade social e política), cujos direitos fundamentais precisam ser garantidos e promovidos pelo constitucionalismo, a despeito de vontades majoritárias.

3 IDENTIDADE HOMOSSEXUAL, INCLUSÃO E IGUALDADE: POR UMA (RE)CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO ADEQUADA AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O processo descrito e analisado no capítulo anterior, de afirmação contramajoritária da igualdade racial, realizado pela Corte Suprema nos Estados Unidos, revela a importância e o papel do constitucionalismo para a garantia e defesa de direitos fundamentais de minorias. As consequências do *judicial review*, que atribuiu ao Judiciário o poder de declarar inconstitucionais os atos e leis produzidos pelo Legislativo e pelo Executivo, instauraram não uma tensão, no sentido de disputa – entre constitucionalismo e democracia –, mas um necessário equilíbrio, uma tensão constitutiva, por meio de limitações mútuas de poder, para que projetos de vida diferenciados e minorias sociais possam coexistir em sociedades cada vez mais complexas e plurais, sob a égide da mesma Constituição.

Afinal, como assevera Menelick de Carvalho Netto (2003, p. 12), em apresentação à obra de Michael Rosenfeld, (“A identidade do sujeito constitucional”): “Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo”.

Assim, desde que o constitucionalismo moderno deslocou a legitimação do poder político para as constituições escritas – inicialmente nos contextos norte-americano e francês –, esse poder passou a ser exercido em nome do “povo”, um termo plurisemântico cujo significado tem sofrido profundas modificações ao longo dos últimos duzentos anos, desde as revoluções liberais burguesas do século XVIII. Como observa Friedrich Müller, “a figura de argumentação que aparece ‘no início da Constituição’, o poder constituinte do povo, é tão antiga quanto o Estado Constitucional moderno” (MÜLLER, 2004, p. 25).

Nesse sentido, os autores da Constituição norte-americana de 1787 iniciaram-na com uma frase envolvente e acolhedora: “*We the people of the United States...*”¹⁵. Entretanto, em breve análise é possível verificar que à época apenas alguns homens – brancos, protestantes e proprietários de terra – poderiam ser calorosamente acolhidos por essa assertiva e considerados sujeitos de direitos dentro da nova ordem política que estava se fundando.

A posição dos escravos afroamericanos encontrava-se inevitavelmente à margem do alcance constitucional estabelecido:

Com base no credo fundamental de que todos os homens – com sentido de seres humanos – nascem iguais, ‘Nós, o Povo’ deveria se referir a, no mínimo, todos os adultos com residência permanente nos EUA em 1787. Entretanto, à medida que a Constituição de 1787 omite a escravidão, não se pode dizer com justiça que a expressão ‘Nós, o Povo’ incluía os escravos afroamericanos então vivendo nos EUA. Assim, o “Nós, o Povo” de 1787 é inconsistente com a afirmação de que “todos os homens nascem iguais”. (ROSENFELD, 2003, p. 25)

Mergulhados no paradigma constitucional do Estado Liberal de Direito, de natureza burguesa, os autores da Constituição norte-americana buscavam consolidar o direito à igualdade, liberdade e propriedade, de maneira formal, não se importando com as desigualdades que de fato apresentavam-se na sociedade da época, notadamente quanto à questão racial.

Exemplo dessa situação foi o caso *Dred Scott v. Sandford*, julgado pela Corte Suprema dos Estados Unidos em 1857. Conhecido como um dos mais infames julgamentos judiciais da história norte-americana,

O caso Dred Scott versou sobre a constitucionalidade de uma lei federal que determinava a emancipação de escravos levados por seus donos para território federal. Dred Scott foi assim emancipado, mas após o seu subsequente retorno ao Estado onde havia, seu antigo dono reclamou sua propriedade sobre ele. (ROSENFELD, 2003, p. 59)

¹⁵ “*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*”. Tradução livre: “Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma união mais perfeita, estabelecer a justiça, garantir a tranqüilidade interna, promover a defesa comum, o bem-estar geral e assegurar os benefícios da liberdade para nós e para os nossos descendentes, promulgamos e estabelecemos a Constituição para os Estados unidos da América.”

A Corte Suprema, para solucionar problemas relativos ao direito de propriedade sobre os escravos, sustentou que a lei federal que previa condição de emancipação de escravos era inconstitucional, uma vez que “violadora dos legítimos direitos de propriedade do (antigo) senhor do escravo” (ROSENFELD, 2003, p. 60). Assim, resolveu a questão da desigualdade racial com a negação de pertinência dos afroamericanos à raça humana (ROSENFELD, 2003, p. 60), equiparando-os a uma “propriedade”. A fundamentação assentou-se no conteúdo da Quinta Emenda à Constituição dos EUA: “nenhum indivíduo deve ser [...] privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal” (ROSENFELD, 2003, p. 60, nota 76). Com essa decisão da Corte Suprema, o “Nós, o povo” continuava pleno e sublime, a envolver “todos os seres humanos” daquela época.

Essa proposital exclusão da identidade negra à identidade do sujeito constitucional norte-americano reverberou, ao longo da história, em outras disputas judiciais e em sangrentas lutas pelos direitos civis dos negros, numa tentativa de subsumi-la à proteção do emblemático “Nós, o povo”.

A evolução histórico-interpretativa do conceito de “povo” demonstra, passados mais de dois séculos desde a fundação dos Estados Unidos, a necessidade de sua desnaturalização e permanente reconstrução, pois, como observa Ralph Christenten, em introdução à obra de Friedrich Müller (2009, p. 31):

Em consequência das lutas políticas, o conceito de povo se amplia cada vez mais. Uma multiplicidade de grupos sociais adquire consciência de seus interesses, introduzindo-os no processo político. Durante o embate semântico da ampliação do conceito de povo, os agrupamentos inicialmente excluídos forçam a sua inclusão e produzem assim no término do processo o povo soberano idêntico consigo mesmo.

Michel Rosenfeld, ao trabalhar o conceito de povo na Constituição americana, associa-o à identidade do sujeito constitucional, atribuindo-lhe igualmente características de dinamicidade e mutabilidade. Afirma que “a identidade do sujeito constitucional é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos” (ROSENFELD, 2003, p. 17). Isso porque tanto a ideia de “sujeito constitucional” quanto a de “identidade constitucional” são ambíguas e de difícil definição.

O “sujeito constitucional” (*constitutional subject*) pode envolver questões relativas a quem se sujeita à Constituição, no sentido de súdito, como também aos elaboradores da Constituição. Além disso, pode referir-se também à matéria que é objeto da Constituição (*constitutional matter*) (ROSENFELD, 2003, p. 17).

Controverso também é o estabelecimento da uma “identidade constitucional”, em decorrência não só de sua propensão “a se alterar com o tempo, mas, igualmente, de sua tendência a se encontrar mergulhada em complexas e ambíguas relações com outras identidades relevantes; tais como as identidades nacionais, étnicas [...]” (ROSENFELD, 2003, p. 17). E a complexidade se agrava na relação que se estabelece entre a identidade constitucional e o próprio texto da constituição:

Pelo menos no que toca às constituições escritas a identidade constitucional é necessariamente problemática em termos da relação da Constituição com ela mesma. Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto é sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. (ROSENFELD, 2003, p. 18)

Assim, esperar que um texto constitucional contenha explicitamente todos os direitos e obrigações jurídicos é desconsiderar a complexidade apontada por Rosenfeld. Fato que não passou despercebido pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em virtude do que sensatamente estabelece o artigo 5º, parágrafo 2º: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Isso se dá tanto pelo fato da completude textual da Constituição ser um ideal inatingível – pela própria natureza incompleta de um texto e pela influência do contexto nas múltiplas interpretações dele possíveis –, como também pela impossibilidade do texto constitucional exaurir todas as possibilidades fáticas futuras de direitos e obrigações que os princípios nele elencados possam endossar e garantir.

E uma dessas possibilidades, não presente de forma explícita no texto da Constituição brasileira atual, refere-se aos direitos de homossexuais nas suas relações privadas e perante o Estado, como, por exemplo, o reconhecimento estatal da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar. Porém, diante dessa incompletude textual, seria pertinente indagar: a identidade homossexual poderia ser considerada, para efeitos de direitos e obrigações iguais à identidade heterossexual, uma identidade relevante e incorporada à identidade do sujeito constitucional brasileira?

Uma breve análise da identidade homossexual no direito brasileiro revela que, apesar de a homossexualidade não ser considerada uma conduta ilegal, tanto nos discursos de justificação como nos de aplicação normativa, a condição homossexual apresenta-se ainda em situação de marginalidade constitucional e/ou indefinição legal.

A produção legislativa federal sobre o tema é inerte e incapaz de promover a emancipação político-jurídica de pessoas cuja orientação sexual diverge do padrão heterossexual majoritário. Apesar da existência de diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, envolvendo temas relacionados à homossexualidade, com exceção da Lei Maria da Penha, que, visando coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, exclui a orientação sexual como critério impeditivo ao gozo de direitos fundamentais, nenhuma outra produção legislativa federal sobre o assunto foi aprovada até o momento.

Penosa também é a tramitação – iniciada em 2006 – do Projeto de Lei da Câmara, PLC nº 122, cuja oposição por parte da bancada evangélica fundamenta-se fortemente em argumentos religiosos. O projeto visa criminalizar atos de homofobia, ou seja, de discriminação, preconceito ou de agressão dirigidos à população LGBT¹⁶, equiparando esta situação à discriminação por raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo e gênero, já existentes no ordenamento jurídico brasileiro (Lei Nº 7.716/89).

¹⁶ Grupo social formado por lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBT).

Em relação aos discursos de aplicação normativa relacionados ao tema, como visto até então neste trabalho, polêmico é o reconhecimento judicial das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Como consequência de demandas judiciais tão recorrentes, e decisões tão divergentes, a questão é posta à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF Nº 132, e pela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, a ADI Nº 4.277.

Assim como a “identidade negra” necessitou, inicialmente, de um processo de afirmação contramajoritária que contribuiu para a reconstrução da identidade do sujeito constitucional norte-americana que também incluísse os negros, é possível notar que a identidade homossexual, enquanto constitutiva de um grupo social minoritário, também carece dessa afirmação para que o mesmo processo de reconstrução se desenvolva no discurso constitucional brasileiro.

Ora, o que impede o tratamento igualitário entre as uniões estáveis heterossexuais e homossexuais? A identidade homossexual estaria à margem da identidade do sujeito constitucional brasileiro? Toda a divergência jurisprudencial das decisões relativas às demandas de reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, bem como a existência da ADPF 132 e da ADI Nº 4.277, em tramitação na Suprema Corte brasileira, parecem confirmar o que Rosenfeld pretendeu alertar:

Ainda que os constituintes tivessem podido escrupulosamente evitar se referir a essas outras identidades ao elaborarem o texto constitucional amplamente fundado, traços das identidades deixadas de fora indubitavelmente se esgueirariam de volta ao *corpus* constitucional, como subproduto da interpretação e da elaboração das normas constitucionais. (ROSENFELD, 2003, p. 22)

O tema específico do reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo é um indicativo da necessidade de um processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional, que verifique a viabilidade da inclusão, ou não, da identidade homossexual. E nesse sentido, o papel do constitucionalismo torna-se essencial.

A evolução do constitucionalismo evidencia a necessidade de respeito à alteridade e de reconhecimento de minorias, legitimando o caráter plural das sociedades contemporâneas. Desde o surgimento das revoluções liberais burguesas essa evolução vem incorporando ao discurso constitucional o reconhecimento de grupos socialmente vulneráveis, como o caso de mulheres, negros e homossexuais. Nesse sentido, afirma Michel Rosenfeld (2003, p. 29-30):

Da perspectiva do constitucionalismo moderno, a ordem política pré-moderna podia evitar, sobretudo, a obsessão com a oposição entre o 'eu' e o 'outro' à medida que ela era capaz de sustentar uma visão unificada moldada pela religião, a ética e as normas jurídicas que se apoiavam mutuamente e que eram compartilhadas por todos. O constitucionalismo moderno, por outro lado, não pode evitar o contraste entre o eu (*self*) e o outro como uma consequência do pluralismo que lhe é inerente.

Diante desse contexto, de complexidade, pluralismo e mutabilidade social, surge uma importante questão: como é possível o estabelecimento da identidade do sujeito constitucional? O desenvolvimento da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica aponta que o “congelamento” da identidade do sujeito constitucional pelos autores constituintes é apenas aparente, uma vez que “sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída” (ROSENFELD, 2003, p. 18). Ou, mais precisamente:

[...] não é obvio congelar a identidade constitucional no momento de seu nascimento. Mas ainda não é obvio que esse congelamento seja desejável, pois seria autocontraditório uma vez que os próprios constituintes tinham a intenção de criar tão-somente o delineamento de uma moldura capaz de satisfazer as necessidades das gerações futuras. (ROSENFELD, 2003, p. 18)

Nesse sentido, uma visão principiológica e discursiva do Direito e da Constituição, vistos não mais como um sistema fechado de regras, parece ser capaz de oferecer soluções mais legítimas e coerentes na (re)construção da identidade do sujeito constitucional, cuja delimitação, nessa perspectiva, não suporta molduras rígidas e fechadas.

O delineamento da identidade do sujeito constitucional, realizado pelos constituintes, deve ser maleável e permeável o suficiente para novas identidades relevantes, como o que se propõe com a identidade homossexual, possam por ela ser acolhidas. Pois o “confronto entre a identidade constitucional e outras identidades relevantes, tais

como a nacional, as étnicas, religiosas ou culturais, torna-se inevitável pela tensão entre o pluralismo inerente ao constitucionalismo contemporâneo e a tradição” (ROSENFELD, 2003, p. 20-21).

Assim, o processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional deve sujeitar-se a certos limites, impostos pelo constitucionalismo moderno: “o compromisso com o princípio do governo limitado, a adoção do princípio do Estado de Direito - *rule of law* – e a proteção dos direitos dos direitos fundamentais” (ROSENFELD, 2003, p. 47). Este último apresenta-se como fator legitimador da proteção constitucional às minorias, assim como ocorreu com a questão da afirmação contramajoritária da igualdade, realizada pela Corte Suprema em relação segregação racial nos Estados Unidos, vista no capítulo anterior. Dessa forma, em razão dos preceitos do constitucionalismo moderno, a reconstrução da identidade do legítimo sujeito constitucional realiza-se com a alienação de poder, submetendo-se às prescrições do direito vigente e em face dos direitos fundamentais.

3.1 A NATUREZA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Rosenfeld desenvolve a tese segundo a qual “em última instância, é preferível e mais acurado considerar o sujeito e a matéria constitucionais como uma ausência mais do que como uma presença” (ROSENFELD, 2003, p. 26). Em decorrência, a questão do estabelecimento do sujeito constitucional torna-se desafiadora, pois sua ausência não elimina seu caráter indispensável e, portanto, sua reconstrução é sempre necessária; além disso, “o sujeito constitucional sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, e então sempre aberto a uma necessária, mas impossível, busca de completude” (ROSENFELD, 2003, p. 26).

Em relação à identidade do sujeito constitucional, Rosenfeld parte da premissa de que ele “só é suscetível de determinação parcial mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes” (ROSENFELD, 2003, p. 27).

Mas qual seria a fundamentação teórica para o desenvolvimento dessa tese? Segundo Rosenfeld (2003, p. 34) a ideia de que o sujeito constitucional se desenvolve em um hiato ou na ausência, guarda certa analogia com a teoria psicanalítica de Freud e Lacan, e com a teoria filosófica do sujeito, de Hegel. A questão do sujeito emerge da necessidade de confronto com o outro, numa interação que envolve a clivagem entre o “eu” e o “outro” (ROSENFELD, 2003, p. 29). Buscando fundamento naquelas teorias, Rosenfeld irá situar a condição do sujeito em relação a seus objetos de desejo e ao reconhecimento por parte de outros sujeitos. Assim, a relação que se estabelece entre sujeito e objeto indica o sujeito como carência em pelo menos dois sentidos:

Primeiramente, na medida em que o sujeito precisa de objetos, ele é caracterizado por uma carência no sentido de ser incompleto. Em segundo lugar, o sujeito ainda não reconhecido (pelo outro sujeito) é uma carência no sentido de não ser nada senão a negação de seus objetos, ou seja, sua característica definidora é o sujeito enquanto não sendo nenhum dos objetos de seu desejo. Assim, ao se separar do objeto, o sujeito surge como consciência da carência e da incompletude. (ROSENFELD, 2003, p. 31)

À característica de incompletude e carência do sujeito, Rosenfeld associa a complexidade do estabelecimento de sua identidade. A relação do sujeito hegeliano com seus objetos mostra que “a realização não passa pelos objetos do desejo, e o *eu* da Fenomenologia de Hegel volta-se para o outro em busca de reconhecimento. A identidade do sujeito torna-se assim predicável com o reconhecimento dos outros” (ROSENFELD, 2003, p. 31). De acordo com Rosenfeld (2003, p. 32), essa percepção de Hegel, de que a tentativa do *eu* de enraizamento de sua identidade como sujeito conduz a uma sujeição ao *outro* é posteriormente elaborada por Lacan:

Impulsionada por seu fracasso em se assimilar completa ou plenamente ao objeto de seu desejo, a criança se experencia como uma carência e se esforça por preencher esse sentimento de vazio pela aquisição de uma identidade como sujeito. [...] Para adquirir uma identidade como sujeito, a criança, no entanto, deve abandonar o mundo dos objetos e entrar na ordem simbólica da linguagem. (ROSENFELD, 2003, p. 32-33)

Portanto, a linguagem é, segundo Lacan, uma primeira experiência alienante, pois “aliena a criança ao torná-la submissa a um código imposto por outros, um pré-requisito para se adquirir a própria identidade enquanto sujeito” (ROSENFELD, 2003, p. 33). Todavia, uma nova experiência alienante vivenciada pela criança

influencia na sua identidade como sujeito, “na medida em que ela consiste na auto-identificação com um nome escolhido por outrem e na aquiescência em que se deixa identificar como um símbolo no discurso do outro” (ROSENFELD, 2003, p. 34).

Rosenfeld conclui que apesar das diferentes narrativas de Hegel e Lacan, ambas apontam para as tentativas iniciais de estabelecimento da identidade do sujeito:

Em ambos os casos, o sujeito emerge por direito próprio como a consequência de uma carência e requer a mediação em sua busca da identidade. Em ambos os casos, sobretudo, a confiança inicial do sujeito no que se refere à identidade prova-se alienante porque resulta de uma inesperada sujeição do eu ao outro. (ROSENFELD, 2003, p. 34)

Em uma perspicaz comparação entre o sujeito constitucional e os sujeitos hegeliano e lacaniano, Rosenfeld (2003, p. 34) afirma que, à primeira vista, eles parecem distintos e o sujeito constitucional “pode parecer no controle da situação, em especial se emerge como a consequência de uma revolução, ao ter arruinado o outro anti-revolucionário e ainda ao não ter enfrentado o outro das futuras gerações”. Além disso, enquanto detentor do poder constituinte, o sujeito constitucional parece se encontrar em condições de impor sua vontade, moldando a ordem política à sua própria imagem (ROSENFELD, 2003, p. 34).

Porém, “após um exame mais acurado, a aparência quase divina do sujeito constitucional começa a se decompor, a se fragmentar” (ROSENFELD, 2003, p. 35), à medida que o constitucionalismo moderno passa a influenciar no *status quo* do sujeito constitucional, sujeitando-o ao pluralismo que lhe é inerente, ou seja, a necessidade de se levar o outro na devida conta:

Assim, do ponto de vista dos constituintes, a identidade do sujeito constitucional surge como um vazio, uma ausência (*lack*), gerado pela distância que separa a auto-imagem própria dos constituintes daquela da comunidade política constitucional pluralista. A elaboração da Constituição pode ser considerada como, sobretudo, uma tentativa de preencher esse vazio, esse hiato, mediante o alcance do outro para forjar uma identidade comum enraizada em um texto constitucional compartilhado. (ROSENFELD, 2003, p. 36).

Nessa relação que se estabelece entre o sujeito constitucional e o pluralismo, assim como ocorre com o sujeito lacaniano, “o discurso constitucional emergente

inevitavelmente adentra a soar como uma língua estrangeira, alienando desse modo todos os que devem aprender como usá-la” (ROSENFELD, 2003, p. 36). A “língua estrangeira” que dá sentido ao discurso constitucional possui como “gramática” o constitucionalismo moderno, cuja estrutura requer: “o governo limitado, a aceitação da rule of law, ou seja, do Estado de Direito, e a proteção dos direitos fundamentais” (ROSENFELD, 2003, p. 36).

Assim, a atuação dos constituintes não pode ter a pretensão de fundar um sujeito constitucional pleno, completo, imutável, mas a ocupação legítima do sujeito constitucional deve ser parcial, suscetível a uma reconstrução constante que implica renúncia a um significativo montante de poder, submissão às prescrições do direito e limitação em face dos interesses fundamentais de outros (ROSENFELD, 2003, p. 37). A questão é posta por Rosenfeld da seguinte forma:

[...] o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível. (ROSENFELD, 2003, p. 40)

Mas o que modificaria o *status quo* da identidade do sujeito constitucional para que um processo de reconstrução seja necessário? Rosenfeld afirma que “todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e assim, por isso mesmo, requerem justificação” (ROSENFELD, 2003, p. 46). Desse modo,

A reconstrução fornece os meios para realizar a tarefa de justificação e torna possível a defesa convincente ou a condenação das construções associadas ao processo de tomada de decisão constitucional. Em outros termos, a interpretação e elaboração constitucionais introduzem novos elementos que exercem influência na composição das identidades constitucionais. A tarefa da reconstrução é de harmonizar esses novos elementos com os anteriormente já existentes; ou, à proporção que os novos elementos rompem com as relações estabelecidas entre os elementos anteriores, recombina todos os elementos envolvidos em um quadro inteligível e persuasivo. (ROSENFELD, 2003, p. 46-47)

Em decorrência da crescente demanda de ações judiciais envolvendo aspectos relacionados à identidade homossexual – reconhecimento judicial da união estável, possibilidade de adoção e inelegibilidade de casais homossexuais –, as decisões judiciais que envolvem esses casos têm produzido interpretações e elaborações

constitucionais cujo impacto é notório na composição da identidade do sujeito constitucional. Resta saber se esse impacto irá desestruturar o *status quo* da atual identidade do sujeito constitucional a fim de incorporar e, conseqüentemente, acolher a identidade homossexual. O desenvolvimento desse processo reconstrutivo contribuirá para a discussão e a análise de direitos e obrigações jurídicos de homossexuais em questões como as que hoje se apresentam ao Judiciário.

Utilizando-se, portanto, das ideias e dos argumentos desenvolvidos por Michael Rosenfeld, em sua obra “A identidade do sujeito constitucional”, buscar-se-ão elementos teóricos do processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional – capaz de incluir a identidade homossexual, ainda marginalizada no discurso constitucional brasileiro – com a finalidade de demonstrar que, em razão dos preceitos do constitucionalismo moderno, cidadãos homossexuais têm direito a um tratamento igualitário em relação às conseqüências jurídicas do reconhecimento estatal conferido às uniões estáveis heterossexuais.

3.2 IDENTIDADE HOMOSSEXUAL E RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Como visto no início deste capítulo, uma constatação do processo de reconstrução da identidade constitucional é dada pela Constituição norte-americana e seu “Nós o povo”, cuja (re)interpretação foi paulatinamente incorporando identidades inicialmente “deixadas de fora”, como ocorreu com a identidade negra. Isso demonstra que a identidade do sujeito constitucional sempre pode ser reconstruída e determinada apenas parcialmente, num jogo de rejeição e assimilação que o torna sempre incompleto e carente de reconstrução, que jamais pode tornar-se definitiva ou completa em razão do pluralismo que lhe é inerente.

É, portanto, no discurso constitucional que deve ocorrer a narrativa por meio da qual a identidade homossexual deverá instrumentalizar-se como plausível e pertinente à identidade do sujeito constitucional. Segundo Rosenfeld (2003, p, 49-50), o discurso constitucional, seja para ele empregado para justificar ou para criticar as ordens

constitucionais vigentes, ele “opera essencialmente por intermédio do mesmo instrumental básico: a negação, a metáfora e a metonímia”, que, especificamente, atuam no discurso constitucional da seguinte forma:

A negação, a metáfora e a metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar sua identidade. A negação é crucial à medida que o sujeito constitucional só pode emergir como um 'eu' distinto por meio da exclusão e da renúncia. A metáfora, ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com sua ênfase na contiguidade e no contexto, é essencial para se evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidade que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplinar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro. (ROSENFELD, 2003, p. 50)

E é no trabalho de interação entre a negação, metáfora e metonímia que o discurso constitucional adquire sentido determinado e torna-se capaz de moldar a identidade do sujeito constitucional. Após esse delineamento sumário dos elementos de reconstrução do discurso constitucional, a análise daquela interação requer, porém, um estudo individualizado do papel da negação, da metáfora e da metonímia na conformação do discurso constitucional.

De acordo com Rosenfeld, “o papel da negação no processo de estabelecimento da identidade do sujeito constitucional mostra-se multifacetado, intrincado e complexo, pois envolve funções como rejeição, repúdio, repressão, exclusão e renúncia” (ROSENFELD, 2003, p. 51). A contribuição essencial da negação para a definição da autoidentidade constitucional manifesta-se na busca de uma identidade distinta. De outra forma, “enquanto pura negatividade, o sujeito constitucional experiência a si próprio como ausência, carência, hiato e aspira preencher esse vazio interno mediante o desenvolvimento de uma identidade positiva” (ROSENFELD, 2003, p. 52- 53).

Nesse momento reconstrutivo, entra em cena uma das principais características do constitucionalismo, o pluralismo:

Em termos mais amplos, o pluralismo busca promover a maior diversidade possível de concepções de bem como meio para a maximização da autonomia e dignidade humanas. Desse modo, o primeiro estágio do pluralismo deve ser um momento negativo, no qual ele nega exclusividade ou predomínio de todas as concepções concorrentes de bem (exceto, é claro, a do próprio pluralismo). (ROSENFELD, 2003, p. 54)

Como decorrência do pluralismo, inerente ao constitucionalismo, e por meio da negação, o sujeito constitucional homossexual emerge como um 'eu' distinto por meio da exclusão e da renúncia, que são apresentadas tanto nos processos de justificação quanto nos de aplicação normativa. Esse é o primeiro momento que se seguirá na busca da definição de uma autoidentidade constitucional positiva, a ser complementada pelo ferramental reconstrutivo da metáfora e da metonímia.

A metáfora é a ferramenta que, no discurso jurídico e constitucional, explora similaridades e equivalências para o estabelecimento de vínculos de identidade, numa dialética entre semelhanças e diferenças. Segundo Rosenfeld, “a função metafórica exerce um papel essencial tanto na retórica jurídica quanto no discurso constitucional” (ROSENFELD, 2003, p. 62).

Na argumentação jurídica, ela contribui no estabelecimento de analogias e similaridades, como ocorre na prestação jurisdicional no sistema da *common law*, fundado no precedente, e no uso da analogia, nos casos de lacuna da lei, utilizado pelo sistema de direito romano-germânico.

É o que ocorre quando, no Brasil, demandas acerca do reconhecimento judicial de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo são postas à apreciação do Judiciário, cuja decisão fundamenta-se, em alguns casos, na analogia com a união estável heterossexual:

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita a analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (TJRGS, 4ª G. C. Cív., EI 70003967676, Redatora para acórdão Desª. Maria Berenice Dias, j. 14.11.2003)

No caso da decisão judicial acima, a função metafórica utilizada na analogia, prevista no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, estabeleceu semelhanças, “o elo afetivo que identifica as entidades familiares”, em detrimento das diferenças, “convivência duradoura, pública e contínua entre pessoas do mesmo sexo”.

No discurso constitucional, a função metafórica não fica restrita ao nível da retórica, mas “também contribui para assentar pontos cardeais de referência na ordem constitucional” (ROSENFELD, 2003, p. 64).

O postulado da igualdade, assentado pelo constitucionalismo moderno, de que “todos os homens nascem iguais” depende de uma análise metafórica que enfatize as similaridades à custa das diferenças:

Sem dúvida, não se trata tanto do fato de todos os seres humanos compartilharem certas características em comum, mas sim da proposição contrafactual de que todos os seres humanos são iguais enquanto agentes morais, que constitui a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo. (ROSENFELD, 2003, p. 64)

Rosenfeld também traz mais dois exemplos de aplicação da função metafórica ao discurso constitucional. O primeiro trata-se do *dictum* norte-americano “*the constitution is colorblind*” (“a Constituição é cega à cor das pessoas”), no qual há ênfase às similaridades entre as raças, aquilo que elas compartilham em detrimento das diferenças entre elas. É o que Michel Rosenfeld (2003, p. 65) afirma quando diz:

Essa metáfora legítima, sobretudo, a doutrina constitucional que veda as distinções e classificações fundadas na raça e promove a identidade constitucional que se eleva acima da desunião, da divisibilidade, da política racial. De um ponto de vista normativo, a doutrina constitucional apoiada pela metáfora da indiferença à cor tem a virtude de vedar o uso das diferenças raciais como um meio de juridicamente se colocar em desvantagem as minorias raciais oprimidas.

Outro exemplo apresentado é o caso discutido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Bowers v. Hardwick*, em 1986, que entendeu, por 5 a 4, que o sexo consensual entre adultos homossexuais não era um direito à privacidade constitucionalmente protegido. Diferentemente da concepção majoritária, que se apoiou na condenação dessa prática em razão de padrões éticos, morais e religiosos, razoável é o posicionamento do voto dissidente do Ministro J. Stevens:

Nos termos do Ministro Stevens, do ponto de vista do indivíduo, homossexuais e heterossexuais têm o mesmo interesse em decidir como viverão suas próprias vidas e, mais estritamente, em decidir como se comportarão em suas associações pessoais e voluntárias com seus companheiros. A intromissão do Estado na conduta privada de qual qualquer um deles é igualmente opressiva. (ROSENFELD, 2003, p. 67)

Na construção, portanto, de uma autoidentidade constitucional caracterizada pela orientação sexual diversa do padrão majoritário, a função metafórica tem sua importância no processo de estabelecimento de similaridades com grupos sociais em que tais características apresentam-se majoritariamente opostas ou distintas, em detrimento àquilo que as diferencia, ou seja, a preferência por determinada orientação sexual.

A metonímia, em um processo contraposto ao da metáfora, promove as relações de contigüidade no interior de um contexto, ou seja, evoca as diferenças mediante a contextualização.

Com sua ênfase na contigüidade e no contexto, a metonímia é essencial para se evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplinar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro. (ROSENFELD, 2003, p. 50)

Da mesma forma que na metáfora, Rosenfeld aponta o papel importante da metonímia na retórica jurídica e constitucional. Os argumentos jurídicos fundados na metonímia, “evocam as diferenças mediante a contextualização, repousam sobre as relações de proximidade para delinear um quadro que revele o máximo possível de detalhes concretos.” (ROSENFELD, 2003, p. 70). É o caso dos argumentos utilizados na seguinte decisão judicial:

MUDANÇA DE SEXO. TRANSEXUALIDADE. PRENOME E SEXO. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das considerações peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. Assim, nenhuma informação

ou certidão poderá ser dada a terceiros, relativamente às alterações nas certidões do registro civil, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial. (TJRS, 7ª C. Cív., AC 700118911594, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 25.04.20070)

É possível notar nesse acórdão a intenção do magistrado em ressaltar as diferenças e peculiaridades do caso concreto. Ou seja, o contexto da transexualidade permitiu o destaque das diferenças que embasaram o deferimento do pedido, possibilitando a alteração do nome de registro da transexual.

No discurso constitucional, a função metonímica exerce importante papel na definição de direitos constitucionais e na identidade constitucional, conduzindo “a uma maior contextualização e, portanto, a uma maior especificação, do mesmo modo que a metáfora aponta para as similaridades”. (ROSENFELD, 2003, p. 71)

Quanto à (re)definição da identidade do sujeito constitucional, o processo metonímico é apresentado por Michel Rosenfeld (2003, p.74) da seguinte forma:

Ao passo que ao constitucionalismo importam o pluralismo e a heterogeneidade, a identidade constitucional não pode ser reduzida a mera relação de semelhança. Precisamente porque a identidade constitucional deve preencher o vazio, o hiato entre o eu e o outro, ela deve incorporar as diferenças por meio da contextualização para evitar a subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional.

Rosenfeld alerta que o papel da metonímia no discurso constitucional pode ser empregado tanto para promover a ampliação quanto a restrição de direitos constitucionais. Como exemplo do emprego da contextualização metonímica para limitar direitos constitucionais, é retomado o exemplo do caso *Bowers v. Hardwick*, no qual a maioria dos ministros contextualizou a homossexualidade sob os cânones da moral judaico-cristã como uma prática abominável, para combater a metáfora do indivíduo autônomo que decide por si só,

A busca reconstrutiva da identidade do sujeito constitucional envolve, como foi visto, a complexa interação entre os processos de negação, metáfora e metonímia. Nesse sentido, afirma Rosenfeld:

De um ponto de vista geral, a negação especificamente por meio da determinação, do recalçamento ou da repressão e da renúncia, assume o papel principal na tarefa de esculpir a identidade do sujeito constitucional,

com a metáfora e a metonímia cumprindo a importante missão de fornecer conteúdo aos respectivos papéis da identidade e da diferença. Mas identidade e diferença só podem adquirir formas determinadas ao se utilizar o trabalho da metáfora e da metonímia. (ROSENFELD, 2003, p. 83)

Dessa forma, a negação à identidade homossexual altera o *status quo* da identidade constitucional, criando um hiato, um vazio que precisa ser preenchido pelos processos discursivos da metáfora e da metonímia. A nova identidade constitucional necessita, então, de um processo dialético de estabelecimento de novas coordenadas paradigmáticas (metáfora) e sintagmáticas (metonímia). Segundo Rosenfeld (2003, p. 86): “essa dialética procura estabelecer um equilíbrio entre o pólo da identidade e o pólo da diferença”, numa tensão que deve evitar o duplo perigo da identidade por demais restritiva e a diferença insuficientemente determinada.

O processo discursivo da metáfora desloca a identidade constitucional para além de preconceitos relativos à homossexualidade, buscando similaridades na autonomia privada, no princípio da igualdade e na dignidade da pessoa humana, e menosprezando as diferenças relativas às características que inicialmente desencadearam o processo de negação.

Já o processo metonímico contextualiza as diferenças, especificando a nova identidade homossexual como parte da identidade do sujeito constitucional, pois as diferenças relativas à orientação sexual passam a ser incorporadas à identidade constitucional, em equilíbrio dinâmico com as demais identidades relevantes.

Assim, a negação da identidade constitucional promove um vazio ou hiato, sendo necessário um rearranjo na identidade do sujeito constitucional por meio dos processos metafóricos e metonímicos, que culminarão na sobredeterminação, isto é, no assentamento de “novos marcos ao longo das vias metafórica e metonímica na identidade constitucional.” (ROSENFELD, 2003, p. 94)

Essa sobredeterminação é sensível às diferenças de tempo e lugar, permitindo à identidade constitucional se desenvolver e se reinventar sem abdicar de seu enraizamento em algum passado coletivo plausível. (ROSENFELD, 2003, p. 107)

A dialética da reconstrução da identidade constitucional, fundada na tensão entre metáfora e metonímia, explicita o potencial e as limitações do sujeito constitucional, em sua luta por alcançar equilíbrio em um cenário sempre mutável. Nesse aspecto, compreender e aplicar a força normativa da Constituição, na expressão de Konrad Hesse, como a “interpretação construtiva de um sistema de direitos fundamentais” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 321) permite que a identidade do sujeito constitucional torne-se dinâmica, aberta e não naturalizada.

Tendo em vista que “a identidade do sujeito constitucional jamais pode se tornar assentada, pois não há como superar a separação entre o eu e o outro” (ROSENFELD, 2003, p. 111), a evolução da identidade do sujeito constitucional, ao incorporar a identidade homossexual, não se fixa ou estabiliza. Ela permanece constantemente aberta a um novo rearranjo, a um novo discurso constitucional reconstrutivo que estabeleça novos parâmetros e deslocamentos metafórico-metonímicos.

4 PARA UMA APLICAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO SISTEMA JURÍDICO: REFLEXÕES CONCRETISTAS ACERCA DA IGUALDADE NOS JULGAMENTOS DO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 24.564/2004 E DA ADPF 132 À LUZ DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE”

Após a investigação teórica sobre a legitimidade do reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar, em decorrência da aplicação e efetivação de normas constitucionais, este capítulo tem como propósito a análise, sob a perspectiva teórica até aqui apresentada, de casos concretos que já foram ou que estão prestes a ser julgados pelas instâncias máximas do Poder Judiciário nacional, especificamente o Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal.

Conforme já exposto, tramita no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 132. Proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em fevereiro de 2008, a ADPF Nº 132 solicita à Corte, como pedido principal, a declaração de que:

[...] o regime jurídico da união estável deve se aplicar também à relações homoafetivas, seja como decorrência direta dos preceitos fundamentais aqui explicados – igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica – seja pela aplicação análoga do artigo 1.723 do Código Civil, interpretado conforme a Constituição. (BRASIL, 2008, p. 35)

Em conseqüência, solicita ainda que o Supremo Tribunal Federal interprete conforme a Constituição a legislação estadual apontada (Decreto-lei nº 220/75, do Estado do Rio de Janeiro), assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões estáveis homossexuais. Por fim solicita também a declaração de que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica referida violam preceitos fundamentais.

Em resumo, o que é solicitado na ADPF 132 não é a retirada da norma impugnada do sistema nem a inconstitucionalidade de seu conteúdo abstrato, que se daria pela via de ação direta de inconstitucionalidade, mas sim a interpretação conforme a Constituição de uma norma ainda em vigor.

No julgamento da ADPF Nº 132, o Supremo Tribunal Federal encontra-se, na nomenclatura de Ronald Dworkin, diante de um *hard case* (“caso difícil”). Tal expressão, como já analisado no curso do presente trabalho, não se refere àqueles casos de difícil intelecção, mas àquele que, dadas as peculiaridades do caso em juízo e das disposições legislativas, não é trivial identificar a norma que os solucione ou, mesmo, atestar que elas estejam disponíveis.

Em conseqüência, divergentes são as manifestações jurisdicionais acerca do reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. As que se mostram contra a tese de reconhecimento com entidade familiar apontam-na em razão do suposto óbice semântico, presente tanto na norma constitucional (Art. 226, § 3º) como no Código Civil (Art. 1.723): o de que o reconhecimento como união estável só é possível para os casos de união “entre o homem e a mulher”.

Quando casos de pedidos de reconhecimento da união estável entre duas pessoas do mesmo sexo são postos à apreciação do Judiciário, os juízes que sustentam o referido óbice semântico apontam, grosso modo, para duas respostas distintas: (i) pela impossibilidade jurídica do pedido, fundamentada na concepção positivista de direito; conseqüente, não há mais discussão nem analogias possíveis e os afetados devem resignar-se diante do “silenciamento” constitucional sobre o tema; ou (ii) pela analogia a um tipo de “união estável de segunda classe”, denominada “sociedade de fato”; um paliativo, isto é, uma solução provisória para um problema que deveria, por esse entendimento, ser tratado e regulamentado exclusivamente pelo Legislativo.

Um exemplo de interpretação que indica a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a vedação imposta pela “literalidade” do artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode ser conferido no seguinte julgado:

EMENTA. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. [...] A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. (...) diante da norma expressa, contida no art. 226, § 3º, da CF, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher; revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo. (TJ/MG – AC 1.0024.04.537121-8/002, Des. Domingos Coelho, j. 24 mai. 2006)

Por sua vez, a interpretação analógica que propõe suprir a “lacuna” constitucional equiparando as uniões entre pessoas do mesmo sexo às sociedades de fato caracteriza essas relações exclusivamente pelo vínculo econômico comum. Por não serem essas uniões reconhecidas como entidades familiares, os laços afetivos e conjugais – que a igualdade de gênero entre o casal não afasta *a priori* – são desconsiderados, e a ação tem seu trâmite em vara cível.

Trata-se, portanto, de uma “união estável de segunda classe”. Isso porque, assim equiparada, os parceiros da relação homossexual são privados de diversos direitos que decorrem de uma união estável heterossexual, como por exemplo: direito a licenças diversas (luto, maternidade) no serviço público ou privado; direito a pensão alimentícia, em caso de separação; direitos sucessórios, em caso da morte de um dos parceiros; dentre outros, comumente da competência de um juízo de família. Esse é o entendimento subjacente à seguinte decisão judicial:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DE FAMÍLIA. NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS. A união entre pessoas do mesmo sexo não é considerada no direito pátrio como concubinato ou união estável, logo, não tem caráter de entidade familiar, mas não impede que a referida união possa configurar-se como sociedade de fato, de natureza cível, no amparo do disposto no artigo 981 do Código Civil. Com efeito, as conseqüências jurídicas desse relacionamento de ordem afetivo/sexual e formação do patrimônio, em especial o direito à partilha de bens, em caso de vir a mesma a ser dissolvida pelo falecimento de um deles ou o rompimento espontâneo da relação que lhe deu origem, deverão ser dirimidas *in* Juízo Cível. A declaração de incompetência absoluta, com a determinação de remessa dos autos à justiça competente, acarreta a declaração de nulidade de todos os atos decisórios. Reconhecimento de incompetência absoluta do juízo de família. (TJ/RJ – AI 2006.002.17965 - 6ª C. Civ. Rel. Des. Diva Lucy Itabiapina, j. 12 nov. 2007)

Ratificando essas interpretações que apontam o óbice semântico para reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, convicto é o pensamento de Lenio Streck sobre o assunto. Como já apontado no curso desse trabalho, o referido autor, em artigo no qual discute a proposição da ADPF Nº 132 junto ao STF, afirma que a resposta adequada para o caso da união entre pessoas do mesmo sexo depende de alteração legal-constitucional. E reforça esse posicionamento complementando que “o melhor é confiar na Constituição e na forma como ela mesma impõe para a sua alteração. Em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo Legislador”

(STRECK; OLIVEIRA; BARRETO, 2009, p. 5). Assim, enquanto o Legislativo não se manifestar acerca do assunto, não há que se falar de direitos (fundamentais) de casais do mesmo sexo em relacionamento afetivo, de convivência pública, contínua e duradoura, requisitos esses de uma união estável heterossexual (Artigo 1.723 do Código Civil).

Entretanto, conforme também já analisado neste trabalho, a inexistência de consenso acerca do que é o direito revela que a resposta adequada a essa questão não pode ser naturalizada, pois se apresenta suscetível de divergência, a depender da concepção de direito em que se analisa o assunto. A perspectiva adotada pela concepção positivista do direito não é a única – nem se pode afirmar como a mais legítima – a ser capaz de oferecer uma resposta definitiva à questão. O positivismo jurídico apresenta uma possibilidade de resposta: “o direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, segundo um processo institucionalizado juridicamente” (HABERMAS, 2003, p. 193). Na ausência de uma regulação legislativa *a priori*, a questão abre-se à discricionariedade judicial, sob a qual muitas vezes se “travestem” certas interpretações analógicas.

O posicionamento de Lenio Streck, que nesse caso em particular alinha-se aos preceitos da concepção positivista do direito, “fecha” a possibilidade de discussão e divergência sobre o tema. Com isso, incorre em algo que Dworkin menciona sobre aqueles que “querem mostrar o direito em sua pior, e não em sua melhor luz, apontando para caminhos fechados que, na verdade, estão abertos, avançando para uma nova mistificação a serviço de objetivos políticos não revelados” (DWORKIN, 2007b, p. 331).

Todavia, conforme analisado no primeiro capítulo desse trabalho, a resposta jurisdicional aos *casos difíceis* – como se apresenta a questão do reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo – encontra outro patamar de discussão quando se adota a concepção de *direito como integridade*, na proposta de Ronald Dworkin.

Procurando fugir à discricionariedade judicial nos *casos difíceis*, Dworkin (2007a) apresenta sua “tese dos direitos” – segundo a qual as decisões judiciais tornam

efetivos os direitos políticos existentes por meio de uma argumentação de princípio, e não de política – que se fundamenta na análise e na importância dos princípios para o momento de aplicação do direito. Ao considerar também, em conjunto com as regras, os princípios como padrões jurídicos dotados de normatividade, a teoria proposta por Dworkin para a decisão de casos *difíceis*, ainda não regulados por meio de regras, torna-se mais sofisticada e capaz de oferecer respostas racionais e contextualizadas aos problemas cada vez mais complexos e não tratados expressamente pela legislação.

Assim, a concepção de *direito como integridade* “insiste em que o direito [...] contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa” (DWORKIN, 2007b, p. 273-274). Desse modo, “as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza” (DWORKIN, 2007b, p. 274). Os princípios jurídicos devem, portanto, penetrar nos discursos jurisdicionais de aplicação normativa, especialmente para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, conforme analisado no segundo capítulo desta pesquisa.

Com isso, aos juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade para a solução dos casos difíceis, torna-se possível “encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 2007b, p. 305).

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre a ADPF nº 132. Esse será, portanto, o desafio deste capítulo: aplicando-se as premissas teóricas apresentadas no presente trabalho – notadamente a concepção de *direito como integridade*, em que se afirma a noção de que todos os cidadãos merecem igual consideração e respeito a cada decisão – buscar-se-á “a melhor interpretação da doutrina jurídica da comunidade”, revelada no caso em análise pela história institucional do Judiciário brasileiro e pelas normas constitucionais vigentes, a ser proferida no julgamento da ADPF Nº 132.

Contudo, preliminarmente a esse desafio, torna-se necessária e pertinente a análise dos pressupostos utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/2004, em que houve reconhecimento judicial da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável, nesse caso, foi realizado para a denegar direitos, uma vez que indicou critério de inelegibilidade da candidata à prefeitura de Viseu-PA, em função da equiparação à união estável do relacionamento que mantinha com a então atual prefeita.

4.1 O RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 24.564: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FUNDAMENTAÇÃO

Em 2004, Astride Cunha cumpria o segundo mandato de prefeita do pequeno município de Viseu, no Estado do Pará. Nessa ocasião, convivia “maritalmente” com a atual prefeita, a Sra. Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes, fato esse público e notório na cidade há anos. Constituíam um núcleo familiar, que incluía a criação dos respectivos filhos oriundos de relações heterossexuais anteriores. Quando Maria Eulina registrou sua candidatura à prefeitura de Viseu Pará, na sucessão de Astride Cunha, tal registro foi questionado junto à Justiça Eleitoral, sob o fundamento de que a Sra. Maria Eulina mantinha, à época, uma relação estável com a atual prefeita, sendo apontada a regra de inelegibilidade do artigo 14, § 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁷.

Em primeira instância, o juiz eleitoral indeferiu o registro, por considerar a candidata inelegível nos termos da Constituição, em razão de seu relacionamento com a então atual prefeita. Todavia, o Tribunal Regional Eleitoral do Pará reformou a sentença e fundamentou o acórdão, julgado em 04.09.2004, com os seguintes argumentos:

[...]

¹⁷ “São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição” (BRASIL, 2010a, p. 13).

1. Considera-se união estável, para a proteção do Estado, aquela que decorre de união entre homem e mulher como entidade familiar, a teor do que dispõe a lei civil em vigor.
2. Inexistência de previsão constitucional e infraconstitucional. A regra de inelegibilidade inserida no art. 14, § 7o da Constituição Federal não atinge, nem mesmo de maneira reflexa, as relações homoafetivas, por não se enquadrar no conceito de relação estável, e, diante do silêncio eloqüente contido no seu art. 226, § 3o.
3. A omissão do ordenamento jurídico que regulamente as relações homoafetivas e conseqüentemente as inelegibilidades decorrentes de tais relações, não autoriza a aplicação por analogia das proibições decorrentes dos limites advindos das relações de parentesco para o exercício de mandato eletivo, previstas na Constituição Federal e na Lei no 64/90.
4. Considerando o princípio da legalidade, não incumbe ao intérprete ampliar o elenco de inelegibilidades, o que conduziria a se imiscuir na vontade do legislador. De igual modo, há de ser observado o princípio da isonomia material, não podendo ser restringidos direitos, sob pena de, a despeito da omissão legal, incorrer em inadmissível e inconcebível discriminação (REVISTA DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE, 2006, p. 235-236).
[...]

Analisando o posicionamento do Tribunal Regional Eleitoral, constata-se que o referido acórdão parte da argumentação de inexistência de previsão constitucional e infraconstitucional para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, desqualificando-as como união estável. O caso concreto é analisado, portanto, de maneira a subsumi-lo a uma regra pré-existente, oriunda do Legislativo. Como tal regra não existe no direito pátrio, ou indica, conforme o referido acórdão, um “silêncio eloqüente” em relação às relações entre pessoas do mesmo sexo, conclui-se que ao intérprete da norma não incumbe “ampliar o elenco das inelegibilidades, o que conduziria a se imiscuir na vontade do legislador”.

Entretanto, conforme esclarece Peter Häberle (1997), não há norma jurídica, há apenas norma jurídica interpretada. E a questão do sentido atribuído ao texto normativo, ou seja, a interpretação jurídica, encontra-se intimamente ligada à argumentação utilizada para a fundamentação das decisões judiciais. E nesse sentido, o acórdão expressa um visão liberal-positivista do direito, defasada historicamente em pelo menos duzentos anos, socorrendo-se unicamente no princípio da legalidade, que oculta o que de fato está em questão: as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, assim como as uniões estáveis heterossexuais e o casamento, ensejam a inelegibilidade nos termos da Constituição Federal? Ou será

que a resposta a essa questão depende unicamente de uma prévia decisão legislativa?

De uma forma ou de outra, o sentido atribuído ao texto normativo deve explicitar o que orienta o intérprete em seu mister jurisdicional. Como alerta Alexandre Coura (2009, p. 43): “Afinal, subjacente a qualquer interpretação, há sempre pré-compreensões que condicionam o intérprete”. Socorrendo-se apenas no fato de não haver dispositivo legal *a priori* que regulamente de forma expressa a situação fática, essas pré-compreensões, caso ocultas e não expostas à refutação, podem se apresentar ilegítimas ao atual paradigma constitucional.

O paradoxo dessa decisão judicial é que o direito à elegibilidade da Sra. Maria Eulina à prefeitura de Viseu, apesar da convivência homoafetiva com a atual prefeita da cidade, é fruto de uma interpretação que desqualifica essa convivência como uma união estável. Na maioria dos casos, essa desqualificação é fundamento para a limitação de direitos sucessórios, previdenciários, alimentícios e de adoção, dentre outros.

Esse é um caso emblemático de que é possível, sem uma argumentação que explicita as pré-compreensões do intérprete na aplicação dos princípios jurídicos, favorecer discriminando. Algo que ratifica a máxima maquiavélica de que os fins (direito à elegibilidade nos casos de uniões homoafetivas) justificaram os meios (discriminar/ignorar/desconsiderar a existência de relações homoafetivas).

Todavia, de maneira diametralmente oposta ao Tribunal Regional Eleitoral, mas alinhada ao posicionamento do juiz de primeira instância, o Tribunal Superior Eleitoral indicou a inelegibilidade da candidata à prefeitura de Viseu, quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 24.564. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, à época relator do caso, apresentou seu voto, que foi seguido pelos demais por unanimidade:

Senhor presidente, o TRE examinou a prova e concluiu pela caracterização de união de fato entre a recorrida e a prefeita reeleita de Viseu/PA. A questão cinge-se em se saber se essa união entre pessoas do mesmo sexo dá ensejo à inelegibilidade prevista no art. 14, § 7o, da Constituição Federal.

Ao longo dos tempos, o TSE tem entendido que o concubinato, assim como a união estável, enseja a inelegibilidade prevista no referido dispositivo - constitucional.

[...]

Em todas essas situações – concubinato, união estável, casamento e parentesco – está presente, pelo menos em tese, forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns. Por essa razão, sujeitam-se à regra constitucional do art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, acredito que esse relacionamento tenha reflexo na esfera eleitoral.

[...]

É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos.

Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos. (REVISTA DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE, 2006, p. 239-241)

Diferentemente da posição inicial adotada pelo Tribunal Regional Eleitoral, isto é, de inexistência de regra constitucional ou infraconstitucional que regule as relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, as inelegibilidades decorrentes de tais relações, a decisão do TSE parte de uma questão, mais pertinente e adequada ao momento de prestação jurisdicional, que consiste “em se saber se essa união entre pessoas do mesmo sexo dá ensejo à inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal”. E não se trata de prescindir de disposições legislativas para a solução do caso concreto, e muito menos usurpar poderes que seriam do Legislativo, mas sim de se atribuir sentido a uma norma (inelegibilidade de cônjuges), tendo em vista as especificidades do caso concreto.

E para isso, o Ministro Gilmar Mendes argumenta que sobre a regra da inelegibilidade de cônjuges sempre esteve presente, subjacente às normas constitucionais e no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, a preocupação “... de impedir o continuísmo, seja pelo mesmo ocupante do cargo, seja por sua mesma família, ao vedar a eleição subsequente de parentes próximos” (REVISTA DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE, 2006, p. 240).

Para isso utiliza-se do argumento de que, assim como nos casos de casamento, união estável e parentesco, o que caracteriza a comunhão de vida entre pessoas do mesmo sexo é o “forte vínculo afetivo”, o que teria também reflexos na esfera eleitoral.

Outra decisão judicial paradoxal: admite-se a afetividade como sendo a característica que faz com que as uniões entre pessoas do mesmo sexo se assemelhem às uniões estáveis e ao casamento, para indeferir, por consequência dessa pressuposição, o direito da Sra. Maria Eulina em candidatar-se à prefeitura de Viseu. Desconstrói-se a máxima de Maquiavel, que lhe retira o “maquiavelismo”, trazendo-a à ordem natural das coisas, mas que mesmo assim mantém certa contradição: os meios (reconhecimento da afetividade nas relações entre pessoas do mesmo sexo, assemelhando-as à união estável e ao casamento) justificam os fins (inelegibilidade nos casos de união entre pessoas do mesmo sexo).

4.2 A ADPF Nº 132: O STF DIANTE DE UM “CASO DIFÍCIL”

Após a constatação de que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo já foi afirmado pelo Poder Judiciário, no caso do julgamento pelo Tribunal Superior Eleitoral do Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, retoma-se o propósito de encontrar, em um exercício contrafactual – no qual serão aplicadas as premissas da concepção de *direito como integridade*, de Dworkin – qual seria a “resposta correta” para o julgamento do “caso difícil” que o STF encontra-se prestes a decidir: a ADPF Nº 132.

Dworkin, para realizar semelhante tarefa no julgamento do caso Elmer e em diversos outros *casos difíceis* do direito norte-americano, “criou” a figura de um juiz ideal, denominado Hércules, que teria a função de, utilizando-se da concepção de *direito como integridade*, analisar aqueles *casos difíceis* propostos em seus livros. Em relação às características atribuídas a Hércules e sua relação com a atividade de interpretação do direito, Dworkin esclarece: “devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de

capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” (DWORKIN, 2007b, p. 287).

Hércules acompanha Dworkin desde “Levando os direitos a sério”, mas em “O império do direito” sua função apresenta-se melhor desenvolvida. Ao lidar com diversos *casos difíceis*, Dworkin oferece respostas que seriam dadas por Hércules. Muitos de seus críticos, porém, opõem-se aos posicionamentos de Hércules, apresentados em seus livros. Todavia, Dworkin não vê isso como um problema, pois reconhece que as respostas oferecidas são as que, no momento, lhe pareciam as melhores e que outras pessoas poderiam delas discordar (DWORKIN, 2007b, p. 287). Isso, à primeira vista, poderia expor certa fragilidade de sua concepção do *direito com integridade*, ao se afirmar que ao invés de haver apenas uma “resposta correta” para a solução de um caso difícil, haveria apenas repostas diferentes, porém igualmente válidas.

Trata-se, entretanto, de um convite à divergência genuína do direito, pois caso o leitor rejeite os pontos de vista apresentados por Hércules, “por considerá-los pobres enquanto interpretações construtivas da prática jurídica, não terá rejeitado o *direito como integridade*: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa” (DWORKIN, 2007b, p. 287). Assim, a proposta de Dworkin não “fecha” ou “silencia” o debate sobre os direitos e obrigações nos *casos difíceis*, mas afirma que qualquer juiz:

[...] deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta, em sua melhor luz, do ponto de vista da moral pública, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo. (DWORKIN, 2007b, p. 306)

Assim, quando em seus livros uma determinada interpretação construtiva é defendida por Hércules, outros juízes igualmente imaginários, como Herbert (DWORKIN, 2007a, p. 195) e Hermes (DWORKIN, 2007b, p. 381), entram em cena defendendo uma interpretação fundada em outra concepção de direito, que, portanto, valem-se de pressupostos diferenciados para análise do mesmo caso. Com esse exercício, Dworkin consegue expor à refutação tanto os seus próprios argumentos – materializados por Hércules – como os argumentos de concepções concorrentes de direito, em um jogo de argumentos e contra-argumentos que leva

em conta as qualidades, virtudes e fraquezas de todos esses juízes imaginários, e, conseqüentemente, da própria prática jurídica interpretada.

Portanto, nomear juízes fictícios para solução de *casos difíceis* reais é uma estratégia utilizada por Dworkin para apresentar e desenvolver sua teoria da decisão judicial. A escolha dos nomes daqueles juízes já indica algumas características que lhe são próprias. Dessa forma, a alusão ao nome “Hércules” revela que o juiz ideal Hércules possui um trabalho de difícil execução, que requer um esforço quase “sobrehumano”, como aquele desenvolvido por seu homônimo mitológico.

Quando um juiz apresenta argumentos que procuram “desvelar” a real intenção do legislador ao criar uma norma, tornando-a dessa forma mais clara em sua aplicação concreta, Dworkin nomeia outro juiz cuja alusão refere-se a outro correspondente mitológico, Hermes, cuja missão era a de trazer à compreensão humana a “real” intenção e desejos dos deuses do Olimpo.

Utilizando-se desse mesmo recurso retórico, nomear-se-á também um juiz ideal para análise e decisão da ADPF Nº 132. Trata-se de Heitor, um juiz cuja alusão não se encontra no Olimpo, mas em características irremediavelmente humanas. Apesar disso, a nomeação de Heitor segue a mesma estratégia: revela uma ligação não com a natureza de um deus mitológico, mas com a de uma personalidade brasileira, o maestro Heitor Villa Lobos. A alusão relaciona-se, portanto, à característica necessária àquele que conduz uma orquestra, ou seja, a atenção à harmonia e à coerência da obra executada, bem como o trabalho desenvolvido em conjunto por todos aqueles envolvidos na sua execução.

Assim, além de relacioná-lo ao contexto brasileiro, a escolha do nome de Heitor revela algo muitas vezes ausente e criticado na atuação do juiz Hércules, de Dworkin: seu solipsismo, ao não levar em consideração os argumentos das partes para o proferimento de sua decisão. Nesse sentido, a atuação de Heitor, em sua atividade de aplicação de normas jurídicas, pautar-se-á pela “sensibilidade para com as especificidades de cada situação de aplicação consoante a ótica de todos os afetados” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 485).

Outra diferença entre Heitor e Hércules é que este pertence a uma jurisdição norte-americana (DWORKIN, 2007a, p. 165), enquanto aquele ocupa uma vaga, igualmente fictícia, no Supremo Tribunal Federal do Brasil. Pertence, portanto, a um país cujo direito descende de matriz romano-germânica. A despeito dessas diferenças, ambos compartilham as seguintes premissas:

(i) Reconhecem que uma decisão judicial acerca de questões não expressamente tratadas no âmbito das regras legislativas nem sempre configura criação do direito; consideram os princípios como direito, e não descartam a possibilidade de que uma obrigação ou um direito jurídico possa ser imposto por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida (DWORKIN, 2007a, p. 71); ou seja, o direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito contido nas regras, mas também, num sentido mais amplo, o sistema de princípios necessários a sua justificativa (DWORKIN, 2007b, p. 274);

(ii) Admitem que há uma racionalidade argumentativa diferenciada para os momentos de justificação e aplicação do direito, isto é, a justificativa de um programa legislativo de alguma complexidade vai normalmente exigir argumentos de política (que justificam uma decisão mostrando que ela fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo) e argumentos de princípios (que justificam uma decisão mostrando que ela respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo) (DWORKIN, 2007a, p. 130). Entretanto, em relação às decisões judiciais afirmam que “são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas” (DWORKIN, 2007a, p. 132).

(iii) Rejeitam a concepção de direito como simples questão de fato, segundo a qual se “sustenta que o direito apóia-se apenas em questões de mero fato histórico, que a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado” (DWORKIN, 2007b, p. 38);

(iv) Rejeitam a concepção semântica do direito, de que a divergência sobre os fundamentos do direito dependem de certos critérios linguísticos utilizados unicamente para avaliar a “verdade” de proposições jurídicas;

(v) Rejeitam a tese do convencionalismo, segundo a qual “o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (DWORKIN, 2007b, p. 141). Ou seja, juízes devem respeitar irrestritamente a convenção da vontade majoritária advinda do Legislativo, pois os juízes devem aplicar o que foi estabelecido. Em suma: não existe direito a não ser aquele oriundo de tais decisões; rejeitam igualmente a tese do pragmatismo, pela qual “os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura” (DWORKIN, 2007b, p. 195);

(vi) Aceitam e aplicam a concepção do *direito como integridade*, segundo a qual as “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 2007b, p. 271).

(vi) Ao aceitarem o *direito como integridade*, entendem-no como um conceito interpretativo, que faz com que o direito não dependa de convenções especiais ou cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática que começou a interpretar (DWORKIN, 2007b, p. 489); entendem também que sua função assemelha-se a de um escritor que recebe um “romance”, já em construção, cujo tema é a história jurídica de sua comunidade, cabendo-lhes, a cada decisão, escrever um novo capítulo dessa história, com coerência suficiente para se afirmar como um capítulo pertencente à mesma história em andamento.

Apoiado por essas premissas, Heitor irá, portanto, analisar e apresentar uma decisão no julgamento da ADPF Nº 132. Buscará uma interpretação construtiva da prática social em questão, que se configure na melhor prática interpretativa à luz da perspectiva de integridade (SGARBI, 2009, p. 189).

Ao analisar a referida ADPF, ainda em uma “etapa pré-interpretativa” (DWORKIN, 2007b, p. 81), na qual são reunidas as hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido enquanto parte da prática social, Heitor percebe que os dispositivos legais que estão em questão referem-se mais diretamente ao artigo 226, § 3º da

Constituição da República Federativa do Brasil e ao artigo 1726 do Código Civil brasileiro. Ambos versam sobre o reconhecimento estatal que é conferido às uniões estáveis estabelecidas entre homem e mulher, caracterizadas dessa forma como entidades familiares. Percebe também que esse reconhecimento implica a possibilidade de uma série de direitos e benefícios aos integrantes dessas uniões.

Após constatar que ainda não houve manifestação legislativa expressa sobre o reconhecimento estatal para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, da forma como é reconhecida as uniões estáveis heterossexuais, verifica que a ADPF 132 solicita ao Judiciário: (i) a manifestação de que o regime jurídico da união estável deve se aplicar também à relações entre pessoas do mesmo sexo, por decorrência direta dos preceitos fundamentais nela explicitados: igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, (ii) em consequência, que o Supremo Tribunal Federal interprete conforme a Constituição a legislação estadual apontada (Decreto-lei nº 220/75, do Estado do Rio de Janeiro), assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões estáveis homossexuais; e, por fim, (iii) a declaração de que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica referida violam preceitos fundamentais.

Heitor, ao estudar como os tribunais têm se manifestado sobre casos dessa natureza, verifica que existem decisões judiciais em duas vertentes interpretativas: as que reconhecem as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, fundamentando-se em uma argumentação principiológica garantidora de direitos fundamentais; e outras que negam esse reconhecimento, indicando que tanto a Constituição como o Código Civil estabelecem expressamente que o reconhecimento estatal somente é possível para as uniões entre “um homem e uma mulher”, não cabendo ao Judiciário ir além do que foi estabelecido.

Ainda nessa fase pré-interpretativa, Heitor constata que em 2004 o Tribunal Superior Eleitoral já reconheceu em 2004, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, os efeitos jurídicos do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável, negando a uma candidata o direito de concorrer às eleições para prefeitura de uma cidade no interior da Pará em virtude de seu relacionamento com a então atual prefeita.

Feito isso, Heitor passará então à “etapa interpretativa” (DWORKIN, 2007b, p. 81), na qual irá se concentrar em uma justificativa geral da prática social identificada na etapa anterior, ou seja, a união estável (heterossexual e homossexual) e seu reconhecimento estatal como entidade familiar. Heitor certamente não será uma vítima do agulhão semântico, procurando a “verdade” das proposições jurídicas apenas em significados semânticos dos dispositivos legais disponíveis ou em prováveis intenções do legislador ao elaborá-los. Nem tentará situar a união entre pessoas do mesmo sexo em um tipo de “caso limítrofe” da união estável heterossexual.

Servindo-se dos pressupostos do *direito como integridade*, Heitor irá procurar atribuir um significado no qual seja possível ver a prática social em análise em sua melhor luz, tendo em vista o direito vigente, e em seguida reestruturá-la à luz desse significado (DWORKIN, 2007b, p. 58). Para isso, na busca por uma justificativa dessa prática social, Heitor irá levar em conta que a proteção estatal conferida às uniões estáveis heterossexuais, que as equipara a uma entidade familiar, é fruto de uma evolução histórico-social na qual as relações familiares sofreram profundas modificações na sociedade brasileira. E que esse reconhecimento surgiu como regra constitucional com o propósito de assegurar direitos de natureza familiar aos relacionamentos afetivos de convivência pública, contínua e duradoura, mesmo que não formalizados pelo casamento, como ocorriam nos casos de concubinato.

Portanto, a prática social de conferir reconhecimento estatal também às uniões estáveis justifica-se pela ampliação desse reconhecimento às uniões que até então eram consideradas espúrias, mas cujos direitos de natureza familiar não eram concedidos àqueles que dela participavam.

Assim, conclui que o reconhecimento estatal às uniões estáveis como entidade familiar não é uma prática social “naturalizada”, mas fruto de transformações sócio-culturais, cujos contextos permitiram enxergar essa prática à sua melhor luz, ampliando aquele reconhecimento estatal para além das formalidades do casamento.

Como Heitor não utiliza a interpretação do tipo conversacional, não estará interessado em “descobrir” se aquela foi de fato a intenção do legislador constituinte ao elaborar o artigo 226, § 3º da Constituição. Sua busca é pela interpretação construtiva da prática social em questão, na qual:

[...] toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível [...] e que a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem diferentes critérios de valor e de sucesso. (DWORKIN, 2007b, p. 65)

Desconsiderar esse tipo de interpretação e “afirmar que o direito consiste apenas em ‘atividade do legislador’ é narrar tão-somente uma ‘parte da história” (SGARBI, 2009, p. 174).

Assim, Heitor identifica nessa fase interpretativa que a prática social de uniões estáveis serem reconhecidas pelo Estado como entidades familiares tem um propósito, uma justificativa, que é a de estender os direitos de natureza familiar, dentre outros, àquelas uniões não formalizadas pelo casamento, mas que assim se assemelham pelos critérios de convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família.

Nesse ponto, um juiz que adota a concepção positivismo jurídico, como Herbert o faz na obra de Dworkin, pode alegar que a “família” é uma instituição que só se constitui entre um homem e uma mulher, por razões de ordem natural e reprodutiva. Portanto, a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia constituí-la. Mas Heitor irá afirmar que o termo “família” também não é algo naturalizado. Acusa Herbert de ser mais uma vítima do agulhão semântico, por restringir a “verdade” de proposições jurídicas apenas ao seu significado semântico. E defende que a divergência no entendimento do termo deve ser de outra natureza, ou seja, uma divergência genuína que envolva a redefinição da própria concepção de família. Seria então a família apenas aquela composta por um homem e uma mulher, com fins de reprodução?

Heitor verifica que a própria Constituição confere o reconhecimento como entidade familiar à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, o que

na prática tem se denominado “família monoparental”, conforme dispõe o artigo 226, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 2010a, p. 72). Mostra com isso que o termo “família”, ou “entidade familiar”, não pode ser descrito apenas em seu significado semântico, naturalizado, mas também suscetível de reinterpretações e redefinições de acordo com contextos histórico-culturais diferenciados.

Após identificar e justificar a prática social em análise (a união estável e seu reconhecimento estatal como entidade familiar), Heitor passará à última etapa na busca de uma interpretação construtiva para essa prática, tendo em vista a demanda apresentada na ADPF Nº 132. Trata-se da “etapa pós-interpretativa” ou “reformuladora” (DWORKIN, 2007b, p. 81), na qual Heitor irá ajustar sua ideia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceitou na etapa interpretativa.

Nessa etapa, Heitor elaborará convicções mais substantivas sobre essa justificativa, agora aplicada à possibilidade de reconhecimentos judicial como união estável e entidade familiar das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Ou seja, ele precisará emitir juízos sobre essa possibilidade e engajar-se para demonstrar que dessa forma a prática social de reconhecimento estatal da união estável como entidade familiar mostra-se (ou não) sob sua melhor luz.

Inicialmente, Heitor tem a auto-compreensão de que seu papel na atividade jurisdicional não é discricionário, mas o de garantir direitos individuais das partes, caso elas os tenham, que são pré-existentes à tarefa judicial e que, apesar da inexistência de regra legislativa expressa, cabe a ele realizá-los. Sua busca então será pela “resposta correta” que o direito compreendido como integridade deve oferecer ao caso concreto.

Como Heitor é um juiz que aplica o direito vigente, e não pretende “criar” novo direito a partir da decisão a ser tomada na ADPF Nº 132, busca identificar argumentos de princípio que possam justificar o reconhecimento, no âmbito do discurso jurisdicional

de aplicação normativa, de que o regime jurídico da união estável deve se aplicar também às relações entre pessoas do mesmo sexo, conforme lhe é solicitado.

Como a “tese dos direitos” (DWORKIN, 2007a) que defende – segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes por meio de uma argumentação de princípio, e não de política – fundamenta-se na importância dos princípios para o momento de aplicação do direito, Heitor irá se ater, na análise desse caso, ao mais fundamental, e até mesmo axiomático de todos: “é a concepção nítida de direito à igualdade, que chamo de direito a igual consideração e respeito” (DWORKIN, 2007a, p. XVI).

Para isso, argumenta que o princípio da igualdade é a norma jurídico-constitucional adequada ao caso. Isso porque acredita que esse princípio, para além de sua dimensão formal e material, indica que o sistema jurídico deve incorporar o princípio de que as pessoas têm direito a serem tratadas como iguais perante a lei ou, mais precisamente, que as leis não devem estar constituídas de maneira que coloque pessoas em desvantagem [umas em relação às outras] por qualquer razão irrelevante, arbitrária e, portanto, insultante, como de que elas têm a pele negra (DWORKIN, 2007a, p. XVI-XVII, nota do tradutor).

Heitor considera que o fato da homossexualidade ser apontada como um limitador de direitos, como ocorre com o não reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar, fere esse princípio de igual consideração e respeito, pois o critério que aponta essa limitação é por ele considerado arbitrário e insultante, como foi no passado o critério de cor da pele.

Assim, considera que o reconhecimento estatal da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar alinha-se à justificativa por ele apontada na fase anterior, qual seja, a de que o reconhecimento estatal da união estável (heterossexual) como entidade familiar tem o propósito de estender os direitos de natureza familiar, dentre outros, àquelas uniões não formalizadas pelo casamento. Estender também esse reconhecimento às uniões entre pessoas do mesmo sexo é, portanto, ver a prática social em sua melhor luz, como resultado da aplicação do princípio constitucional da igualdade jurídica ao caso em análise. Esse é um

posicionamento substancial que Heitor defende como decorrência de uma argumentação de princípio que, portanto, apresenta-se legítima à sua prestação jurisdicional.

Procurando ainda confirmar que sua interpretação construtiva mostra a prática social em sua melhor luz, Heitor irá também se preocupar em analisar um elemento de grande importância identificado na fase pré-interpretativa e que ratifica a coerência do “capítulo” que agora acrescenta à história da prática jurídica que começou a interpretar: trata-se do Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/2004, cuja descrição e análise foram anteriormente apresentadas.

Heitor verificou, portanto, que o reconhecimento judicial da união estável entre pessoas do mesmo sexo já fora afirmado por uma alta instância do Poder Judiciário nacional, mesmo que, naquela oportunidade, para negar direitos. Independente do teor substantivo da decisão, que no caso foi para denegar direito, Heitor estará atento à argumentação principiológica empregada e na “força gravitacional” que ela exerce para o julgamento de seu caso, pois entende que “a força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe dão sustentação” (DWORKIN, 2007a, p. 180).

Assim, Heitor prestou muita atenção na exposição do voto do relator do caso, cuja argumentação apontou que a regra da inelegibilidade de cônjuges sempre esteve presente, subjacente às normas constitucionais e no âmbito do TSE, a preocupação “... de impedir o continuísmo, seja pelo mesmo ocupante do cargo, seja por sua mesma família, ao vedar a eleição subsequente de parentes próximos” (REVISTA DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE, 2006, p. 240). Além disso, o relator argumentou que, assim como nos casos de casamento, união estável e parentesco, o que caracteriza a comunhão de vida entre pessoas do mesmo sexo é o “forte vínculo afetivo”, o que teria também reflexos na esfera eleitoral.

Heitor percebe que, para além de suas próprias convicções – expostas à refutação – sobre a melhor interpretação da prática social analisada, o “capítulo” que escreve na solução da ADPF Nº 132 não faz “tabula rasa” sobre o tema, como se o Judiciário brasileiro nunca houvesse se manifestado sobre o assunto. Heitor se volta para a

história de sua instituição, o Judiciário, para considerar a força gravitacional dos pressupostos de uma decisão judicial pretérita que, para cercear direito, reconheceu os reflexos jurídicos das uniões entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo-as como união estável para indicar critério de inelegibilidade. Ou seja, o critério que foi utilizado para o ônus, agora, no julgamento da ADPF Nº 132, de maneira coerente, é também levado em consideração para o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar.

Assim, Heitor sai de cena, convicto de que cumpriu seu papel: não agiu com discricionariedade e encontrou a *resposta correta* para a solução da ADPF Nº 132. Não foi leviano e não ocultou seus argumentos na divergência sobre o assunto. Baseou-se na concepção de *direito como integridade*, na proposta por Ronald Dworkin e, por isso, não achará que tenha falhado caso alguém discorde de sua exposição, por achá-la pobre enquanto interpretação construtiva da prática jurídica analisada (DWORKIN, 2007b, p. 287).

Sua função, nas últimas páginas dessa pesquisa, foi de instigar e fazer avançar o debate sobre um tema que, caso não seja debatido com franqueza e honestidade, pode ocultar pré-compreensões ilegítimas ao atual paradigma jurídico-constitucional. As propostas e colocações de Heitor não pretendem se afirmar definitivas ou “verdadeiras”. Ao invés de impor uma solução única para a ADPF Nº 132 e “fechar” a discussão – como, por exemplo, indicar que uma resposta só é possível por meio de emenda constitucional e que não cabe ao Judiciário manifestar-se sobre o assunto –, propõe, ao contrário, por meio de um exercício contrafactual e argumentativo, um convite à divergência teórica e genuína sobre o direito, em um tema complexo no qual direitos fundamentais de minorias podem ser legitimamente efetivados por meio da apreciação e manifestação do Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa, defendeu-se a hipótese de que o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar não configura criação do direito, mas decorre da aplicação de normas constitucionais pré-existentes à demanda posta à apreciação do Poder Judiciário, bem como da efetivação de direitos fundamentais de minorias, o que conferiria, sob o prisma da separação de poderes, legitimidade à decisão judicial.

Verificou-se inicialmente que a afirmação de que o juiz estaria, ao reconhecer como união estável e entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, “criando direito” no caso concreto é afetada pela inexistência de consenso acerca do que seja o próprio direito. Foram analisadas duas concepções teóricas do direito: o positivismo jurídico de H.L.A. Hart e o *direito como integridade*, de Ronald Dworkin.

Foi possível constatar que as duas concepções apresentadas respondem de forma diferente à questão proposta, sendo possível, após a exposição das considerações sobre o que é o direito nas perspectivas de Hart e Dworkin, inferir duas óticas de leitura do problema, a partir das quais respostas distintas se afirmam.

Verificou-se, com Hart, a inexistência de uma teoria para lidar com a “textura aberta” do direito e com os padrões que não são regras. Em casos de “zona obscura de incerteza”, decorrente da admitida “textura aberta” do direito, afirma Hart que há sim uma atividade judicial criadora, cuja discricionariedade consiste em tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos.

Como no direito pátrio não há uma decisão (legislativa) expressa conferindo o reconhecimento estatal, como união estável, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a questão fica então aberta à discricionariedade judicial. E o juiz, na teoria de Hart, não está “obrigado” a seguir outros padrões a não ser aqueles criados expressamente, fazendo o uso de uma discricionariedade em sentido forte. Dessa forma, a decisão judicial que reconhece como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo passa a se configurar “criação” de um novo direito,

inexistente até então, maculando a legitimidade dessa decisão judicial sob a perspectiva da separação de poderes.

Por outro lado, a concepção de direito apresentada por Dworkin, do *direito como integridade*, nega que o direito seja constituído de meros relatos factuais do que foi decidido no passado (convencionalismo), como também de programas instrumentais voltados para o futuro (pragmatismo), mas insiste que o direito é uma prática social interpretativa, de natureza construtiva, realizada dentro de um sistema aberto de regras e princípios.

Essa concepção respalda a afirmação de que, diante da ausência de regulamentação constitucional expressa a respeito das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o juiz não está “criando” direito (ou legislando) nos casos em que as reconhece judicialmente como entidades familiares, mas aplicando direito pré-existente, consubstanciado nos princípios constitucionais adequados e pertinentes ao caso.

Nessa perspectiva, foi possível constatar que uma decisão judicial acerca de questões ainda não expressamente tratadas no âmbito das regras legislativas nem sempre configura criação do direito. Afinal, o sistema jurídico democraticamente estabelecido, muito mais complexo do que um modelo fechado de regras, contempla também princípios, que devem penetrar nos discursos jurisdicionais de aplicação normativa, especialmente para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais nas sociedades contemporâneas.

Com isso, foi possível confirmar parcialmente a hipótese de pesquisa, ou seja, o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar não se configura, necessariamente, criação do direito quando se analisa a questão sob a perspectiva do *direito como integridade*, de Ronald Dworkin.

Na sequência, com o intuito de confirmar a hipótese em sua totalidade, procurou-se desnaturalizar a aparente tensão entre constitucionalismo e democracia, demonstrando que a concepção de democracia deve ser reinterpretada, contextualizada, para se adaptar ao atual paradigma constitucional, pois ela só

existe de fato onde o que decidiu a maioria não exclua ou despreze a condição das minorias. Assim, ao de adotar uma concepção historicamente contextualizada do papel da Constituição – um sistema aberto e deontológico de regras e princípios – aliada a um novo conceito de democracia – que também considere a condição de minorias e a natureza dos direitos fundamentais – percebeu-se que tais conceitos (constitucionalismo e democracia) são co-originalmente condição de possibilidade para legitimidade de uma democracia constitucional fundada no pluralismo e na inclusão social.

Foram também analisados alguns aspectos da hermenêutica constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito, principalmente no que se refere a “aferição” da interpretação constitucional em sociedades pluralistas e complexas, que possuem o *locus* hermenêutico em uma Constituição composta de regras e princípios. Procurou-se estabelecer também algumas reflexões sobre um dos grandes desafios para o direito na atualidade, que é justamente a tarefa de ler/interpretar o texto da Constituição.

Também mereceu atenção na pesquisa a diferenciação entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional, com os respectivos discursos de justificação e de aplicação do Direito. Conforme visto, as consequências dessa distinção são diretas para a legitimidade de decisões judiciais, sob a perspectiva da separação de poderes. Segundo Dworkin, as decisões tomadas no curso da atividade legislativa demandam argumentos de política e de princípio, enquanto na atividade jurisdicional as decisões devem ser exclusivamente baseadas em argumentos de princípio. E nesse sentido cabe legitimamente ao Judiciário garantir direitos fundamentais de minorias frente a decisões de política ou qualquer outra que os sacrifiquem em função de um “bem comum” ou “interesse coletivo”.

Com o intuito de demonstrar a aplicabilidade histórica dessas premissas teóricas, procedeu-se a uma análise do processo de afirmação contramajoritária da igualdade racial no contexto norte-americano, realizado pela Corte Suprema dos EUA, demonstrando as potencialidades do constitucionalismo para a defesa e garantia de direitos fundamentais de minorias.

A investigação teórica voltou-se também para a complexidade do estabelecimento da identidade do sujeito constitucional. Para tanto, apoiou-se na formulação teórica desenvolvida por Michel Rosenfeld, segundo a qual a identidade do sujeito constitucional sempre pode ser reconstruída e determinada apenas parcialmente, num jogo de rejeição e assimilação que o torna sempre incompleto e carente de reconstrução, que jamais pode tornar-se definitiva ou completa em razão do pluralismo, inerente ao constitucionalismo.

Foram analisados elementos teóricos do processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional – capaz de incluir a identidade homossexual, ainda marginalizada no discurso constitucional brasileiro – com a finalidade de demonstrar que, em razão dos preceitos do constitucionalismo moderno, cidadãos homossexuais têm direito a um tratamento igualitário em relação às conseqüências jurídicas do reconhecimento estatal conferido às uniões estáveis heterossexuais.

Com Rosenfeld, buscou-se a reconstrução da identidade do sujeito constitucional, realizado em uma complexa interação entre os processos de negação, metáfora e metonímia. Esses processos ocorrem no interior do discurso constitucional, por meio do qual a identidade homossexual instrumentaliza-se como plausível e pertinente à identidade do sujeito constitucional.

Portanto, após o desenvolvimento dos três primeiros capítulos deste trabalho, percebe-se que a hipótese de pesquisa se confirma em sua totalidade. Sob as premissas teóricas apresentadas, é possível afirmar que o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar não se configura criação do direito, mas decorre de aplicação de normas constitucionais. Além disso, conforme verificado, o Judiciário possui, em razão dos preceitos do constitucionalismo moderno e dos argumentos de princípio utilizados, legitimidade para efetivar direitos fundamentais de minorias, como é o caso de casais homossexuais que mantém relacionamentos afetivos de convivência pública, contínua e duradoura e que desejam, portanto, o reconhecimento estatal de que suas relações configurem-se como união estável e entidade familiar.

A análise que se realizou, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, da legitimidade de uma decisão judicial que reconhece uma união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar concilia, a um só tempo: (i) a certeza do direito, ou seja, segurança jurídica – consubstanciada pela aplicação de uma norma constitucional vigente, o princípio da igualdade jurídica, e não a discricionariedade judicial ou a criação de um novo item de legislação no âmbito da atividade de aplicação normativa –, como também (ii) a justiça no caso concreto, possibilitando que o direito, para além da regulação social, promova também a emancipação de grupos sociais minoritários.

Por fim, propôs-se a análise, sob a perspectiva teórica apresentada, de casos concretos envolvendo o reconhecimento judicial de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Em um exercício contrafactual e argumentativo, um juiz ideal e imaginário, semelhante ao juiz Hércules de Dworkin e adepto da concepção de *direito como integridade*, analisou e decidiu a ADPF N° 132. Por meio desse juiz, denominado Heitor, foram apresentados e expostos à refutação os argumentos por ele considerados pertinentes e adequados a uma interpretação construtiva da prática social – caracterizada pela união estável e seu reconhecimento estatal como entidade familiar –, vendo-a em sua melhor luz quando esse reconhecimento também se estende às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Sem pretensões de finalizar a divergência ou propor uma solução definitiva para a ADPF N° 132, as propostas e colocações de Heitor não pretenderam se afirmar definitivas ou “verdadeiras”; propõem, ao contrário, um convite à divergência teórica e genuína sobre o direito, em um tema complexo no qual direitos fundamentais de minorias, para ser efetivados, apresentam-se à apreciação do Judiciário.

Dessa forma, os argumentos jurídicos que se reputam relevantes nesta pesquisa foram apresentados em prol da elevação da discussão a um nível não apenas semântico, mas de concepção do direito e de afirmação da democracia e dos direitos fundamentais. Nesse passo, a abertura ao debate e à divergência, e não o seu fechamento – supostamente indicado na limitação contida na expressão “entre o homem e a mulher”, como um óbice ontológico ao reconhecimento judicial da união

entre pessoas do mesmo sexo –, foi o objetivo mais amplo deste trabalho, que pretendeu demonstrar as potencialidades democráticas de um projeto constitucional aberto, em constante discussão e reformulação, tal qual a própria sociedade em que ele deve se afirmar legítimo.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade mecum Saraiva**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. Código Civil (Lei n. 10.406/2002). **Vade mecum Saraiva**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

_____. Tribunal Superior de Justiça. **Revista da Jurisprudência do TSE**. v. 17, n. 1, jan./mar 2006. Disponível em <http://www.tse.gov.br/servicos_online/catalogo_publicacoes/revista_eletronica/index.htm>. Acesso em: 13 jan. 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Mandamentos, v.3, 2000.

_____. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum Limitada, n. 01, 2001.

_____. Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei. In: **Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara – Veredas do Direito**, v. 02, n. 04, jul. a dez., 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** vol.1, n. 4, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da

“jurisprudência de valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora da Unb, 2001.

DENNINGER, Erhard. Tarefas do Estado e Direitos Humanos. In: **Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados**. Fortaleza, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Constitucionalismo e democracia**. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, nº 3:1, p. 2-11, 1995.

_____. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984.

GADAMER, Hans Georg-. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica constitucional e pluralismo**. In: **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. In: **Cadernos de Filosofia Alemã**, volume 6, São Paulo, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LAGES, Cintia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

PEDRA, Adriano Sant'ana. A justiça constitucional como elemento de aperfeiçoamento da democracia em Cuba. In: **Justiça constitucional e democracia na América Latina**. (Coord.) André Ramos Tavares. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. São Paulo: Editora Ática, 1994.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. BARRETO, 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: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 31, jul-ago. 2009.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Sousa Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.