

Guilherme de Souza Demaria

**O USO DA HERMENÊUTICA NO CASO DO
RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO HOMOAFETIVA
(ADI 4277) NA COMPREENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL A PARTIR DO POSITIVISMO E DO PLURALISMO
JURÍDICO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

Demaria, Guilherme de Souza

O uso da hermenêutica no caso do reconhecimento jurídico da
união homoafetiva (ADI 4277) na compreensão do Supremo
Tribunal Federal a partir do positivismo e do pluralismo jurídico /
Guilherme de Souza Demaria ; orientadora, Jeanine Nicolazzi
Philippi Philippi - Florianópolis, SC,
2014.

235 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina,
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em
Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. HERMENÊUTICA JURÍDICA. I. Philippi, Jeanine
Nicolazzi Philippi. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Guilherme de Souza Demaria

**O USO DA HERMENÊUTICA NO CASO DO
RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO HOMOAFETIVA
(ADI 4277) NA COMPREENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL A PARTIR DO POSITIVISMO E DO PLURALISMO
JURÍDICO**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Direito”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-graduação em Direito.

Florianópolis, 09 de setembro de 2014.

Prof. Luiz Otávio Pimentel, Dr.
Coordenador do PPGD/UFSC

Banca Examinadora:

Prof.^a Jeanine Nicolazzi Philippi, Dr.^a
Presidente e Orientadora - UFSC

Prof.^a Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender, Dr.^a
Membro - UFSC

Prof. Luís Carlos Cancellier de Olivo, Dr.
Membro - UFSC

Prof. Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Dr.
Membro – Cebrap/FAAP

À Alex e Cândido.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos aos incríveis professores desta Pós-graduação em Direito, em especial, para a minha orientadora.

Agradeço, também, à minha família, aos colegas do escritório e do mestrado que ofereceram um apoio essencial para a realização desta pesquisa.

“A maioria dos homens prefere negar uma dura verdade do que enfrentá-la.”

(G.R.R. Martin, 2010)

RESUMO

A base desta pesquisa é o diálogo entre os pressupostos do positivismo e do pluralismo jurídico enquanto correntes teóricas que estabelecem uma racionalidade que controla a produção do discurso jurídico através da invocação da utilização dos métodos de interpretação jurídica: a hermenêutica. Influenciada pelo seu pressuposto doutrinário, identificam-se alguns critérios de legitimidade na interpretação do direito que constitui a decisão da autoridade competente e indicam-se limites para a fundamentação considerada jurídica de uma decisão. O problema estudado é a reinterpretação do texto legal vigente inalterado, aquele em lei posta pelo Estado, que estabelece um significado como prevalecente e define um novo precedente a ser seguido. O escopo do trabalho limita seu exame aos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao decidirem a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 que tratou do reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Neste caso de interpretação conforme a constituição, haveria uma lacuna de cunho axiológico a ser colmatada e uma rol de possibilidades que seriam conflitantes com a norma superior.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. União homoafetiva. Positivismo. Pluralismo.

ABSTRACT

This research is developed upon assumptions of legal positivism and legal pluralism as schools of law that sustain a distinct rationality which establishes a form of control of what is considered a legal speech through interpretation methods. Some criteria of legitimacy on the interpretation of the law in a decision are identified by these assumptions embedded in the interpretation and such serve to indicate limits to legality of arguments in the decision. The problem observed is the reinterpretation of the legal text, the one place by the State, that establishes a certain meaning as proper and sets a new precedent to be followed. The extent of this research is the study of the speech of judges in the *Supremo Tribunal Federal* in the ruling of *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 4.277, about the legal recognition of same sex union. In this case of constitution compliance through interpretation, there is a axiological gap to be filled and a set of interpretation possibilities in conflict with the constitution.

Keywords: Hermeneutics. Same sex union. Positivism. Pluralism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CCB – Código Civil Brasileiro
CF88 – Constituição Federal de 1988
STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

SUMÁRIO	43
INTRODUÇÃO	25
1 A HERMENÊUTICA NA ÓTICA DO POSITIVISMO E DO PLURALISMO JURÍDICO	29
1.1 O POSITIVISMO JURÍDICO	29
1.2 O PLURALISMO JURÍDICO	37
1.3 Antinomias	41
1.4 Lacunas	45
1.5 A questão da jurisdição entre sistemas autônomos de direito	46
1.6 A hermenêutica na produção do discurso da autoridade	51
1.7 A Teoria da Argumentação e a Tópica de Theodor Viehweg	56
1.8 Hermenêutica Constitucional: Peter Häberle	61
2 CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO DA HOMOAFETIVIDADE	69
2.1 O imaginário social e o direito como produto cultural	69
2.2 A comunidade como referência de justiça	79
2.3 A interação entre os sistemas no problema do reconhecimento jurídico da união homoafetiva	84
3 A mudança na significação objetiva: estudo de caso	93
3.1 Ayres Britto (Relator)	95
3.2 Luiz Fux	112
3.3 Cármen Lúcia	127
3.4 Explicação – Intervenção de Gilmar Mendes	132
3.5 Ricardo Lewandowski	133
3.6 Debate	142
3.7 Joaquim Barbosa	143
3.8 Gilmar Mendes	146
3.9 Marco Aurélio	185
3.10 Celso de Mello	194
3.11 Cezar Peluso (Presidente)	207

3.12 Debate	209
3.13 Ementa	209
3.14 Análise: a mudança da compreensão do direito	214
3.14.1 Necessidade	221
3.14.2 Elaboração cultural	222
3.14.3 Suporte não escrito	224
3.14.4 Confiança institucional	227
CONCLUSÃO	229
REFERÊNCIAS	235

INTRODUÇÃO

Os limites da interpretação para a concretização de novos valores com um mesmo texto legal sem promover uma perda da legitimidade institucional é o problema central da presente pesquisa. O escopo do trabalho limita seu exame aos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) ao decidirem a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 (ADI4277) que tratou do reconhecimento jurídico da união homoafetiva. A restrição em organizar estudar apenas os argumentos trazidos pelos próprios Ministros no caso limita a própria possibilidade de responder o problema da legitimidade.

O próprio caso não poderia ser considerado referência na mutação constitucional, visto que não existia um significado prevalecente que, então, foi alterado. O que existia era uma indeterminação e a expectativa de uma definição. A escolha foi feita pela riqueza da argumentação dos ministros em prover elementos para a alteração da racionalidade subjacente ao conceito jurídico de família e o papel da jurisdição na comunidade.

A decisão é representativa do controle da produção do discurso jurídico. O universo discursivo que falamos inclui, mas não se limita: a constituição, as leis propriamente ditas, a legislação de modo geral, tratados, as doutrinas escritas pelos pensadores do assunto, as decisões judiciais, os requerimentos, etc. No voto dos ministros, é possível verificar o que e como é recepcionado em última instância pelo julgador (o Estado) e o que é afastado. Ainda, é possível ver que os julgadores não precisam concordar entre si, relativizando o próprio controle e uma coerência se poderia supor que ele teria.

Outra opção decorrente deste enfoque na racionalidade foi estudar o tema a partir de sistemas normativos do direito e a partir de elementos concretos da participação histórica dos agentes políticos na formação deste resultado. Esta deficiência na análise foi um recorte imposto pelas de tempo e de materiais para a presente pesquisa.

Observa-se que a questão da união homoafetiva é incidental para este trabalho. O enfoque da pesquisa é perceber de que forma a estrutura argumentativa da interpretação se constitui, mais do que a interpretação constituída. Caso este fosse o interesse, a presente pesquisa teria se aprofundado na noção de direitos fundamentais. Por tal motivo, evitou-se o deslocamento do tema dos limites da legitimidade no uso da hermenêutica no conceito de família para a discussão da garantia de princípios e direitos fundamentais sobre a norma interpretada.

Retoma-se a pergunta da pesquisa: quais os limites da interpretação para concretizar novos valores com um mesmo texto legal sem promover uma perda na legitimidade da autoridade prolatora da decisão judicial? O caminho escolhido para obter esta resposta é analisar uma decisão e apurar em seus fundamentos os elementos levados em consideração que permitiram essa resignificação do texto objetivo consignado na lei posta pelo Estado sem comprometer a legitimidade da autoridade judiciária.

O termo “novos valores” não está efetivamente sob a análise. Ou seja, podem decorrer de alterações políticas, movimentos sociais, influência religiosa, desde que em algum momento passe a ser relevante para a comunidade em questão que é representada através daquele órgão judiciário. A alteração que interessa a este trabalho não é uma alteração objetivamente realizada na lei ou na constituição, podendo, no entanto, ser decorrente do costume ou da própria doutrina jurídica. A alteração não é do signo registrado no suporte físico (ainda que digital), mas semântica decorrente do movimento na cultura jurídica¹ que implicou na alteração do sentido atribuído à norma.

Desta forma, nossa hipótese principal é que a legitimidade da decisão judicial relaciona-se com a exposição de fatos e argumentos determinantes para a aplicação do direito que se conformar com a corrente teórica do direito adotada e seus pressupostos. Isto, lembrando que o direito, na prática, é incapaz de satisfazer as condições exigidas pela teoria, mesmo que esta teoria seja a qual ele declaradamente se filie. Desta forma, a alteração seguiria, em parte, uma tradição presente nesta racionalidade de transição, passando pela memória dos fatos, finalidade da norma, efetivação de valores, culminando numa possibilidade de refutabilidade que garante uma justiça *possível* na comunidade.

Existiria alguma garantia para as relações de prestação continuada? No caso escolhido, por exemplo, somos tentados a acreditar que no quadro normativo tal união sempre foi permitida desde a Constituição Federal de 1988 (CF88). Há, contudo, outro cenário completamente possível. Neste, houve sucessivas produções teóricas e práticas na seara do discurso jurídico² que alteraram a noção de família

¹ O termo cultura jurídica contempla as diversas fontes e formas do direito.

² Para a compreensão deste trabalho, será considerado discurso jurídico todo aquele realizado por alguém atribuído de uma fala jurídica, um reconhecimento do status de autoridade jurídica.

do direito³ ou seja, essas produções permitiram que esse entendimento fosse contemplado pela racionalidade jurídica e, assim, uma alternativa a ser aplicada como adequada dentro do “quadro” de interpretações possíveis da norma construída.

Os limites da interpretação já eram uma preocupação político-acadêmica antes mesmo do positivismo, quando Hans Kelsen, em seu “Teoria Pura do Direito” falou que o direito (norma) a aplicar é como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Tratava-se não só de uma questão jurídica, mas também política na capacidade dos poderes legislativos preverem e determinarem o comportamento do poder executivo e judiciário.⁴ Ora, neste contexto a norma, se aproximava da reunião de dados montados a partir do texto legal. Hoje, no chamado pós-positivismo⁵, a norma é construída diretamente a partir de princípios, expressos ou implícitos, com grande carga de indeterminação cuja noção influencia o próprio estabelecimento deste suposto quadro. Uma mesma norma, portanto, dá espaço para que uma jurisprudência consolidada pouco a pouco seja substituída por um novo entendimento, sem qualquer alteração legislativa. Politicamente, reduz-se a importância dos legisladores e reforça-se a importância dos juízes.

O primeiro capítulo desenha os pressupostos da teoria jurídica para hermenêutica. Em escolas da teoria do direito, destacou-se o pluralismo e o positivismo jurídico. Para a hermenêutica propriamente dita, deu-se um enfoque para a hermenêutica concretista de Peter Häberle. Para a formação de conceitos jurídicos sem definição positivada, utilizou-se a tópica de Theodor Viehweg.

O segundo capítulo dedicou-se a introduzir elementos não jurídicos, mas considerados relevantes para interpretação. O enfoque

³ Direito aqui compreendido como cultura jurídica, mentalidade e compreensão das autoridades responsáveis pela resolução do conflito.

⁴ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995. p. 77: “É neste modo de entender o art. 4º que se fundou a escola dos intérpretes do Código Civil, conhecida como “escola da exegese” (*école de l'exegèse*); esta foi acusada de fetichismo da lei, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedentes e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na intenção do legislador.”

⁵ O uso do termo “pós-positivismo”, refere-se ao questionamento do Estado enquanto aquele que monopoliza a produção do direito. Altera vínculo entre Direito e Estado para um vínculo entre Direito e Comunidade, o que altera significativamente o peso das fontes do direito.

esta na rede simbólica utilizada para a própria formação do direito enquanto produto cultura. Ao desenvolver do capítulo essas questões são contextualizadas com a posição do Brasil na questão da união homoafetiva e a interação de diversos sistemas normativos que exercem seu poder no reconhecimento jurídico da união homoafetiva perante o Estado.

O último capítulo apresenta um extrato comentado de cada voto da decisão e, a partir dos elementos jurídicos apresentados no capítulo um e os elementos complementares apresentados no capítulo dois, faz-se uma análise geral do papel da hermenêutica na legitimidade da decisão e identifica-se alguns critérios para avaliação dessa legitimidade.

Esta reflexão é importante para que essas decisões das quais não existam recursos possam, ao menos, ser criticadas com base em critérios devidamente fundamentados. Seria uma decisão correta apenas por que foi proferida pela autoridade competente? Uma decisão, sim ou não, é um posicionamento que não é justificado apenas pelo direito, mas também indica um posicionamento político. Em que posição estaria a separação do científico e do político em uma normatividade?

Essas duas dimensões não se confundem, mas não se separam. Para o leitor, espero que a importância venha deste despertar: se o direito pode mudar, é preciso ser mudança e ser resistência. Esse descompasso entre o legal e o político, entre a promessa e a ação, por vezes traz a necessidade da escolha entre o que é excluído, o que permanece e o que é incluído pelo direito nos novos tempos.

Em outras palavras, é o equilibrar da vida em comum que busca a mudança e que, ao mesmo tempo, precisa de limites. O direito aparece como esse mediador da regulação intergeracional – ainda que estas gerações sejam em si separadas e definidas de forma muito mais simbólica que concreta – que concretiza valores que seriam, em tese, renegados pela cultura jurídica anterior, mas mantem a confiança na autoridade tradicional. Por fim, sintetizo o que foi desenvolvido com o trabalho e as questões não resolvidas que poderão ser trabalhadas no futuro.

1 A HERMENÊUTICA NA ÓTICA DO POSITIVISMO E DO PLURALISMO JURÍDICO

A definição de direito pode ser apresentada a partir de diversas correntes, tais como as do positivismo jurídico, jusnaturalismo, pluralismo jurídico, realismo jurídico, entre outras. Essas correntes não constituem um todo unitário e homogêneo, seus autores apresentam divergências teóricas entre si. Não obstante, estes são reunidos com finalidade didática em correntes a partir de sua própria identificação declarada com determinada corrente e, também, a partir de combinação de determinadas características atribuídas ao direito em seus trabalhos.

O direito será apresentado sob a perspectiva de duas correntes: a positivista e a pluralista. Sabe-se que ambas as teorias apresentam limites em suas explicações sobre o direito e são passíveis de crítica, ainda mais no pequeno recorte realizado para o trabalho. O objetivo do trabalho não é a problematização do positivismo e do pluralismo. Trata-se de um recorte representativo que permitirá identificar limitações e potencialidades que contribuíam para a hermenêutica que decorre de seus pressupostos.

A sua finalidade no presente trabalho é servir como um suporte teórico para a análise da decisão sobre o reconhecimento jurídico da união homoafetiva na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277.

1.1 O positivismo jurídico

O positivismo jurídico é, conforme Norberto Bobbio, a combinação de uma maneira de abordar o estudo do direito, de uma teoria do direito e de uma ideologia do direito. As características fundamentais do positivismo jurídico foram resumidas pelo autor em sete pontos:⁶

a) O direito é um dado perante o qual o jurista deve abster-se de formular juízos de valor;

b) A característica distintiva da ordem jurídica enquanto reguladora da conduta humana é a coatividade, as normas são feitas valer por meio da força;

c) A fonte preeminente do direito é a lei, que se não é exclusiva fonte do direito, é a fonte coordenadora das demais fontes;

d) A norma jurídica é vista como um comando;

⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131-134.

e) *A norma jurídica não é tomada isoladamente, mas pertencendo a um conjunto de normas jurídicas que é coerente e completo;*

f) *A interpretação do positivismo tradicional é mecanicista, isto é, a predominância da declaração pelo jurista sobre o aspecto criativo do direito;*

g) *a obediência absoluta da lei enquanto tal.*

Essas características são uma simplificação do que poderia ser chamado de positivismo jurídico, em boa parte relacionada com uma percepção particular do positivismo identificada com a escola exegetica. Esta questão da difícil definição do positivismo jurídico e suas características foi colocada também por Dimitri Dimoulis em seu “Positivismo Jurídico”.

a) *O direito é um dado perante o qual o jurista deve abster-se de formular juízos de valor;*

A doutrina positivista sustenta uma postura científica perante o direito, restringindo o campo da teoria aos juízos de fato e relegando os juízos de valor para outros campos, tais como da política jurídica. Este último campo, diferente do científico, permite uma tomada de posição perante a realidade com a finalidade de influenciar. O juízo de fato, componente da teoria do direito, é a postura de conhecimento da realidade com a finalidade imparcial de conhecer e informar. É o estudo do “direito que é” enquanto o direito que existe na realidade, sem qualquer consideração pelo direito que *deveria* ser, pelo direito justo e ideal.

A afirmação, “o direito que é” deve ser tomado com cuidado. Trata-se do direito posto. Esta é uma característica que a distingue do direito natural ou do moralismo jurídico. Nestas últimas, o direito posto, para ser considerado direito, submete a um segundo critério de validação para ser considerado direito. Caso em que, uma lei posta pode ser não direito em função de um imperativo moral ou dedução racional.

O caráter descritivo da ciência do direito, para Kelsen, afasta a possibilidade do papel da proposição jurídica prescrever qualquer dever-ser. Neste primeiro ponto, verifica-se uma necessidade doutrinária de distinguir direito, política e justiça. Assim, a lei não é boa ou ruim de acordo com o direito. Estas outras formas de valoração dependem de campos que não se confundem com o direito.

b) *A característica distintiva da ordem jurídica enquanto reguladora da conduta humana é a coatividade, as normas são feitas valer por meio da força;*

Segundo Bobbio⁷, definir o direito em função da coação implica considerar o direito do ponto de vista do Estado. Na teoria clássica⁸ desta doutrina, o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente, enquanto na teoria moderna desta teoria a própria coação passou a ser o objeto das normas jurídicas. O direito seria um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa.⁹ Logo, as discussões do direito positivo moderno sobre as normas jurídicas estabelecem referência a quatro pontos do exercício autorizado da força: *quem, quando, como e quanto*. Kelsen concorda com este ponto:

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento da coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.¹⁰

A coação definiria o mundo do direito e adquire existência pela ação do Estado, de forma que direito, coação e Estado estão indissolavelmente ligados para a doutrina positivista.¹¹

c) A fonte preeminente do direito é a lei, que se não é exclusiva fonte do direito, é a fonte coordenadora das demais fontes;

Bobbio procura encontrar uma definição técnico-jurídica a partir de um conceito vulgar de fontes de direito: “*são fontes de direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas.*”¹² Kelsen afirma que aquilo que transforma um fato ou conduta em um ato jurídico não é sua natureza, mas o *sentido objetivo* ao qual o mesmo está ligado. Ou seja, a *significação* que o fato ou conduta possui *para as autoridades competentes*.¹³ Uma norma,

⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 147.

⁸ Bobbio utiliza o termo teoria clássica para reunir os determinados autores, entre eles Kant e Jhering, e distingui-los do que denominou como a teoria moderna da coação, reunindo Kelsen e Alf Ross.

⁹ *Ibid.*, p. 155.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 37.

¹¹ BOBBIO, op. cit., p. 153.

¹² *Ibid.*, p. 161.

¹³ *Ibid.*, p. 49.

enunciado, só é válida se for produzida por uma fonte autorizada direta ou indiretamente, aquele que realiza a enunciação.

Na doutrina positivista, os ordenamentos e as autoridades competentes possuem uma única fonte de validação, a lei, e na hipótese de existência de um ordenamento em que existam várias fontes (complexo), a lei deve prevalecer e coordenar as demais fontes.

Este ponto é importante, pois a lei é a fonte que confere objetividade à significação:

Se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo. O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua.¹⁴

A referida objetividade diferencia o comando de um sequestrador e o de um órgão jurídico, pois ambos de forma *subjetiva* acreditam que sua norma é válida e, esta crença, é uma significação subjetiva da validade da norma. Apenas a norma objetivamente válida, ou seja, apenas a norma conforme a lei será vinculante perante o Estado.

O primeiro fez uma ameaça e ao seu descumprimento pode ser realizado um mal. O segundo prescreve uma sanção e ao descumprimento de seu comando deve ser realizado um mal. A vontade do órgão jurídico é a objetivamente válida, pois retira sua juridicidade de uma norma “superior” que, em última análise retirará sua validade da norma fundamental da ordem jurídica estatal: a Constituição.

Assim, os ordenamentos complexos serão necessariamente estruturados de forma hierárquica em função da determinação legal. A juridicidade das fontes que não são a lei própria depende do reconhecimento legal ou da delegação legal da autoridade da produção normativa pelo Estado. Há *reconhecimento* quando existe um fato independente do Estado ou precedente ao mesmo que produz uma norma de conduta para a qual o Estado reconhece o atributo jurídico da norma.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 9.

Em um teste, pergunta-se: nesta doutrina, poderia o costume¹⁵ ser fonte de uma norma jurídica? Kelsen responderá que o costume, por ser constituído por atos de conduta humana, podem produzir normas *morais* quando mera censura e normas *jurídicas* quando surge no indivíduo a ideia de que se *deve* conduzir conforme o mesmo e se pode exigir tal. Contudo, o costume deve tomar este atributo de *jurídico* de uma relação de conformidade com a lei para ser também considerado fonte de norma jurídica.

Retornando para a síntese apresentada por Bobbio, no caso da *delegação*, o Estado, sob as condições legais determinadas, atribui juridicidade para as normas produzidas por um corpo não soberano¹⁶ específico. Inclui-se aqui, por exemplo, as deliberações das agências reguladoras e os agentes públicos que tomam tais como fundamento da legalidade de seus atos.

d) A norma jurídica é vista como um comando;

A norma significa algo que deve ser ou acontecer. A norma jurídica dirige-se à regulação do uso da força para influenciar o comportamento humano, por um ato de vontade que exprime um comando objetivo de *proibição*, *obrigação* ou *autorização*. Esta norma possui uma estrutura específica. É constituída por duas partes. A primeira descreve o fato que é conteúdo do ato de vontade. A segunda prescreve a consequência que deve seguir, o sentido jurídico que será atribuído ao ato. Mais especificamente, a sua significação jurídica que decorre por meio de uma relação particular com uma norma.¹⁷

Kelsen separa esta teoria em teoria jurídica estática, ocupada do Direito enquanto um sistema de normas em vigor, e em teoria jurídica dinâmica, ocupada do direito enquanto seu processo de produção e aplicação.¹⁸

As proposições ou enunciados pelos quais a teoria do direito descreve as normas jurídicas e suas relações entre normas jurídicas e

¹⁵ Por costume, entende-se a conduta de indivíduos que se repete durante certo tempo em iguais condições ao ponto que seu desvio gera a censura por parte dos demais.

¹⁶ Há ciência que soberania é um tema complexo, mas não é o escopo do trabalho a discussão ou a definição de *soberania*. Aceita-se como correta aqui a simplicidade de considerar o Estado um ente soberano, diferente de outras entidades, tais como associações, sindicatos, instituições religiosas e etc.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

¹⁸ *Ibid.*, p. 80.

entre normas e fatos de conduta, como proposições jurídicas são algo distinto das normas jurídicas:

As proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou que traduzem, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um dado objeto de conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos.¹⁹

Então, a norma jurídica é um imperativo destinado aos juízes que estabelece uma relação jurídica entre um fato verificado e um dever a ser executado: “Se A é, B dever ser”. Esta relação é jurídica, pois é imputada por uma lei jurídica e não determinada por uma lei causal das ciências naturais.

e) A norma jurídica não é tomada isoladamente, mas pertencendo a um conjunto de normas jurídicas que é coerente e completo;

A noção de *um* conjunto traduz a ideia de unidade do ordenamento, esta noção não é exclusiva do positivismo jurídico. A noção de uma unidade formal, contudo, já pode ser tida como uma característica distintiva do positivismo. Todas as normas são postas e podem ser reconduzidas a uma mesma fonte originária da qual retiram sua validade. Uma norma será considerada jurídica quando pertencente a uma ordem jurídica, ou seja, quando retirar sua validade da norma fundamental dessa ordem.²⁰ O positivismo, ao pressupor, atribui para o direito um sistema do qual a norma é uma unidade que lhe pertence. O atributo da coerência é imputado ao direito sistemático que possuiria uma ausência de incompatibilidades, enquanto o atributo da completude refere-se a uma ausência de lacunas. Bobbio afirma que tanto a coerência como a completude seriam princípios e não atributos do sistema jurídico:

Tal princípio é garantido por uma norma, implícita em todo ordenamento, segundo a qual

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80.

²⁰ *Ibid.*, p. 33.

duas normas incompatíveis (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento; ou dito de outra forma, a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade.²¹

Este princípio não é verificado no mundo fático, mas normativo: imposto por lei ou pressuposto pelos usuários como decorrente da lei. É, em tal sentido, um dogma positivista da coerência e da completude. Este último dogma relaciona-se com a questão do reconhecimento da possibilidade de lacunas, o que não existe na teoria de direito positivo em sua versão radical. Já em uma versão moderada, a completabilidade do direito aconteceria através da interpretação que constituiria um campo de contato com a política jurídica.

f) A interpretação do positivismo tradicional é mecanicista, isto é, a predominância da declaração pelo jurista sobre o aspecto criativo do direito;

A diferença entre a doutrina positivista e as demais é que a ciência do direito constitui uma atividade puramente declarativa e um momento puramente teórico ou cognoscitivo de um direito pré-existente. As demais entendem que não há um momento ausente de caráter produtivo ou criativo. Nesse ponto, a interpretação do direito no positivismo deve procurar à pretensão veiculada pelo autor do texto legal que foi positivado apenas como um complemento ao texto expresso. E se limitar a isso. É certo que esta característica é problemática, visto que um dos maiores representantes da corrente positivista, Hans Kelsen, não possui tal característica.

A atribuição desta característica ao positivismo é restritiva e, como destaca Dimoulis²², o identifica com a específica doutrina civilista francesa e belga conhecida como *École de l'exégèse*. Nesta, priorizava-se a interpretação estritamente gramatical e lógica com ênfase no então recente Código Civil Francês de 1.804. Mesmo esta, conforme análise deste autor, não conseguiu seguir suas declarações de forma coerente e as soluções de seus autores sobre os casos controvertidos refletiam suas opções políticas pessoais que não poderiam ser deduzidas do texto da lei.

²¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone, 1995, p. 203.

²² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006. p. 54.

Esta característica será levada em conta para a análise da interpretação e da hermenêutica positivista, então, da seguinte forma: dentro da discricionariedade decorrente da indeterminação inerente da linguagem, dotada de vagueza e incerteza, há um aspecto criativo na solução/resposta do aplicador, mas justamente apenas dentro desta imprevisão legislativa.

g) *a obediência absoluta da lei enquanto tal.*

O sistema jurídico encerra em si contradições e não é auto-suficiente, problemas para os quais o próprio legislador apresenta normas para sua resolução. Não fosse este reconhecimento pelo próprio legislador positivo, poderíamos talvez dizer que seria um equívoco utilizar dados da realidade para criticar a doutrina positiva, visto que estaríamos nos posicionando na doutrina realista.²³ Contudo, este ponto, inserido dentro da ideologia positivista, especifica que é um pressuposto o dever de obediência à lei, ainda que, por outras referências para a sua análise, como a justiça, por exemplo, esta lei seja questionável.

Expostos os pontos *a* a *g*, conclui-se que esta doutrina traça uma clara separação entre a validade da norma e o valor da norma. A validade da norma jurídica indica um atributo qualitativo da norma, segundo a qual ela pode ser considerada do campo do direito. No caso, a norma jurídica considerada válida pertence a um ordenamento jurídico existente em dada sociedade, pois retira dele sua validade. A validade de uma norma não se confundiria com o seu valor, que seria a qualidade de uma norma em relação aos valores fundamentais nos quais o direito supostamente deveria se inspirar: a justiça.

Há também uma relação entre validade e eficácia a ser destacada. O positivismo estabelece que para uma norma ser válida, é irrelevante sua eficácia. Parte do pressuposto que os fatos da vida em nada interferem na validade da norma, de forma que seu cumprimento seria irrelevante para uma norma válida. Essa característica também não é uniforme, Kelsen verifica que há a necessidade de um mínimo de eficácia da norma.²⁴ A norma haveria de ser ao menos eficaz entre a comunidade jurídica, visto que sua desconsideração implicaria na

²³ No Brasil, um exemplo deste reconhecimento está na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Entre seus dispositivos, temos o § 1º do Art. 2º: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

²⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 236.

negação de seu sentido objetivo. Ou seja, a eficácia é em Kelsen uma condição para a validade, tal como sua fixação positiva. A eficácia mínima necessária para a validade é o próprio reconhecimento pela comunidade especializada da relação estabelecida pela lei entre a norma em avaliação e outra norma da qual potencialmente retiraria sua validade.

Não obstante, a corrente que dá maior destaque para a relação entre validade e eficácia é a doutrina realista que é por vezes caracterizada como uma doutrina positivista em um sentido amplo. Para esta corrente, o direito é o conjunto de regras que são efetivamente seguidas pelos aplicadores do direito em uma dada sociedade. Logo, seria uma impropriedade caracterizá-la como uma doutrina positivista em sentido estrito. O positivismo estuda a realidade normativa pela perspectiva do dever ser, enquanto a doutrina realista estuda uma realidade fática pela perspectiva do ser.

Essas características gerais são essenciais para colocar a questão da antinomia e da lacuna no positivismo. E, principalmente, a questão da significação objetiva que se relaciona com a convicção desta comunidade especializada competente.

1.2 O pluralismo jurídico

O pluralismo jurídico quebra a relação induzida pelo positivismo entre o direito e o Estado. Uma noção pluralista de direito é mais abrangente e mais fluída, destaca-se este trecho sobre a força enquanto uma das possíveis técnicas de promover a execução da norma jurídica e a desnecessidade da noção de dever jurídico decorrer de uma autoridade *legalmente* competente:

Há alguns critérios clássicos para circunscrever o direito. Além do da origem estadual, há o requisito da coercibilidade. As normas jurídicas teriam a característica distintiva de poderem ser impostas pela força (supondo-se, implícita ou explicitamente, que esta força era a do Estado). Todavia, tem-se observado que a coerção (virtual) para impor uma norma pode ser de muitos tipos – força física, constrangimento psicológico, manipulação da vontade, criação de automatismos comportamentais; por outro lado, nos ordenamentos jurídicos complexos dos nossos dias, há várias técnicas de promover a obediência às normas – atribuição de vantagens, criação de

situações jurídicas desvantajosas, etc. Também a convicção dos destinatários de que uma norma é de direito (opinio iuris: tem a natureza de direito) não levanta menos problemas, uns de natureza cognitiva – o que isso de “ter a natureza de direito”?; outros de natureza moral – esse reconhecimento do direito exige acordo com os padrões de moralidade (o que quer que isso seja)?²⁵

Na busca pela definição do “o que é direito?” Antônio Manuel Hespanha coloca a opção entre o “estadualismo”²⁶ e o “pluralismo” como uma questão política e não só de uma ciência jurídica. Nesta perspectiva, a preocupação teórica em um primeiro momento foi encontrar meios de introduzir noções de justiça alternativas ao do direito estatal com uma preocupação em manter este como o hegemônico. Em um segundo momento, este sentido político foi o de permear o direito estatal às imposições de ordens jurídicas “globais”²⁷.

Já um terceiro momento, a sustentação do pluralismo jurídico tratou do reconhecimento nacional de ordens decorrentes de valores universalizados (e não universais) como os direitos humanos, equilíbrio ecológico, liberdade de informação e questões de direito digital. Estes terceiro momento, em especial, pode ser tanto enriquecedor aos direito nacionais como também constituir um etnocentrismo de questões discursivamente declaradas como cosmopolitas.

Traz-se esta polivalência das possibilidades semânticas para ponderar desde já que, enquanto teorias do direito, o pluralismo e o positivismo produzem tecnologias, instrumentos, que podem ser utilizados de forma política, seja esta conservadora ou revolucionária. Vê-se nessa ponderação um paralelo com o que Bobbio mencionou de que há adoção de certas ideologias na construção de uma teoria.

Estas questões, contudo, não fazem parte do que poderia ser chamado da perspectiva teórica do pluralismo. A definição de direito, como conceito, não é o objetivo de Hespanha ou ainda, da corrente pluralista, o que o autor propõe é:

²⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p.64

²⁶ Embora esta expressão possa ser estranha, é o termo utilizado pelo escritor português, o esperado para expressão talvez fosse algo como “estatalismo”.

²⁷ Expressão também escolhida por Hespanha, embora não se possa falar em um sentido técnico em direito global em: HESPANHA, op.cit., p. 71.

[...] descrever um processo geral de identificar e de descrever aquilo que as comunidades atuais, na sua diversidade, consideram como direito. Isto não exige nenhuma definição unitária do que seja direito. Mas apenas o acordo sobre o processo de o identificar em cada comunidade.²⁸

Destaca-se as duas teorias não são necessariamente opostas, pois é possível identificar as características do positivismo como uma dessas formas da comunidade identificar o que é direito. Entretanto, os requisitos de verificação exigidos em uma teoria jurídica e em outra são distintas, pois cada uma estabelece seus próprios requisitos para a atribuição do caráter de juridicidade:

Ou seja, que os destinatários a entendam como uma norma caucionada por instâncias a quem a comunidade reconhece o poder de dizer o direito (instâncias jurisdicionais: *iurisdictio*, jurisdição), ou seja, de estabelecer normas obrigatórias no plano externo, ou seja, que possam ser impostas coercitivamente.²⁹

A relação positivista típica com a legitimação da força, monopolizada pelo Estado, foi ampliada. Não se trata do Estado ser necessariamente o portador e titular desta força que garante o direito. No pluralismo aqui descrito, este poder pode ser encontrado em outras instâncias, desde que esta instância atue como um fiador do *direito dito*: a decisão fundamentada. Esta referida comunidade confere aos destinatários do direito um poder de determinar consensualmente³⁰ os poderes (instâncias) de dizer do direito. É diferente do desenho da *significação objetiva* em Kelsen – comunidade especializada (jurídica). Este seria um requisito de validade externo ao direito.

A validade interna é a capacidade da norma de responder as expectativas gerais e estabilizar conflitos. No pluralismo haveria, portanto, um reconhecimento aberto da falibilidade da norma posta em relação ao seu fim. Esta questão é afastada da teoria positivista, pois não

²⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 62

²⁹ *Ibid.*, p. 78

³⁰ O consenso aqui não possui o significado do “consenso sufragístico” é mais abrangente, incluindo e incorporando formas públicas que a comunidade possui de manifestar sua anuência. ou seja, juridicializa uma pluralidade de formas de comunicação entre indivíduos e entre grupos, uma “cidadania informal”. Este termo também é colocado pelo próprio autor.

caberia ao conhecedor determinar se a norma é boa ou ruim para a sociedade e seus conflitos.

A significação objetiva no pluralismo (e deixa-se claro que esta expressão não é a utilizada por Hespanha) equipara-se ao consenso – enquanto representativo da vontade - como requisito de validade do direito e estabelece uma relação não mais entre o Direito e o Estado, como apresentado anteriormente pelo positivismo, mas uma relação entre direito e comunidade:

Daí que com o uso da palavra consenso se queira aqui significar, não algo que está na origem da legitimidade de uma norma jurídica, mas antes o que, *ex post facto*, traduz a situação de aquiescência e de estabilidade que resulta da norma; é a verificação desta situação que é tomada como um sinal de que a norma foi reconhecida como boa pelos grupos comunitários interessados.³¹

Para estabelecer um parâmetro, se os mesmos pontos de Bobbio fossem aplicados ao pluralismo apresentado por Hespanha, teriam-se:

a) *A fonte é um dado observado pela comunidade jurídica perante o qual os destinatários formulam juízos de valor;*

b) *A característica distintiva da ordem jurídica enquanto reguladora da conduta humana é coercibilidade, seja pelo uso autorizado da força física como coerção virtual³².*

c) *A fonte do direito é estabelecida pela autorização comunitária, dentre as quais a lei seria uma das mais preeminentes, mas não seria coordenadora das demais;*

d) *A norma jurídica ainda é vista como um comando, contudo, não há necessidade uma descrição clara da sua hipótese de incidência, prevalecendo o resultado desejado pela regra ou princípio;*

e) *A norma jurídica não é tomada isoladamente, mas pertencendo a um de vários conjuntos de normas jurídicas que é incoerente e incompleto;*

f) *A interpretação pelo pluralismo pressupõe uma atribuição de sentido resultante de um processo de interpretação à luz da experiência pessoal e cultura do interprete o que implica não só na constituição (em*

³¹HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 81.

³² Isto inclui formas de constrangimento psicológico ou a criação de técnicas de obediência.

oposição a declaração) de sentido como na impossibilidade de uma universalidade inequívoca de sentido;

Apesar disso, o pluralismo jurídico não é uma análise destacada da dogmática jurídica. Ou seja, a dogmática já existia antes da identificação do direito com a lei e persiste, não sendo exclusiva ao positivismo. Nos termos do autor:

A dogmática jurídica é o saber jurídico que descreve o método de organizar um discurso sobre o direito: a sua constituição (as fontes de direito), a descoberta dos seus sentidos (interpretação), a referência de normas dos casos em análise às normas que os regulam (qualificação), a elaboração de normas para casos não previstos (integração de lacunas) sobre o direito, a compactação das soluções jurídicas de casos isolados em modelos gerais de solução (dogmas, conceitos jurídicos, institutos jurídicos).³³

Estabelecidas estas questões, passo a tratar do problema das antinomias e das lacunas sob o enfoque das doutrinas apresentadas.

1.3 Antinomias

A discussão da antinomia e da lacuna é essencial para determinar o que poderia ser concebido como o espaço de poder, dentro do direito, da hermenêutica. Antinomia é o nome dado para generalizar o problema da incompatibilidade normativa que acontece quando duas ou mais normas não conciliáveis visam regular a mesma situação fática.

Na doutrina positivista, a relação de contradição exige que as normas sejam logicamente incompatíveis por contrariedade entre os comandos, pertençam ao mesmo ordenamento e tenham igual âmbito de validade. Essa questão é estabelecida através de um argumento lógico:

Dado Oa (a obrigação de realizar a), dependendo de como disponho o sinal da negação, posso ter outras três normas, a saber: $O-a$ (a obrigação de não realizar $a =$ a proibição de realizar a), $-Oa$ (a não-obrigação de realizar $a =$ a permissão de não realizar a), $-O-a$ (a não-obrigação de realizar de não realizar $a =$ a permissão de realizar a).³⁴

A combinação destas possibilidades estabelece seis pares. Destes, três podem ser simultaneamente verdadeiros: Oa e $-O-a$; $O-a$ e $-Oa$; $-O$

³³ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 223.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 203.

a e \neg Oa. Outros três não podem ser simultaneamente verdadeiros: Oa e O-a; Oa e \neg Oa; O-a e \neg O-a;

O primeiro caso de incompatibilidade (Oa e O-a) são duas normas que não podem ser ambas válidas, mas que podem ambas ser inválidas em função de uma terceira norma. *Algo* pode nem ser obrigatório, nem ser proibido, por ser facultado. Este caso de incompatibilidade é constituído por normas ditas *contrárias*, mas que não são contraditórias sob a dimensão lógica.

Os outros dois pares (Oa e \neg Oa/O-a e \neg O-a) não podem ser simultaneamente válidos ou inválidos, pois a possibilidade terceira norma é inconcebível. Para este caso, as normas são *contraditórias*.

Esta questão da incompatibilidade foi resolvida pela *doutrina positivista* com o estabelecimento de critérios para solução de antinomias. Não necessariamente estes critérios foram positivados pela lei antes de amplamente utilizado pelos juízes para estabelecer qual das duas normas é válida. Os critérios estabelecidos para a resolução das antinomias entre as normas compatíveis entre si são:

- a) o critério cronológico, no qual a norma posterior prevalece sobre a norma precedente;
- b) o critério hierárquico, no qual a norma estabelecida por uma fonte de grau superior prevalece sobre aquela de grau inferior;
- c) o critério da especialidade, no qual a norma especial prevalece sobre a norma geral.

Estes três critérios são incapazes de resolver todos os casos. Não resolvem quando há um conflito entre os próprios critérios, no sentido de que a uma mesma antinomia se possa aplicar dois critérios, cada um levando a um resultado diverso. Ainda, não resolve quando não é possível aplicar nenhum critério.

Bobbio sustenta que a doutrina positivista pretere o critério cronológico no caso de conflito entre o critério hierárquico e o cronológico. Já, para o caso de um conflito entre o critério cronológico e da especialidade, prevalecerá este último. Contudo, a doutrina não é tão consolidada no conflito entre o critério da especialidade e o critério hierárquico. Bobbio pessoalmente sugere a utilização do próprio critério cronológico para a pacificação do conflito entre estes critérios.

No caso de inaplicabilidade dos três critérios, também sem uma opinião consolidada na doutrina, Bobbio sugere a aplicação da lei mais favorável para a parte hipossuficiente. O autor pensa, exclusivamente, na relação entre o particular e o Estado, reconhecendo a dificuldade de tal questão no direito privado em que seria favorecido necessariamente um particular em detrimento de outro. O interessante nesta questão é

demonstrar como a *normatização* do tema depende da *normalização* da situação, sendo os casos de inaplicabilidade dos três critérios raros pela perspectiva positivista.

Sob outro enfoque, uma vez que o pluralismo jurídico estabelece a existência de sistemas autônomos de direito em um mesmo espaço comunitário, ou seja, a coexistência de sistemas de direitos que se auto-fundam e se auto-legitimam, a questão da incompatibilidade normativa não pode ser abordada de uma mesma maneira que na perspectiva positivista.

O conflito distintivo do pluralismo acontece entre os próprios sistemas, melhor dizendo: fontes, em que há uma concorrência entre o direito posto pelo Estado e o direito posto por autoridades não estatais³⁵. Neste ponto, faz Hespanha um destaque de que as fontes do direito mereceriam, neste contexto, cada uma sua própria teoria específica antes de equacionar na teoria do direito as questões de identificação, âmbito de vigência (para quem vigoram) e os requisitos de validade. Seria preciso uma teoria do costume, da jurisprudência, da doutrina, da auto-regulação, das boas práticas e etc.³⁶ Contudo, o próprio autor reconhece que cada um dos sistemas utiliza normas de reconhecimento próprias, sendo relativamente independentes:

Essas normas de reconhecimento surgem da observação do modo como as instâncias a quem se reconhece autoridade para tal decidem (instâncias jurisdicionais) das normas de comportamento (normas primárias) que fazem parte desse sistema jurídico. Como as normas de comportamento definem, nas suas hipóteses (fattispecies, Tatbestände), o tipo de casos a que se aplicam, cada sistema jurídico tem o seu próprio domínio de aplicação, regula o seu “segmento da vida”. Ao mesmo tempo, esta “constituição do sistema” fecha este sistema setorial do direito a outros valores ou normas, assim como torna juridicamente irrelevantes os pespaços da vida que as suas normas não regulem.³⁷

É possível, no entanto, estabelecer que cada um desses sistemas, enquanto instância, possui um âmbito de vigência próprio e, assim, de definir como conflito entre os sistemas jurídicos autônomos quando

³⁵ E, em sentido por Bobbio atribuído, não soberanas.

³⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**.

São Paulo: Annablume, 2013, p. 227.

³⁷ Ibid., p. 231.

ambos estabelecem normas contraditórias sobre um mesmo âmbito de vigência ou hipótese.

É preciso deixar claro. Não se trata da aplicação de um direito canônico ou de um direito estatal, mas da própria instância enquanto *autoridade competente*. Nessa comparação, Igreja ou Estado. A aplicação do direito canônico ou estatal pelo Estado, ou ainda, pela Igreja, é outra questão. Logo, não se trata tecnicamente de só de uma antinomia como também um conflito de jurisdição.³⁸

Uma vez escolhido o sistema pela atribuição da legitimidade da instância pelo destinatário e o reconhecimento da mesma de sua própria competência, este sistema se organiza de forma a hierarquizar estas fontes. Não é imposição de um sistema ao outro, mas o reconhecimento pela própria autoridade deste sistema para que estas outras fontes promovam reajustes internos que levem ao reconhecimento de novas normas jurídicas.³⁹

Só então, trata-se de um conflito entre normas contraditórias dentro de um mesmo sistema jurídico a partir do reconhecimento por uma mesma instância de uma norma originada em um sistema jurídico diverso, autônomo. Logo, a antinomia no pluralismo teria outra diferença em relação ao positivismo, a relação de contradição exigiria que as normas fossem logicamente incompatíveis por contrariedade entre os comandos, contudo poderiam pertencer a ordenamentos distintos, desde que ambos tivessem igual validade perante um mesmo ordenamento.

Então, como verificar a igual validade? Neste ponto, Hespanha observa que as normas precisam ser verificadas a partir das condições de validade de seu próprio sistema de origem e, em um segundo momento, recepcionada pela instância jurisdicional.⁴⁰ Reconhecer a validade de norma pertencente a um sistema autônomo de direito, portanto, pode ser um problema diferente do problema de reconhecer o direito estatal de outro país. Hespanha apresenta um elenco sugerido das fontes de direito: a) direito comunitário; b) direito internacional; c) o direito dos negócios; d) a doutrina; e) a jurisprudência; f) o costume; g) os códigos de boas práticas; h) a lei.⁴¹

³⁸ O presente trabalho não irá discutir o tema do conflito de jurisdição.

³⁹ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 232.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 267.

⁴¹ *Ibid.*, p. 78-113.

Os efeitos do deslocamento da relação do direito com o Estado para a relação do direito com a comunidade, flexibiliza componentes fundamentais do direito, tais como: a) hierarquia clara e fixa das fontes; b) legitimação do direito a partir da constituição e função dirigente desta; c) primado do direito baseado em instituições, processos, princípios e garantias estatais; d) caráter público da lei, cuja elaboração pertencia exclusivamente ao Estado, sendo indelegável em entidades; e) primado da justiça pública sobre a arbitragem, decidindo segundo normas dinâmicas e não necessariamente pré-existentes.⁴²

A questão posta pela antinomia do direito pluralista não se trata apenas de determinar a norma aplicável, mas efetivamente a norma *mais apropriada* para determinada situação. Como mais apropriada, a norma jurídica mais capaz de estabilizar as expectativas dos participantes e pacificar conflitos. Logo, não seria tão simples determinar a maneira indicada para a solução das antinomias.

Um direito tão submetido ao juízo de valor dos destinatários implica em um reconhecimento pela instância judicial de argumentos trazidos e não só das normas postas e estabelecidas. É por esse motivo que no capítulo seguinte introduzimos não só a hermenêutica (hermenêutica aberta e concretista de Peter Haberle) como a teoria da argumentação (o pensamento tópico de Viehweg).

1.4 Lacunas

A completude do ordenamento jurídico implica a negativa da existência de lacunas na lei. O que poderíamos chamar de lacuna? No exemplo das antinomias, as normas contrárias foram resolvidas pela possibilidade de existência de uma terceira norma, a que faculta uma conduta. E na ausência desta possibilidade? A inexistência da terceira norma ou a ausência de um reconhecimento legal dos critérios de solução de antinomias apresentados deixariam um quadro aberto para que o juiz resolva o conflito sob uma tomada de posição no campo da política jurídica. Bobbio apresenta⁴³ duas teorias do direito para esta questão: a teoria do espaço jurídico vazio e a teoria da norma geral exclusiva.

⁴² HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 241-242.

⁴³ Deixo claro que Bobbio está apresentando uma síntese do pensamento de autores caracterizados como positivista, não lhe sendo atribuído em nenhum momento a novidade dessas questões.

Na primeira teoria, o fato não regulado é juridicamente irrelevante. Logo, não há qualquer lacuna jurídica para a questão e o problema não é jurídico.

Na segunda teoria, não existiriam fatos irrelevantes para o direito, pois cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma *implicitamente* contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última: É permitido tudo aquilo que não é proibido (aquilo que é obrigatório também seria permitido).

Não saber qual é a norma mais apropriada não é necessariamente uma lacuna. Se este fosse o caso, a moldura normativa proposta por Kelsen implicaria no reconhecimento de uma lacuna existente em toda norma e, como demonstrou-se, não é assim que a matéria é tratada. A maneira de abordar a questão que se adotou no modelo kelseniano é que esta moldura normativa possui em seu interior diversas possibilidades interpretativas cuja escolha depende da política do direito existente na decisão criativa da autoridade competente.

Neste quadro de possibilidades serão verificadas possibilidades interpretativas contrárias e contraditórias. Esta conclusão permite admitir que dentro do quadro normativo há uma possibilidade para se verificar outras antinomias que não serão resolvidos no campo da teoria do direito, mas por outros campos como o da política jurídica. Aliás, poderia se dizer que é justamente através destes outros campos que a questão passa a se tornar juridicamente relevante e, neste sentido, a teoria pluralista possuiria mais canais de diálogo entre o que poderia se chamar de sistema normativo e a comunidade.

A decisão analisada terá princípios aplicáveis, a lacuna será suscitada como uma lacuna axiológica. Em parte, a política jurídica definirá o direito, mas por outra, irá estabelecer que determinadas interpretações não seriam validas de acordo com a constituição.

Essas duas correntes doutrinárias apresentam racionalidades muito distintas a um mesmo objeto: o direito. Esses pressupostos teóricos irão determinar o pensamento e as possíveis conclusões dos operadores inseridos na política do direito.

1.5 A questão da jurisdição entre sistemas autônomos de direito

A antinomia pluralista jamais será reconhecida pela autoridade estatal, pois possui uma relação direta com o monopólio da justiça pelo Estado. A situação será rejeitada para outros campos, mas jamais o

jurídico. Em último caso, quando inegável pela autoridade judiciária, o tema fará parte de um direito, mas um que não é o “verdadeiro”: o monopolizado pelo estado. Contudo, é justamente essa última interação que não permitirá a ignorância da existência da outra norma e irá levar a questão para um conflito institucional que implicará em assimilação ou rechaçamento deste outro direito. A relação entre o direito estatal e outro direito estabelece a legitimidade do primeiro na medida em que o texto positivo precisa do suporte não escrito da comunidade:

A sustentabilidade [da norma] nunca será ilimitada, porque as sociedades evoluem, os pontos de vista sobre a adequação das normas também, os grupos de interesses mudam de geometria. Mas, no meio de todos os elementos complexos e mutantes, as normas hão de proporcionar alguma estabilidade, hão de ter condições de sustentação que lhes permitam criar maior estabilidade e mais previsibilidade.⁴⁴

Esta questão do suporte não escrito parece restringir-se a uma perspectiva pluralista. É o que acontece sob uma perspectiva teórica. Contudo, de uma análise externa, ambas teorias precisam ser recepcionadas pelos destinatários para que possam operar seus efeitos decorrentes da racionalidade que propõem. Assim, aplicando-se a noção de significação objetiva, o próprio positivismo depende de um suporte não escrito dentro da comunidade especializada.

É o subjetivo olhar “moderno” que atribui características jurídicas e religiosas a um mesmo instituto, o que não era percebido em outra época ainda que exercesse as duas funções. O desdobramento do tempo levou à autonomia dessas instituições e, por conseguinte, ao próprio deslocamento de sentido em um mesmo signo e à possibilidade de novos sentidos da norma por meio dessa nova formação que alterou nossa própria maneira de nos perceber e de perceber o mundo.

Tal fato impõe a conclusão de que a alteração de sentido sem mudança de texto ocorre necessariamente pela interação de atributos de outras instituições, reconhecidas explicitamente ou não pela instituição que possui a jurisdição em análise. Essa interação não ocorre em um mundo abstrato, ela ocorre na mentalidade do interprete que decide o significado da norma e sua aplicação no caso concreto.

Neste raciocínio das interações institucionais, apresenta-se os estudos sobre a relação entre o direito estatal e os aspectos normativos

⁴⁴ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 78.

da comunidade “cigana”⁴⁵. Esta comunidade tem características que a tornam apropriada para a comparação. A comunidade cigana opera não só um sistema normativo material como um sistema normativo processual e jurisdicional próprio. Esse poder paralelo não é inerentemente ilegal e, ao mesmo tempo, muitas comunidades ciganas (eles não são uniformes e homogêneos) não deixam de se ver como tão pertencentes ao país em que vivem como aqueles não-ciganos. As conclusões dos pesquisadores são interessantes:

Esta dissertação, contudo, usa a lei dos Ciganos como um exemplo de sistema jurídico autônomo, um que opera fora dos parâmetros da direito estatal. Este dissertação sustenta que na maioria dos casos em que o sistema jurídico autônomo dos ciganos confronta-se diretamente com a lei do país hospedeiro, este sistema jurídico privado dos ciganos prevalece. [...] Mesmo quanto eles entram em conflito, cada um desses sistemas exercem forte influência sobre o outro. Assim, as normas de qualquer sistema jurídico, público ou privado, pode apenas ser preservado intacto mediante um isolamento cultural, o qual é quase impossível alcançar. (tradução livre)⁴⁶

Os autores, Walter O. Weyrauch and Maureen Anne Bell, afirmam que o sistema jurisdicional dominante demanda assimilação dos demais, enquanto estes afirmam sua autonomia através do seu rechaçamento do sistema dominante.⁴⁷ Indo além, os sistemas de normatização paralela tendem a prevalecer na comunidade de sua origem na hipótese de uma antinomia e encontra seus próprios meios para tornar-se efetivo. Contudo, sua força é igualmente sua fraqueza,

⁴⁵ Para simplificar a exposição, chamaremos esses “aspectos normativos” simplesmente de direito cigano.

⁴⁶ WEYRAUCH, Walter O; BELL, Maureen A., *Autonomous Lawmaking.*, *Autonomous Lawmaking*. In: **Gypsy Law: Romani legal traditions and culture**, p. 12: “This essay, however, uses the law of the Gypsies as an example of autonomous legal system, one which operates outside the parameters of state law. It argues that in most cases in which the autonomous legal system of the Gypsies clashes directly with the law of the host country, the private legal system of Gypsies prevails. [...] Even when they do not come into conflict, each can powerfully influence the other. Thus, the norms of any legal system, public or private, may only be preserved intact through a cultural isolation which is nearly impossible to achieve.”

⁴⁷ *Idib.*, p. 10.

pois o sistema jurisdicional dominante tende a tomar este poder paralelo de dar a lei sempre que ele se torna visível através de sua eficácia.⁴⁸

Uma vez que um sistema de normatização paralela é conhecido, ainda que não reconhecido, por uma autoridade estatal que entende ter para si a “senhoria” daquela mesma comunidade, a referida autoridade irá buscar assumir o controle pela via da legislação e da regulação.⁴⁹ Uma vez que o aplicador do direito está estreitamente ligado com a comunidade e já é indiscutível que a sua decisão não é uma conclusão totalmente lógica, mas uma construção interpretativa, trata-se de uma ação política. A questão da jurisdição torna-se uma questão de autoridade política, pois há sempre um sujeito implicado na atividade prática da aplicação. A transitoriedade deste período ajustamento traz consigo a marca da excepcionalidade:

No caso extremo – ou seja, aquele que melhor a define, se é verdade que são sempre a exceção e a situação extrema que definem o aspecto mais específico de um instituto jurídico – a *autoritas* parece agir como uma força que suspende a *potestas* onde ela agia e a reativa onde ela não estava mais em vigor. É um poder que suspende ou reativa o direito, mas não tem vigência formal como direito.⁵⁰

Este trecho não fala de uma norma específica, mas de uma situação que suspende o ordenamento na sua totalidade. Aqui, o raciocínio é uma analogia. O fato do mundo torna-se juridicamente relevante. A coerção exercida sem a *garantia* da autoridade passa a receber esta autorização e a exceção passa a valer como nova regra que normaliza aquela exceção que afastou a primeira regra.

Assim, a autoridade é aquele que intervém para conferir validade – jurídica – ao ato de um sujeito que, sozinho, não pode realizar um ato jurídico válido.⁵¹ Esta instância jurisdicional, enquanto sujeito real e concreto é sempre pertencente a mais de um sistema normativo e estes, enquanto ordenamento próprio constituído, podem conduzir às

⁴⁸ WEYRAUCH, Walter O; BELL, Maureen A., *Autonomous Lawmaking*. In: **Gypsy Law: Romani legal traditions and culture**, p. 15: “If private lawmaking is more visible, the state will assume control by legislation and regulation.”

⁴⁹ *Ibid.*, p. 16: “Private lawmaking also challenges the authority of the state”

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 121.

⁵¹ *Ibid.*, p. 117.

antinomias nos fundamentos da decisão. Os valores comunitários são um sistema axiológico de referência ao qual o membro, de forma consciente ou não, se reporta. Uma moral, por outro lado, introduz deveres que podem ou não coincidir com esses valores comunitários e é à moral que o comportamento ético irá se reportar. Os valores comunitários e os valores morais da mesma comunidade poderão entrar em conflito. Não são os mesmos. Por outro lado, os anseios comunitários são necessidades elaboradas culturalmente que podem ou não possuir um lastro funcional e, conforme ensinado por Cornelius Castoriadis, impõem um movimento.

O que acontece é que o discurso da necessidade pode resultar em medidas extremas e irrefletidas e, por isso, é um discurso a ser recebido com cuidado. Serão esses anseios comunitários que juridicamente articulados irão exigir uma prestação jurisdicional da autoridade competente.

Este cuidado deve ser ainda maior quando se trata do estabelecimento das regras e princípios da vida em comum, para além da pacificação de um caso isolado. A questão fica ainda mais delicada se este judiciário está ali para representar comunidades tão distintas. Ou seja, como avaliar a necessidade de mudança de um grupo cultural específico? É a relação entre o suporte não escrito e a decisão que irá determinar a *propriedade*⁵² da norma:

Por isso, uma norma de direito (bem como sua concretização para um caso específico) é boa (i) se se baseia num conhecimento de qualidade da situação a regular; (ii) se se funda em consensos informados e refletidos; (iii) se corresponde à satisfação de expectativas gerais e, por isso, é consensual e estabilizadora.⁵³

O conflito dessas ordens normativas, enquanto comunidades distintas ou dimensões comunitárias distintas é predecessor do momento em que a readequação da significação objetiva das normas refletirá uma relação entre um *eu* e um *outro*. Esse conflito e conseqüente adequação se dará tanto situação concreta das pessoas envolvidas, pacificação de

⁵² Por propriedade, aqui, entende-se o grau de aplicabilidade da norma, enquanto considerada a mais apropriada para a questão. Em uma ambigüidade não intencional, também se poderia entender que uma vez que este é um dos critérios de validade do pluralismo, uma propriedade também se poderia entender como característica, neste caso, ser jurídica.

⁵³ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 138.

conflito, quanto em um conflito idealizado nos atributos das ordens a que estas pessoas pertencem com a consequente reorganização de expectativas comunitárias.

A atualização significativa da norma ocorre no momento de sua aplicação. E é a autoridade que faz esta seleção. Desta forma, não se pode aceitar que o momento fundador só presta contas a si mesmo, opere no vazio e na violência pura.⁵⁴ Sem dúvida que a fundação de um novo direito imita qualquer coisa de um direito anterior que o direito “novo” estende, radicaliza e deforma:

O poder jurídico da decisão é algo diferente do resultado da fundamentação. Não se torna imputável com o auxílio de uma norma, mas ao contrário; somente a partir de um ponto de imputabilidade determina-se o que seja uma norma e exatidão normativa.⁵⁵

Assim, o próximo item se dedica a verificar em uma perspectiva de justificação interna as condições de validação que a técnica hermenêutica poderia impor às interpretações para que os destinatários possam aferir a legitimidade de uma decisão.

1.6 A hermenêutica na produção do discurso da autoridade

A hermenêutica jurídica é uma disciplina específica do direito, mas enquanto técnica ou fonte de técnicas é tida como instrumento transversal que avoca autoridade para atingir qualquer campo do direito, incluindo o constitucional.

Esta disciplina atua como um campo de verdade em que o discurso se insere, forçando o discurso a responder condições específicas para que seja considerado verdadeiro, válido ou vinculante: jurídico. Fora das restrições impostas por esta disciplina o discurso produzido seria falso, inválido e, por consequência, não obrigatório. Seria reconfigurado como da competência de uma área que o direito não necessita observar ou, ainda, como um equívoco.

A inserção da proposição enunciada nas regras da hermenêutica confere legitimidade à afirmação e, no caso, a proposição enunciada adquire no campo jurídico status de legal, lícita, conforme a lei. É

⁵⁴ OST, François. **O tempo do direito**, p. 77.

⁵⁵ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**, Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2006. p. 30.

controle da produção do discurso.⁵⁶ A disciplina irá estabelecer claramente um objeto, um conjunto de técnicas ou métodos, um código de “axiomas” que serão tomados como verdadeiros e necessários, um jogo de regras e definições que configurará ao final um sistema instrumental à disposição de quem quer (por interesse) e de quem pode (por atribuição) servir-se dele para produção de novos enunciados circuláveis por sujeitos independentes (em certa medida) dos fundadores anônimos desse sistema de exclusão específico.

A questão da hermenêutica pode seguir os pressupostos apresentados do positivismo. Para Bobbio, interpretar é “*remontar do signo (signum) à coisa significada (designatum), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por ele indicada.*”⁵⁷ Há sempre um desajuste entre a palavra e a ideia. A ideia é sempre mais rica do que a palavra, além disso, esta não é utilizada isoladamente, dependendo seu significado do contexto em que está inserida.

Na atividade da interpretação, o intérprete pode privilegiar o signo ou a coisa significada. Prevalendo o signo sobre a coisa significada, estamos diante de uma interpretação segundo a “letra” (vontade objetivamente expressada). Prevalendo a coisa significada sobre o signo, estamos diante de uma interpretação segundo o “espírito” (vontade subjetivamente expressada). Outro ponto de vista da questão interpretativa é o interprete buscar a reconstituição fiel da pretensão do autor dos signos (interpretação estática) ou a adequação do signo às necessidades histórico-sociais (interpretação dinâmica). A interpretação estaria assim conceituada:

A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior⁵⁸

Na visão de Kelsen, a norma do direito, em decorrência da ausência de univocidade na significação das palavras, não consegue vincular o aplicador em todas as direções nem sob todos os aspectos. É uma posição distinta da positivista pretensão mecanicista da aplicação da lei, conforme sua descrição:

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Ordem do discurso**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 30-36.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone, 1995. p. 212.

⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387.

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (...) Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.⁵⁹

Isto é, há sempre uma margem de livre apreciação que constitui uma relativa indeterminação do ato de aplicação da norma. Há uma pluralidade de significações possíveis restritas pelo que ele denominou um quadro ou moldura a preencher pelo ato da aplicação.⁶⁰ Para Kelsen, todos os métodos de interpretação são capazes de conduzir a um resultado possível, mas nunca para um resultado que seja o único correto:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.⁶¹

A interpretação da *ciência* do direito seria cognoscitiva e desprovida de criação jurídica. Inexistindo uma determinação legal que indique a escolha de determinada técnica interpretativa para alterar a delimitação do referido quadro, a escolha de um método em prejuízo de outro não poderia ser determinado pela teoria do direito. Nesse sentido, a técnica hermenêutica sem poderes de criação, utilizada por uma autoridade não competente, seria incapaz de colmatar as lacunas do direito:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica.⁶²

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 391.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 388.

⁶¹ *Ibid.*, p. 393.

⁶² *Ibid.*, p. 395.

Já o aplicador da lei exerce um ato de criação do direito em que há um ato de vontade no processo da criação da norma jurídica. É uma determinação que não pode dizer que resultam como conclusão do direito positivo. Este ato de vontade é qualificado e por isso é sempre uma interpretação autêntica.

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.⁶³

Na perspectiva da dogmática, o processo de interpretação é apresentado de forma que o percurso interpretativo acontece dentro do nosso horizonte cultural, iniciando no texto em sentido estrito (plano físico de expressão) na função da leitura, passando pelo processo gerador de sentido na função de interpretação em que é realizada a construção da norma jurídica e chega à aplicação com o estabelecimento de seu conteúdo na função de compreensão.

O positivismo kelseniano não seria conservador, pois reconhece uma parte criativa da decisão que decorre das possibilidades existentes de interpretação. Essa posição coloca a questão da “melhor” interpretação e seus métodos fora da ciência do direito.

O positivismo jurídico tradicional adota a interpretação estática e, conservador, cumpre a função de reconstruir a vontade subjetiva do legislador que pôs as normas. Neste ponto, a vontade do legislador poderá ser extratextual e vir a integrar uma dúvida existente nas possibilidades de interpretação, mas jamais a vontade do legislador poderia servir para argumentar contra o próprio texto. Como métodos de interpretação textuais adotados pelo positivismo tem-se:

a) o método léxico: consistindo “na definição do significado dos termos usados pelo legislador, mediante a análise e a comparação dos contextos linguísticos nos quais tais termos são empregados”;

b) o método teleológico: consistindo no uso do motivo ou finalidade pela qual o legislador supostamente teria estabelecido a norma, na *ratio legis*;

c) o método sistemático: consiste no pressuposto que a racionalidade da norma valeria também para o ordenamento que seria

⁶³ Ibid., p. 394.

unitário e coerente. O método sistemático realiza um cotejo da norma com a multiplicidade dos comandos normativos, sopesando os princípios e postulados que orientam a produção das normas jurídicas, relações de subordinação e de coordenação que governam a existência de regras jurídicas. O conteúdo da norma é esclarecido pela sua relação com as demais normas;

d) o método histórico: consiste no uso de documentos históricos para supostamente reconstituir a vontade do *legislador*, por exemplo, as discussões parlamentares sobre o texto.

Entre os métodos de interpretação extratextuais tem-se:

a) interpretação analógica (analogia legis): neste caso, os casos similares aos regulados, são disciplinados pelas mesmas regras aplicáveis a estes últimos. Trata-se da utilização de um raciocínio fundado numa estrutura família ao silogismo, em que se substitui a identidade pela similitude. Bobbio aponta nesse ponto o fato de que a experiência histórica mostra que o positivismo neste ponto sempre foi temperado, tornando mais complexa a questão das lacunas no direito: “São permitidos todos aqueles comportamentos que não são obrigatórios, exceto aqueles que podem ser considerados similares aos obrigatórios”.⁶⁴ E essa questão é reconhecida no direito positivo, ao impedir a utilização desta forma de interpretação no âmbito do direito penal.

b) interpretação analógica (extensiva): neste caso, não é utilizada uma mesma norma para regular um caso similar, mas efetivamente ampliada as hipóteses de incidência da norma. A diferença, aparentemente pequena, tem o condão técnico de fazer valer-se nos âmbitos em que o recurso à analogia seria vedada sob o nome de interpretação extensiva.

c) interpretação analógica (analogia juris): neste método, há uma abstração de um gênero entre diversas espécies. Ou seja, a inferência de um princípio geral de direito a partir das normas postas que disciplinam a matéria. A partir da formulação desta norma geral, esta norma é aplicada ao caso particular.

Há diversas técnicas utilizadas pela hermenêutica para alcançar a desejada compreensão. A interpretação léxica também pode ser chamada de literal. A interpretação literal visa colher inferências declaratórias do texto legal, e é utilizada quase sempre em conjunto com a interpretação gramatical, que retira suas inferências das imposições

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone, 1995. p. 215.

das regras do vernáculo. Quando alguém afirma utilizar esta técnica, normalmente significa que é o início, base e limite da interpretação, não se valendo de referências externas ou de relações com outras normas. Realiza proposições do tipo: “A concordância em número indica que o adjetivo qualifica ambos substantivos.” Proposições que terminam por determinar as interpretações possíveis e impossíveis.

A interpretação lógica utiliza regras tradicionais da lógica formal para estabelecer o sentido das expressões. O método lógico estabelece que, por exemplo, coisas idênticas devem possuir o mesmo regime jurídico, com *base* em institutos lógicos de *identidade*⁶⁵ e *transitividade*⁶⁶. Ainda, claro, estabelece a *não contradição*⁶⁷ e os *modais*⁶⁸: permitido, proibido e obrigatório. Realiza proposições do tipo: “tudo aquilo que é obrigatório é necessariamente permitido”. Bobbio trouxe a questão quando falou das antinomias e, neste caso, essa interpretação também serve para influência no número de resultados possíveis.

Recorda-se que estes métodos não são necessariamente aplicados de forma separada ou possuem uma hierarquia. São combinados para resolver problemas, pois certos métodos responder melhor certos problemas. Em termos de linguagem os problemas sintáticos referem-se a questões de conexão das palavras na sentença ou de uma proposição com outra. Os problemas semânticos relacionam-se com a definição abstrata de um conceito. Por fim, a pragmática relaciona-se com a intenção de seus utilizadores no processo de comunicação.

1.7 A Teoria da Argumentação e a Tópica de Theodor Viehweg

As teorias da argumentação parecem tentar estabelecer um laço entre o direito e a vida, atuando naquele espaço em que o direito é constituído por normas, regras e princípios não completamente inscritos no sistema positivo estatal. Atua, portanto, conferindo circularidade jurídica para as decisões em que não se pode realizar completamente a subsunção prometida.

⁶⁵ Identidade: Estabelece uma identidade entre dois valores: Homens são mortais.

⁶⁶ Transitividade: Estabelece uma transitividade de propriedade: Se Antônio é homem e Homens são mortais, Antônio é mortal.

⁶⁷ Contradição: Esta questão foi trabalhada na oportunidade das antinomias.

⁶⁸ Modais: Em resumo, obrigatório, permitido e proibido.

Escolheu-se Theodor Viehweg por sua contraposição entre o pensamento a partir de um sistema e o pensamento a partir de um problema. Cada pensamento destes guarda um paralelo com as teorias escolhidas no primeiro capítulo. Theodor Viehweg é pensador em uma época pouco após a inserção do pensamento moderno – o cartesianismo e a lógica – nas ciências. Esses critérios se mostraram insuficientes nas ciências humanas e sociais, bem como longe de suprir a necessidade de estabelecimento de pontos em comum no diálogo pós-guerra.

A proposta de Viehweg é a recuperação de um método para a construção de argumentos para decisão. Para isso, o autor retoma a tópica Aristotélica como a construção com base no pensamento *verossímil* em contraste ao pensamento *demonstrado*.

O pensamento do verossímil enfoca nas hipóteses que são prováveis, que podem até ser efetivamente verdadeiras, mas não são comprovadas ou verificadas. Já o pensamento demonstrado é aquele em que as suas hipóteses, as proposições, efetivamente são comprovadas ou verificadas. Entre os verossímeis, há uma divisão respectivamente entre argumentos dialéticos, trabalhados por retóricos e sofistas, e os argumentos apodíticos, trabalhados por filósofos.

O Aristóteles imaginado por Viehweg perseguiu a tarefa de encontrar um método com o qual, partindo-se de proposições conforme as opiniões (conclusões não necessárias ou não verificadas) se formam raciocínios sobre todos os problemas que se possam colocar e evitar contradições, quando devemos sustentar um discurso.

Um raciocínio dialético e não apodítico é dividido em quatro possibilidades: 1) O pensamento analítico (*apodexis*) que existe quando se obtém um raciocínio partindo de proposições primeiras ou verdadeiras ou daquelas cujo conhecimento procede de proposições primeiras ou verdadeiras; 2) Um raciocínio dialético⁶⁹, que é o que se obtém partindo de proposições conforme as opiniões aceitas (*endoxa*) por autoridades legítimas; 3) Um raciocínio erístico que se funda em proposições que parecem estar conforme as opiniões aceitas mas não estão. Um raciocínio não absolutamente correto;⁷⁰ 4) Pseudo-raciocínios

⁶⁹ Aqui se encontra, por exemplo, o papel da doutrina, em consolidar o que é a aceito no direito positivo de áreas como a Moral e Direito Natural; Revelando uma ambiguidade entre descrever e prescrever, presente em toda doutrina. O raciocínio dialético, portanto, busca aquelas verdades que não podem ser demonstradas e, por isso, mantém como verossímeis e prováveis.

⁷⁰ Quando se falou em anseios sociais, aqueles que conduzem para decisões equivocadas, estes estariam justamente inseridos nessa categoria.

que se forma com base em proposições especiais de determinadas ciências. O 1 seria filosófico, 2 seria argumentação e tópica enquanto 3 e 4 são casos especiais, conforme a lição de Viehweg sobre esse pensamento aristotélico.

Aristóteles estaria preocupado, desde o início, com os fundamentos teóricos de seu raciocínio. Essa ênfase se contrapõe a Cícero, também idealizado na obra do autor, que estaria preocupado não com os fundamentos, mas principalmente com o uso e seus resultados. Cícero veria tal ferramenta como a arte de encontrar argumentos cujo resultado é convencer (formar convicção) frente a uma dúvida. Assim, este dividiu a tópica em duas partes: invenção e formação do juízo.

O pensamento desta segunda época surgiria a partir da observação dos problemas. Assim, sugere um procedimento para manter uma coerência e integridade. Há que se: a) estabelecer as premissas do problema; b) estabelecer os conceitos aplicáveis; c) determinar a diferença entre gênero e espécie; d) estabelecer a semelhança entre os gêneros. Por exemplo:

Etapa 1: A mata B. C exige que A seja punido. A afirma que possuía motivo para matar B. A problemática divide-se na necessidade de uma resposta que evite que as pessoas matem umas as outras, mas por outro lado questiona se toda e qualquer morte causada por alguém deva ser punida.

Etapa 2: Há o desenvolvimento da ideia de homicídio e outros.⁷¹

Etapa 3: Os conceitos são comparados e classificados: Homicídio simples, qualificado, em legítima defesa, estado de necessidade, etc.

Etapa 4: Ao serem reunidos, a semelhança e a diferença afetarão o tratamento aplicado: homicídio injusto e homicídio justo.

Então, Cícero dividiu os *topoi* entre a) aqueles ligados estreitamente ao assunto que tratam e b) aqueles que procedem de fora e são, nesse sentido, atécnicos. Esta última categoria compreende, por exemplo, os critérios relacionados à autoridade, pois exigem que uma autoridade introduza o argumento externo ao discurso jurídico.

O uso da tópica é corrente e não necessariamente declarado e, com o tempo, os próprios *topoi* são positivados. Há noções como boa-fé, autonomia da vontade, interesse público, soberania, dignidade humana e

⁷¹ O leitor precisa ter em mente que o homicídio, enquanto um tipo jurídico, é uma ideia destacada da mera conduta de matar alguém. É uma noção trabalhada discursos que permitirá qualificar *n* tipos de evento morte a um mesmo tratamento.

etc. Antes de alguns destes virarem princípios são noções, conceitos em formação, situações de fato no imaginário ou ideias.

Os *topoi* de forma isoladas são chamados: tópica de primeiro grau. Quando organizados, geram novos argumentos, chamados tópica de segundo grau. Exemplo: o Código Civil Brasileiro reconhece alguns *topoi* quando determina que o erro e a coação podem invalidar um contrato. Erro e coação estão na tópica de primeiro grau e fazem parte de uma ideia maior: “vícios de consentimento”. Encontrar novos vícios de consentimento poderia, portanto, criar novas hipóteses da invalidação de um contrato.

Esse movimento permite, por exemplo, que a verificação do desconhecimento de um vício em um negócio, nos leve a pensar na existência de uma boa-fé e, por fim, num vício de vontade e, em seguida, dar um efeito jurídico para isso e estabelecer um instituto jurídico, um aparelho discursivo, um gatilho conceitual, que poderá ser aplicado em outro caso com as mesmas premissas para alcançar um resultado desejado.

Viehweg separa, com dificuldade, modos de pensar aporéticos e modos de pensar sistemático. O primeiro cria uma pluralidade de sistemas para resolver problemas e o segundo reconhece apenas alguns problemas deste universo. O termo aporia designa uma questão com falta de caminho, que não se pode solucionar sem dúvida. A tópica do pensamento problemático visa fornecer indicações de como comportar-se em tais situações.

Provoca-se a arte de invenção de razões que recomendam e razões que desaconselham determinado passo (ou conclusão), derivando o modo de agir do resultado da oposição destas razões.

Se o enfoque está no sistema, contudo, o problema é reformulado e trazido para dentro de um conjunto de deduções a partir do qual se infere uma resposta. O problema se ordena dentro do sistema. Neste caso, os problemas são divididos em solúveis e insolúveis e desprezam-se estes últimos, que só poderão ser resolvidos por outro sistema. Toma-se um exemplo do Código Civil que determina:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da

herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

O sistema não previu o que aconteceria caso concorresse com filhos em comum e com filhos só do autor da herança, excluindo este tipo.

Independente do enfoque no problema ou o enfoque no sistema, os *topoi* estão sempre intermediando a solução como um caráter auxiliar, são dados recebendo seu sentido através da perspectiva do intérprete (problema ou sistema). Se o sistema é aberto e sempre podem surgir problemas com novas peculiaridades, um entendimento nunca é absolutamente imutável. São apenas referências para orientação e condução do pensamento.

Para formularmos uma síntese deste modelo de Viehweg: 1) A estrutura total só pode ser determinada a partir do problema; 2) As partes integrantes da juris, conceitos e proposições, precisam ficar ligadas ao problema de modo específico e só podem ser compreendidas a partir dele; 3) Os conceitos e proposições só podem ser usados numa implicação que consegue sua vinculação ao problema.

Essas três considerações são relevantes, pois implicam o reconhecimento de que não é possível ou desejável o estabelecimento de universalizações nesse modelo e respondem a proposta de abstração que o cumprimento da norma positivada sem observação ao contexto em que está inserida. Essas qualidades do modelo, no entanto, precisam conviver com suas dificuldades. A tópica carece de hierarquização em seu inventário de premissas, não estabelece uma remissão à lei, à dogmática e ao precedente. O estabelecimento da hierarquia é uma segunda arte:

Entre os sécs. XIV e XVII, os cultores da dialética jurídica distinguiam, no meio jurídico, entre uma *ars inveniendi*, dirigida para a identificação de normas aplicáveis aos casos (apresentadas como argumentos, pontos de vista [*Topoi*]), e uma *ars iudicandi*, visando a eleição da norma mais provavelmente adequada à resolução do caso. Esta probabilidade de adequação era determinada pelo poder persuasivo – pela sua capacidade de suscitar consensos – no âmbito do auditório perante o qual a questão estava a ser discutida. Este auditório não era entendido como um grupo concreto perante o qual se discutia e se julgava o caso, nem como um grupo de especialistas que discutiam o caso (*doctores*); mas, antes, como o conjunto de

pessoas (dos grupos portadores de interesses) a quem o caso interessava e que, por isso, sobre eles tinham pontos de vista.⁷²

Ainda, Viehweg e sua escola tendem a desconsiderar o nível pragmático da linguagem no estabelecimento desses lugares-comuns, preferindo trabalhar questões sintáticas e semânticas. A grande contribuição, além de apontar esta área de estudo, é a capacidade de raciocinar os aspectos que permanecem ocultos sobre a perspectiva exclusivamente lógica. Assim, contribui para o estabelecimento de um sistema jurídico, formado por uma base de dados flexíveis e um motor de inferências.

1.8 Hermenêutica Constitucional: Peter Häberle

As teorias concretistas, como as de Peter Häberle, afirmando a necessidade de *reconhecimento jurídico* da percepção dos agentes políticos “extrajudiciais” realçam a existência de alterações concretas no imaginário social que são chamadas por alguns autores⁷³ de poder constituinte difuso. Qualquer agente político⁷⁴ que tome uma decisão

⁷² HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 128.

⁷³ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. O fenômeno das mutações constitucionais. **Cadernos de Pós Graduação – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, ano VIII, n. 06, p. 88-114, 2002.

⁷⁴ A definição para esse trabalho é que é agente político todo aquele capaz de exercer sua influência em uma decisão, difere da tradicional conceituação presente no âmbito jurídico conforme STJ, REsp 456649/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ Data 5/9/2006, seriam agentes políticos apenas: “4. O agente político exerce parcela de soberania do Estado e pour cause atuam com a independência inextensível aos servidores em geral, que estão sujeitos às limitações hierárquicas e ao regime comum de responsabilidade.” e “O fundamento é a prerrogativa pro populo e não privilégio no dizer de Hely Lopes Meirelles, verbis: “Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-

desconsiderando uma voz argumentativa, não representaria aquela voz. É diferente de um agente político que toma uma decisão pensando o argumento trazido, representando aquela voz, mesmo quando vote diversamente.

Häberle sustenta a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada para as especificidades de uma sociedade pluralista, pois todo aquele que vive sob a constituição é um legítimo interprete.⁷⁵ Quando se cumpre a norma, traça-se uma interpretação que se pode entender não deixar dúvida, ainda que haja outras interpretações que não tenham considerado. No entanto, não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Nesse sentido, interpretar a norma é atualizá-la: localizá-la no tempo e espaço da realidade pública.⁷⁶

Como apresentado, o pluralismo argumenta que há uma forma de identificação das instâncias de produção do direito e que estas não se confundem com seus destinatários, ainda que estes delas participem. O positivismo é ainda mais restrito e dá esta legitimidade para as autoridades *legalmente* competentes. Ao mesmo tempo, é esperado de ambas teorias que todos os destinatários compreendam e a obedeçam as normas e, nesse sentido, infere-se a capacidade de todos os destinatários conhecerem e compreenderem as normas.

A crítica do autor pauta-se no reconhecimento de uma organização social que precisa ser diversa e é influenciada pelo interesse das forças “concretas” políticas, econômicas e etc. Desta forma, cada um dos agentes políticos deve poder participar da construção do direito enquanto voz, muito embora não necessariamente enquanto voto. Não se podem confundir os valores comunitários e, neste sentido, o imaginário

fé ou abuso de poder. (...) Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados (cit. p. 77)" (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., p. 76)."

⁷⁵ Isso será melhor discutido quando falarmos sobre a existência ou não de retroatividade normativa no uso da interpretação evolutiva.

⁷⁶ Pública em oposição ao privado, não no sentido de estatal.

social que constitui o direito, com a moral e os anseios sociais.⁷⁷ Para Häberle, a relevância da atuação destes sujeitos ou corporações configuram forma de compromisso da interpretação constitucional, configurando espécie de elemento objetivo dos direitos fundamentais, assumindo papel de igual importância na interpretação com o técnico ou expert legislativo ou judicial.⁷⁸

A noção de constituição enquanto processo e não enquanto produto integra esta diversidade de opiniões, tanto quanto uma mesma constituição pode conter concepções de sociedade diversas, conferindo-lhe unidade na aplicação no campo de tensão do possível, do real e do necessário enquanto estas forças que influenciam constituem um pedaço do espaço público e da realidade.

A partir da aceitação de que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há que se considerar que a interpretação implica a necessidade de conhecer possibilidades e alternativas diversas na escolha daquela que melhor realiza a justiça no caso concreto.

A autoridade competente para interpretar a lei, ainda que não influenciado pelas demais opiniões, precisaria manter constante comunicação com esses atores, sob pena de perder a legitimidade que lhe resta e, também, dada as limitações humanas, não conhecer todas as possibilidades de interpretação. E quem faz parte desse espaço público? É uma pergunta no sentido sociológico da ciência da experiência. O autor oferece um catálogo provisório:⁷⁹

(1) as funções estatais: a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): com a relativização da decisão vinculante através do instituto do voto vencido; e b) nos órgãos com poder de decisão vinculante, quando a um processo de revisão;

(2) os participantes do processo de decisão nos casos a e b que não necessariamente são órgãos do Estado: a) requerente e requerido, aqui entendidos como todos aqueles que justificam sua pretensão e obrigam a jurisdição a uma resposta; b) outros participantes do processo, com direito à manifestação; c) pareceristas e experts; d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas; e) os grupos de pressão organizados (movimentos sociais e lobistas); e f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo.

⁷⁷ As definições destes termos estão na seção 1.5.

⁷⁸ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, p. 17

⁷⁹ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, p. 20.

(3) a opinião pública entendida como: mídia, iniciativa dos cidadãos, associações, partidos (fora do seu âmbito de atuação organizada)⁸⁰, igrejas, teatros, editoras, escolas, etc.

(4) doutrinas que prescrevem e descrevem ao participar em diversos níveis. Este item, em especial, estaria dominando a decisão sobre a legitimidade do direito a partir da sua legalidade ou da sua constitucionalidade, conforme comentado por Hespanha:

Com o advento do pluralismo, o império do Estado na declaração do direito tende a dar lugar à reclamação pelos juristas da competência para decidir da validade e hierarquia recíproca dos vários direitos concorrentes, como acontecia no período do direito comum. O direito teria deixado de se fundar no *imperium*, para se basear sobre a *auctoritas* intelectual.⁸¹

O argumento parece comunicar-se muito bem com a colocação de Foucault de que a lei, hoje, carece de legitimidade e precisa retirar seu crédito de um discurso acadêmico.

Esta teoria de Häberle possui recepção no direito positivo da República Federativa do Brasil. As leis federais n. 9.868, de 10 de novembro de 1.999,⁸² e 9.882, de 3 de dezembro de 1.999,⁸³ vão na

⁸⁰ É necessário que estejam fora do seu âmbito de atuação organizada, pois dentro da sua função estariam no grupo 2.

⁸¹ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 122.

⁸² Art. 7º, § 2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” Ou ainda, Art. 9º, § 1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” e “§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.”

⁸³ Art. 6º, § 1º: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” e “§ 2o Poderão ser autorizadas, a critério do relator,

linha de abertura do procedimento de interpretação constitucional. No intuito de modificar o processo de interpretação constitucional “fechada” e adstrita aos órgãos oficiais da jurisdição, destacamos duas: a) a figura do “*amicus curiae*”; e b) da **audiência pública**.

O instituto jurídico do *amicus curiae* foi utilizado no julgamento sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal.⁸⁴ Há a possibilidade de manifestação de terceiros, conforme Regimento do Supremo Tribunal Federal, nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante⁸⁵, bem como na análise de repercussão geral das questões constitucionais em recursos extraordinários.⁸⁶

Já primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal foi realizada na data de 20 de abril de 2007. Dela participaram diversos especialistas, pesquisadores e outras autoridades *cientificamente reconhecidas*⁸⁷ na matéria, indicados pelo proponente, pelos requeridos e pelos *amici curiae* para decidir sobre a exploração das células-tronco.⁸⁸

A primeira crítica a este modelo de interpretação é que a grande quantidade de interpretações diferentes pode dissolver qualquer formação de convicção em um sentido como “o mais apropriado”. Essa objeção, contudo, tem que ser avaliada considerando as diferentes legitimidades dos intérpretes⁸⁹. A questão da legitimação é posta para todos aqueles que não estão oficialmente atribuídos para exercer a

sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.”

⁸⁴ Petição 3.388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181, divulgado em 24-09-2009, publicado em 25-09-2009.

⁸⁵ § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417/2006.

⁸⁶ § 6º do Art. 543-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.418/2006.

⁸⁷ Um outro trabalho seria necessário para o debate da relação saber-poder e a posição que assume o judiciário perante a legitimação científica. Para auxiliar estas pontuações no desenvolvimento do presente trabalho, será utilizado Michel Foucault.

⁸⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, julgada em plenário no dia 29 de maio de 2.008.

⁸⁹ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, p. 31 em nota n. 48:

“Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um “aprendizado” dos participantes, mas de um “aprendizado por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes.”

função de intérpretes da constituição. Aos atribuídos, a questão da legitimidade é pressuposta.

Subsiste, apesar da abertura proposta, a responsabilidade da jurisdição pública, hoje exercida de forma formal e predominante pelo Estado, que mantém a última palavra sobre a questão, supostamente interpretando de forma intencional e consciente – única razão pela qual pode perguntar a si mesma e expor seu método.⁹⁰ Häberle foi muito influenciado por Konrad Hesse, defensor da tese que a pretensão de eficácia de uma constituição não pode ser confundida com as suas condições de realização. Assim, deve ser considerada uma dimensão fenomênica (Ser) e uma dimensão de pretensão de eficácia (dever-ser). A decisão da autoridade aparece como algo entre o que já é e o que deveria ser, um “poder-ser”.⁹¹ No exame da decisão, será demonstrado que a doutrina já cuidou de identificar o fenômeno na realidade e elaborá-lo em conceitos para inseri-lo na cultura jurídica através de um discurso doutrinário que seria recepcionado pelos tribunais.

Sustenta Häberle que a democracia do cidadão é mais realista que a democracia popular, na medida em que o povo também é apenas uma “ideia”, com uma pluralidade de conceitos de força legitimadora apropriável. Ou seja, aqui ele se afasta da noção de soberania popular que apenas transfere a soberania (outra ideia) para o que substitui o monarca, a aristocracia, e etc. E, em muitos casos práticos, sequer chega a sentir esse poder que todos afirmam que ele tem.

Não podemos deixar de mencionar neste momento a noção de *parrhesia* que implica não só a liberdade para expressão de sua convicção livremente, mas se estende para a obrigação de falar a verdade para o bem comum, ainda que implique um risco pessoal. A questão democrática depende disso, contudo, apesar da liberdade de expressão, registrada na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV - é livre a manifestação

⁹⁰ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, p. 14.

⁹¹ Este conceito de “poder-ser” não se relaciona com outras questões, como a ponderação e otimização de princípios. A ideia de um ótimo, a resposta correta ao invés de uma resposta correta, parte do princípio de uma escala linear, enquanto o poder ser trabalha com uma geografia de valores multidimensional. Algo similar irá parecer na análise da decisão do STF na ADI 4277.

do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...)
IX - é livre a expressão da atividade intelectual,
artística, científica e de comunicação,
independentemente de censura ou licença;

Não se trata de um idealismo ou de uma ingenuidade, mas um pressuposto da ideia de democracia – liberdade de palco e tribuna – que não poderia ser desvinculada da questão da responsabilidade. É o compromisso do discurso com a vida e a responsabilidade pela ação ou omissão de intervir e influenciar a política e política jurídica. Legitimidade, pelo risco decorrente do engajamento ao discurso que corromperia o distanciamento necessário ao manipulador, ao retórico e a generalidade. Destaca-se que é contrário ao raciocínio do próprio texto constitucional em seu artigo 53 quando afirma que “*Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.*”

A conclusão é que a irresponsabilidade pelos atos compromete a legitimidade dos mesmos. É certo que diversos atores elencados pelo autor não estão formalmente investidos de uma competência para proferirem seu voto de forma vinculante, ou seja, para interpretar a constituição de forma “autêntica” em sentido estrito. Contudo, é certo que a sua ação e voz realiza uma mediação entre a realidade fenomênica, de absorção impossível em sua integralidade, e a imagem de realidade do intérprete.

Não há dúvidas que esta teoria traz consequências não só para a hermenêutica constitucional como para a hermenêutica em geral⁹²: a) O juiz não interpreta isoladamente; b) Todas as forças pluralistas públicas são intérpretes da constituição na posição política que antecede a interpretação “jurídica” estrito senso dos juizes; c) As forças pluralistas públicas desenvolvem uma força normatizadora informal (*unwritten law*) na medida em que conferem ou retiram legitimidade; d) colocado no tempo, o processo de interpretação na instituição é infinito; e) a interpretação jurídica deve ser uma tradução da mediação das forças realizada pelo juiz ao caso concreto; e f) o controle legal através de um sistema de interpretação aberto, similar ao tentativa e erro, exige alterações no ramo processual do direito.

Ainda, quando fala em democracia, Häberle se remete a Popper que defende a impossibilidade de garantir a verdade do conhecimento, mas afirma que muito é possível se submetemos as teorias a testes de

⁹² HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, p. 41-49.

refutabilidade (princípio da falsificação)⁹³. Nesse sentido, quanto mais intensa a participação dos atores políticos na interpretação da norma, em menos equívocos esta interpretação irá incorrer, pois a participação de um número maior de pessoas que possam questionar a vontade em questão, implicaria em um melhor resultado. O controle e a crítica permanente e recíproca como a melhor garantia para uma linha política (relativamente) justa.

⁹³ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, p. 40 em nota n. 70.

2 CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO DA HOMOAFETIVIDADE

Este capítulo apresenta elementos não jurídicos relacionados com a cultura. Não adentra especificamente a influência dos agentes políticos na história do tema no Brasil. A partir desses elementos, será possível entender melhor de que forma as instituições responsáveis por sistemas normativos diversos concorrem pela normatização de determinado campo e querem ter seu reconhecimento jurídico.

2.1 O imaginário social e o direito como produto cultural

A significação objetiva ou consenso é o que, por vezes, chamou-se neste trabalho de *racionalidade*, estreitamente relacionada com a *circularidade* de um enunciado em dada comunidade. A colocação da ideia por uma parte que possui receptividade para seu auditório.

O imaginário social, de outra parte, é dividido em imaginário social propriamente dito, muito bem desenvolvido por Cornelius Castoriadis, e a opinião pública, como uma “imagem” por aquele que discursa do que seria a opinião da sociedade como introduziu Habermas. Há um imaginário social sobre o que foi o passado, sobre o que é o presente e sobre o que deveria ser o futuro.

Há, nesta base, um elemento que não é só simbólico e não é somente real-relacional que dá a funcionalidade de cada sistema institucional a sua orientação específica que sobredetermina as escolhas e as conexões das redes simbólicas. O nome deste elemento é imaginário da sociedade ou imaginário social.⁹⁴ A relação entre imaginário e instituição é desenvolvida por Cornelius Castoriadis em sua obra *A instituição imaginária da sociedade*:

A instituição é uma rede simbólica, socialmente sancionada, onde se combinam em proporções e em relações variáveis um componente funcional e um componente imaginário.⁹⁵

Compreender o simbolismo de uma sociedade é captar as significações que ele carrega. Essas significações só aparecem veiculadas por estruturas significantes, ainda que aquelas não se reduzam a essas, não sejam sequer unívocas ou por elas sejam determinadas.

⁹⁴CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*, p. 175.

⁹⁵*Ibid.*, p. 159.

A tentativa de interpretar a cerimônia (ritual) em seus elementos meramente por seu aspecto funcional constitui uma redução direta e, portanto, incapaz de explicar a abundância de detalhes existentes e suas significações. Há em todo símbolo e todo simbolismo um componente imaginário. O primeiro simbólico está presente na linguagem, mas também pode ser encontrado nas instâncias jurisdicionais que são espécies de instituições.

A interpretação comporta sempre uma série de reduções indiretas a outros componentes em que se encontrará um elemento funcional e *outra coisa*.⁹⁶ Essas reduções sucessivas eventualmente encontram seu limite sob duas formas: a) os elementos últimos são símbolos de cuja constituição o imaginário não é nem separável nem isolável; b) as sínteses destes elementos são “totalidades parciais”, das quais são feitas a vida e a estrutura de uma sociedade, as “figuras” em que ela se deixa ver para ela própria (clãs, religião, cerimoniais, formas das relações de autoridade) possuem elas mesmas um sentido indivisível como se precedesse uma operação originária que o estabeleceu desde o início, situando-se sempre num nível diferente de uma determinação funcional. Tal concerne o que se pode denominar de imaginário central de cada cultura, quer se situe no nível dos símbolos elementares ou de um sentido global.⁹⁷

Isso significa que se por um lado há uma determinação das regras e princípios que determinariam o bem viver da comunidade, tal, por si só, não explicaria de forma completa o respeito ou desrespeito das instituições, por exemplo. Fala-se de imaginário sempre que se quer falar em alguma coisa inventada, seja uma história imaginada em todas

⁹⁶ CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**, p. 157:” A religião está centrada num imaginário e, se enquanto religião institui ritos, enquanto instituição, deve cercar-se de sanções. Ela não pode existir nem como religião, nem como instituição, se, em volta do imaginário central não começa a proliferação de um imaginário secundário. O caso das cerimônias de passagem ainda representam um papel importante nas sociedades modernas. São cerimônias que fazem aparecer um importante componente funcional-econômico, e são urdidas de mil maneiras com a ‘lógica’ da vida da sociedade considerada (uma lógica não consciente). A ascensão é sempre marcada de uma certificação que tem lugar no psiquismo assinalado por uma festa e uma prova. E em torno deste núcleo, cristaliza-se um número incontável de regras, atos, ritos, símbolos, em suma, de componentes repletos de elementos “mágicos” e, mais geralmente, imaginários, cuja justificação relativa ao núcleo central é cada vez mais mediata e, ao final, nula.”

⁹⁷ *Ibid.*, p. 157-158.

as suas partes ou um deslizamento de sentido, em que símbolos já existentes na cultura são investidos de outras significações diferentes daquelas ‘normais’ ou ‘canônicas’.⁹⁸

O casamento é um exemplo interessante para a questão. Há referências em leis positivas criadas pelo Estado, instituindo o casamento civil. Ao mesmo tempo, há referências em textos religiosos, criadas por suas respectivas instituições religiosas definindo o casamento religioso. O casamento religioso não é igual em todas as religiões, da mesma forma que o casamento civil não é igual em todos os Estados. Mas, o que há de real-funcional no casamento que determina esse comportamento social, se não exatamente aquilo que foi culturalmente elaborado?

A comunidade é constituída e articulada em função de um sistema de significações, e essas significações, uma vez constituídas, existem na forma do chamado imaginário efetivo (o imaginado) decorrente de um imaginário radical, potencial e indeterminado. Essas significações, esses imaginados, podem corresponder ao percebido, ao racional ou ao imaginário.⁹⁹

No registro do percebido (correspondência ao “real”, lastro e nunca identidade) exterior ou interior, a existência fisicamente distinta do significante e do significado é imediata. No registro do racional, a palavra (o signo) que designa um conceito é uma coisa e o próprio conceito outra. Já no imaginário, a palavra (o signo) remete a um conceito distinto dessa palavra que podemos definir apenas por palavras (pseudoconceito) ou representar por imagens (pseudopercepto). E, mesmo assim, não é possível captar a realidade experimentada para a cultura que vive com a palavra (o signo). É dizer, como tentar captar deus, enquanto significação imaginária, a não ser a partir das sombras

⁹⁸CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**, p. 154: “As profundas e obscuras relações entre o simbólico e o imaginário aparece imediatamente se refletimos sobre o seguinte fato: o imaginário deve utilizar o simbólico, não somente para exprimir-se, o que é obvio, mas para ‘existir’, para passar do virtual a qualquer coisa a mais. O delírio mais elaborado bem como a fantasia mais secreta e mais vaga são feitas de ‘imagens’ mas estas ‘imagens’ lá estão como representando outra coisa; possuem, portanto, uma função simbólica. Mas também, inversamente o simbolismo pressupõe a capacidade imaginária.”

⁹⁹Ibid., p. 196.

projetadas sobre o agir social efetivo dos povos?¹⁰⁰ Ou seja, a partir daquilo expresso, daquilo positivado.

O simbólico pressupõe o imaginário efetivo¹⁰¹, mas comporta também o componente ‘racional-real’: o que representa o real ou o que é indispensável para o seu pensar ou para o agir.¹⁰² O simbolismo supõe a capacidade de estabelecer um vínculo permanente entre dois termos, de maneira que um “representa” o outro. Mas é somente nas etapas muito desenvolvidas do pensamento racional lúcido que os três elementos (significante, significado e vínculo) são mantidos simultaneamente unidos, e distinguidos, numa relação ao mesmo tempo firme e flexível.¹⁰³

Por outro lado, uma significação imaginária é aquela sem pontos de apoio no racional e no real (percepção), como por exemplo a *reificação*.¹⁰⁴ O imaginário social pode ser mais real do que o ‘real’. É um deslocamento de sentido como uma combinação de metáfora¹⁰⁵ e metonímia¹⁰⁶, no qual o desvio de sentido é a instauração de uma nova significação operante. É uma criação imaginária, de que nem a realidade, nem a racionalidade, nem as leis do simbolismo podem explicar e que não tem necessidade de ser explicitada nos conceitos ou nas representações para existir, que age na prática e no fazer da comunidade considerada como sentido organizador do comportamento

¹⁰⁰CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade, p. 171-172.

¹⁰¹Cornelius Castoriadis denomina imaginário último ou radical, a capacidade de fazer aparecer como imagem alguma coisa que não é, e não foi, de seus produtos poderia dizer que é o imaginado. Mas para evitar a confusão, o autor fala em: imaginário efetivo.

¹⁰²CASTORIADIS, op.cit., p. 155.

¹⁰³Ibid., p. 155.

¹⁰⁴ Utiliza-se o termo na acepção de “considerar algo abstrato como coisa material”, distinguindo-se de suas outras possibilidades como “representar o ser humano como objeto físico privado de qualidades pessoais ou de individualidade” ou ainda “transformar o homem ou algo em coisa - objeto de consumo”.

¹⁰⁵ De acordo com o dicionário Houaiss, 2009: “designação de um objeto ou qualidade mediante uma palavra que designa outro objeto ou qualidade que tem com o primeiro uma relação de semelhança.”

¹⁰⁶De acordo com dicionário Houaiss, 2009: “uso de uma palavra fora do seu contexto semântico normal, por ter uma significação que tenha relação objetiva, de contiguidade, material ou conceitual, com o conteúdo ou o referente ocasionalmente pensado.”

humano e das relações sociais independentemente de sua existência ‘para a consciência’ desta comunidade.¹⁰⁷

As comunidades se diferenciam ao fazer seu simbolismo institucional e estabelecer os fins ao qual ela subordina sua funcionalidade.¹⁰⁸ A alienação¹⁰⁹ aparece como um problema quanto à forma de relação que este grupo de aderentes estabelece com a sua própria história.¹¹⁰ O mesmo pode acontecer quando uma instituição se autonomiza de outra, nesse sentido esta outra é essencialmente ambígua ou híbrida, deixando a nova de reconhecer na anterior seu próprio passado.

A atenção desta gênese é delicada, visto que o direito se “autonomiza” enquanto “direito propriamente dito” de outros fatos sociais atribuídos como institutos culturais. Este tema de “ambivalências” de significado é trazido por Ost¹¹¹ em momentos como regras de filiação em que se elege como critério a fundação biológica (*jus sanguinis*) como predominante enquanto, hoje, cresce a fundação sócio-afetiva. O mesmo se pode falar das regras de herança, época em que já fez diferença ser o filho homem, ser mais velho, e de estado civil, em que se toma por natural e pressuposta a estrutura monogâmica. São questões atualmente tidas como jurídicas que saíram de instituições religiosas e familiares.¹¹² Sobre as distinções da representação de eventos em redes simbólicas:

¹⁰⁷ CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade, p. 170-171.

¹⁰⁸ Ibid., p. 177.

¹⁰⁹ Para o presente trabalho, o termo designa quando uma sociedade não reconhece no imaginário das instituições seu próprio produto. Ou seja, o que foi criado e desenvolvido é percebido como dado e recebido. Assim, há um paralelo entre a alienação de um grupo social e a autonomização da sua instituição.

¹¹⁰ Ibid., p. 139.

¹¹¹ OST, François. **O tempo do direito**, p. 79: “Dessa história, retiram-se duas lições essenciais: por um lado, a questão eminentemente política das montagens familiares (digamos, em linguagem jurídica: regras do estado civil e filiação) e, por outro, a necessidade, sempre que é preciso assegurar uma fundação (pública ou privada), de articular dois registros temporais distintos: o tempo mitológico inaugural, inscrito na perenidade e implicando um princípio genealógico, e o tempo histórico concreto, inscrito na duração (uma duração que, como se sabe, pode gastar-se) e implicando um princípio cronológico”.

¹¹² A família, nesta passagem, não diz respeito à família concebida pela instituição religiosa ou a família concebida pelo Estado, falo de família enquanto uma própria dimensão de organização no mundo, de estar no mundo..

Se um teórico distingue um aspecto religioso e um aspecto jurídico das atividades em tal sociedade tradicional ou arcaica, que não os distinguia, isso não se deve ao progresso do ou à depuração e aprimoramento da razão, mas ao fato de que a sociedade na qual ele vive, há muito tempo, instituiu, em sua realidade as categorias jurídicas e as categorias religiosas como relativamente distintas. São essas categorias e sua distinção que ele extrapola do passado, sem se interrogar em geral sobre a legitimidade desta extrapolação, e postulando, tacitamente, que as distinções instituídas em sua própria sociedade correspondem à essência de toda sociedade e exprimem sua verdadeira articulação. [...] Assim, a articulação do social em técnico, econômico, jurídico, político, religioso, artístico, etc, que nos parece evidente, é apenas um modo de instituição do social, particular a uma sequência de sociedade, entre as quais a nossa.¹¹³

Este ponto é essencialmente importante. Veja-se que em um dado momento da cultura operou-se o casamento. Representou-se o fenômeno caracterizado por sujeitos realizando determinada conduta. Só havia casamento, não havia casamento religioso ou civil. Em um segundo momento, criou-se um casamento civil que, então, distinguiu-se daquilo que era meramente chamado de casamento. Situação que, por participar desse mesmo “núcleo semântico”, impõe à comunidade e seus atores a criação do termo casamento religioso. Esse jogo de palavras reflete a própria operação: o que acontecia antes é que a instituição religiosa não estava restrita ao que hoje chama-se de “âmbito religioso”, mas possuía a funcionalidade na comunidade que, então, passaria a ser determinada pelo “âmbito civil”. Por fim, com a codificação deste âmbito civil, como a religião também já promoveu a sua própria codificação à sua maneira, o código pode ocultar o contato do intérprete com a origem do código e sua “realidade”.

A dita necessidade acima (aspecto funcional) só se torna uma necessidade da comunidade em virtude de uma elaboração cultural que é influenciada por um grande número de fatores (disponibilidades naturais, possibilidades técnicas, estado histórico, jogos do simbolismo), mas o que constitui a necessidade humana é o investimento do objeto

¹¹³CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade, p. 215-216.

com um valor que ultrapassa, por exemplo, a simples inscrição na oposição “instintual”¹¹⁴ nutritivo-não nutritivo que cria o alimento no sentido cultural e os dispõe em melhores e piores.¹¹⁵ Vejamos a elaboração da funcionalidade nessa introdução sobre a racionalidade em Castoriadis:

A pseudo-racionalidade moderna é uma das formas históricas do imaginário; ela é arbitrária em seus fins últimos na medida em que estes não dependem de nenhuma razão, e é arbitrária quando se coloca como fim, visando somente uma ‘racionalização’ formal e vazia. Nesse aspecto de sua existência, o mundo moderno é atormentado por um delírio sistemático – do qual a autonomização da técnica desencadeada, e que não está ‘à serviço’ de nenhum fim determinável, é a forma mais imediatamente perceptível e a mais diretamente ameaçadora. [...] Mas é a economia que exhibe da maneira mais surpreendente – precisamente porque se pretende integral e exaustivamente racional – a supremacia do imaginário em todos os níveis.¹¹⁶

A crença dessa necessidade e, ainda, do que deve ser feito para administrá-la é uma realidade constituída. A alienação aliada à ‘racionalidade’ resulta na exclusão, ou ao menos redução, da reflexão em prol do objetivo que dirige à ação.

A dominação do imaginário também está clara no que se refere ao lugar dos homens em níveis de estrutura produtiva e econômica. Quem pode dizer que, assim como existiu um fetichismo capitalista, não exista, também, um fetichismo jurídico que determina a “vida real” do mundo social? Toma-se um questionamento básico: Será que se está consciente que “ser solteiro” não é um estado da natureza, mas meramente um estado civil? Ou seja, não fosse aquele campo existente num formulário, talvez o máximo que se pudesse imaginar fosse uma condição de “não casado”? O homem está decomposto em fatores totalmente inventados ou, ao menos, arbitrariamente selecionados e é recomposto em um objeto secundário, um fetichismo em que se vê uma forma particular do imaginário que é a identificação do sujeito com o objeto.¹¹⁷

¹¹⁴ O termo é aqui utilizado como uma caricatura do uso de um suposto instinto humano utilizado para explicar fatos e comportamentos.

¹¹⁵ CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade, p. 181.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 188.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 189-90.

O fetichismo aparece no universo burocrático. A burocracia fazia referência ao precedente, resistia ao novo e buscava a uniformização do fluxo do tempo. Hoje, a burocracia age tentando sistematicamente antecipar o futuro, reformando-se e expandindo-se de forma que “*A pseudo-racionalidade ‘analítica’ e reificante tende a ceder lugar a uma pseudo-racionalidade ‘totalizante’ e ‘socializante’ não menos imaginária*”.¹¹⁸ Assim, se no formulário aparecem apenas as opções: solteiro, casado e viúvo, e o sujeito convive com alguém como se casado fosse, mas sem casamento, este sujeito é convidado a recortar a vida em uma das caixas determinadas pelo “âmbito civil” até que este se disponha à reconhecê-lo nas suas diferenças. O documento, que certificará o estado daquele sujeito, predominará para o mundo jurídico sobre a própria realidade.

Uma indicação preliminar sobre o papel das significações sociais imaginárias seria que a designação da coletividade nomeia a si mesma e ao mesmo tempo designa alguma propriedade, qualidade ou coisa. Um signo que parece nada representar, puramente convencional e racional, seria signo puro, denotando sem qualquer ambiguidade. No entanto, conota-se a unidade através de um signo, por exemplo, Nação, que traz essa outra qualidade para seus participantes.¹¹⁹ Ou seja, um povo pode chamar-se brasileiros, para em seguida, buscar o que é ser brasileiro, e então confrontar essa ideia de *brasileiro* consigo, criando um problema inteiramente intelectual: se é brasileiro, o que é a “brasileiridade” – identidade cultural?

A nação, diz Castoriadis, exerce efeitos reais e preenche uma função de identificação por uma referência imaginária a um passado comum (que ninguém verificou). O nacionalismo é uma mistificação, mas não é só isso. Cada sociedade define e elabora uma imagem do mundo natural, esta visão mais ou menos estruturada do conjunto da experiência humana disponível é racional, mas as dispõe segundo significações e as subordina a significações que como tais não dependem do racional, mas sim do imaginário.¹²⁰

A comunidade está sempre inserida em uma continuidade histórica e, assim, trabalha com um instrumentário simbólico que já ali se encontrava e cuja manipulação não é livre, mas que não está totalmente determinada a esse conjunto de fatores.¹²¹ O mesmo pode ser

¹¹⁸CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade, p. 190.

¹¹⁹Ibid., p. 178.

¹²⁰Ibid., p. 179.

¹²¹Ibid., p. 177.

dito da organização jurídica: o direito no imaginário social, aquele mesmo que comporia a “objetividade” do jurídico, instrumental simbólico que sobredetermina a própria racionalidade da mentalidade daquele determinado grupo no espaço e no tempo, aparece como um sistema simbólico que deve ser manejado com coerência, ainda que não tenha como garanti-la:¹²²

Considerado agora ‘em si próprio’, o racional das instituições não conhecido e não desejado como tal pode ajudar o funcional; e pode também-ser-lhe adverso. [...] Certamente, existem regras institucionais, positivas, que não contradizem as outras, mas que também delas não decorrem e são estabelecidas sem que possamos dizer que foram preferidas a outras igualmente compatíveis com o sistema. Mas existe sobretudo um grande número de conseqüências lógicas das regras estabelecidas as quais não foram explicitadas no início e que não deixa de representar um papel real na vida social. Elas contribuem para ‘formar’ esta de um modo que não era exigido pela funcionalidade das relações sociais, que também não a contradiz, mas que pode levar a sociedade a uma das várias direções que a funcionalidade deixava indeterminadas ou criar efeitos que agem de volta sobre esta (a Bolsa de valores representa, em relação ao capitalismo industrial, essencialmente um desses casos).¹²³

Este trecho apresenta, portanto, a indeterminação de espaços da cultura e, portanto, também do direito. Ainda, mostra como esses espaços apresentam – de forma concreta - outras questões que são, à sua maneira, manutenção de uma outra coerência ou da fundação de uma

¹²²CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 148, em que se encontra também: “Quase racionais: racionais em grande parte, mas como no uso social (e não científico) do simbolismo o ‘deslocamento’ e a ‘condensação’ como dizia Freud (a metáfora e a metonímia, como diz Lacan) estão constantemente presentes, não podemos identificar pura e simplesmente a lógica do simbolismo social com uma ‘lógica pura’, nem mesmo com a lógica do discurso lúcido.” E “A sociedade se depara constantemente com o fato de que um sistema simbólico qualquer deve ser manejado com coerência; que ele o seja ou não, surge daí uma série de conseqüências que se impõe, quer tenham ou não sido conhecidas e desejadas como tais.”

¹²³Ibid., p. 150.

possibilidade em lugar de outra em uma potencial indeterminação e que, as referidas ambivalências sofrem uma influência da autonomização, da alienação e da redefinição do seu espaço no mundo. Vejamos como essa ressignificação trabalha:

A criação pressupõe, tanto quanto a alienação, a capacidade de dar-se aquilo que não é. E não podemos distinguir o imaginário que está atuante na criação do imaginário ‘pura e simples’, dizendo que o primeiro ‘antecipa’ uma realidade ainda não dada, mas ‘se verifica’ em seguida. [...] Além disso, o essencial da criação não é ‘descoberta’, mas constituição do novo; a arte não descobre, mas constitui; e a relação do que ela constitui com o ‘real’, relação seguramente muito complexa, não é uma relação de verificação. E no plano social, que é aqui nosso interesse central, a emergência de novas instituições e de novas maneiras de viver, também não é uma ‘descoberta’, é uma constituição ativa.¹²⁴

Em comunidade, chega-se em significações que não se encontram aí para representar outra coisa senão seus próprios esquemas organizadores que são condição de representabilidade de tudo o que essa sociedade pode se dar.¹²⁵

No plano individual, a produção desse fantasma fundamental (esquema organizador-organizado que se representa por imagem e que existe não na simbolização, mas na presentificação imaginária a qual já é para o sujeito significação encarnada e operante) depende do imaginário radical, fantasma que existe ao mesmo tempo no modo imaginário efetivo (do imaginado) e é principal significação e núcleo de significações ulteriores.”¹²⁶ [...] E, para que uma significação social imaginária exista, são necessários significantes coletivamente disponíveis, mas sobretudo, são necessários significados que não existam sob a forma sob a qual existem os significados individuais (como percebidos, pensados ou imaginados por tal sujeito).¹²⁷

¹²⁴CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade, p. 162.

¹²⁵Ibid., p. 173.

¹²⁶Ibid., p. 172.

¹²⁷Ibid., p. 175.

A partir de Castoriadis, portanto, tem-se uma visão mais elaborada do que é o imaginário social e a sua consequência para o direito e a instância jurisdicional no ato interpretativo ao constituir um significado dependente de um horizonte cultural.

2.2 A comunidade como referência de justiça

Tratando-se de uma condição social-histórica, o tempo é um fator condicionante dessa legitimidade do direito aqui discutida e, ainda, é necessário para a conciliação do agente da conduta sob juízo à comunidade em que está inserido. Desta forma, os efeitos do tempo sobre a comunidade também afetam a legitimidade deste. Sob outro aspecto, o direito permite uma forma de resistência da comunidade aos efeitos do tempo, ambos igualmente necessários.

François Ost apresentou considerações muito pertinentes sobre a legitimidade do direito no tempo. Essas pistas desenvolvidas servirão de critérios para avaliar se e quando o direito “vigente” já não atende mais suas funções e, também, se e quando o direito “inovado” toma o lugar do antigo de maneira bem sucedida: legítimo e conciliador.

É preciso lembrar que essa análise de “juridicidade” ou a significação objetiva, feita pelos membros dessa comunidade especializada ou pelos membros da comunidade de forma geral é essencial para a realização da justiça. De acordo com os pressupostos do pluralismo jurídico, se a comunidade não entende que “a justiça” foi realizada, a jurisdição não cumpriu seu papel de regulação social e estabilização dos conflitos dentro desta através de um ajuste de expectativas e orientação de comportamento. Não se trata de discordar da “justiça” feita, mas efetivamente sequer compreender a ação ou suas razões.

Em especial, tomando o direito como seu objeto, François Ost entenderá as relações com o tempo capazes de conduzir a sociedade ao “estado de natureza” como patologias temporais, separando-as em: a) eternidade, como a ausência de mudança; b) entropia, como a necessidade do instantâneo; c) determinismo, como a história que reduz a possibilidade de um futuro diferente; e d) discronia, como a ausência de correspondência com o tempo social-histórico.

Trata-se de uma mudança relevante. O direito deixa de corresponder a verdades universais do bem viver para transformar-se em decisões circunstanciais com funções de permitir possibilidades novas e dever de correspondência adequada ao tempo atual. O direito possuiria a possibilidade de fazer resistência a essas “disfunções” através da

memória, do perdão, da promessa e da rediscussão. Essas formas de resistência do direito são chamadas de figuras de retemporalização.

A memória aparece no direito de diversas formas. É uma forma de garantir a reconstituição do passado e, de uma forma comunitária, enraizar uma identificação comum. O direito possui para Ost um papel fundante que institui o passado, certifica fatos ocorridos, garante a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas. A partir desse alicerce, ergue-se uma “consciência coletiva” sem a qual nenhuma ação social seria possível.¹²⁸

A memória opera sempre a partir do presente como uma reconstituição do passado. É o caso da sedimentação sucessiva de decisões que, mesmo quando inovadoras, derivam de argumentos e razões dignos de crédito num ou noutro momento do passado.¹²⁹ O direito é tributário desta referência ao passado, pois todo raciocínio sustentado pelos participantes da tradição jurídica deve ao passado sua regra, princípio, precedente, costume, fundamento ou outra fonte. Sustenta Ost que enquanto as sociedades anteriores às democráticas se guiariam pela tradição, as sociedades democráticas tenderiam a esquecer o passado ao se reinventar e esquecem que o novo se dá em um cenário facultado pelo já instituído.

Para o imaginário e para o racional, essa memória enraíza uma identidade comum. O declínio da memória hoje é acentuado pelo excesso de informações e imagens geradas que resultam numa comunicação imediata e pontualizada, bem como a fragmentação dos grupos. Ou seja, a dificuldade em manter uma coerência temporal dos acontecimentos e do estabelecimento de uma memória apoiada no coletivo. O declínio da memória afeta o direito enquanto discurso jurídico. O declínio da memória reduz os lugares em comum de onde se pode partir.

Como já mencionado anteriormente, não há ponto zero do direito. Há sempre direito antes do direito.¹³⁰ A conclusão de Ost é que “*tal*

¹²⁸ OST, François. **O tempo do direito**, p. 52: “instituir o passado, certificar os fatos ocorridos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas: [...] Na ausência dessas fundações, despontaria o risco de anomia, como se a sociedade assentasse em alicerces transitórios. [...] Sobre essa base de lembranças decretadas comuns e fundadoras, ergue-se a consciência colectiva sem a qual não haveria nenhuma acção social possível, nem no presente, nem, a fortiori, no futuro.”

¹²⁹ Ibid., p. 64.

¹³⁰ Ibid., p. 70

como ninguém começa a linguagem do ponto zero, ninguém começa a instituição de forma absoluta.”¹³¹

Ao tratar da memória no direito, Ost fala em tradição, costume e precedente. O caso do precedente merece destaque no presente trabalho por apresentar melhor a questão da reinterpretação. No sistema *common law*, o precedente deve ser respeitado de forma a garantir uma justiça estável e segura, não sujeita a opinião de cada novo juiz. Contudo, o precedente nem sempre deve ser seguido: “*Blackstone indica, contudo, a possibilidade de uma exceção: pode acontecer que a regra antiga seja ‘contrária à razão’; neste caso, permite-se não partir de um precedente ‘claramente absurdo ou injusto’*”. Há uma relação entre o direito formal (a partir do suporte escrito) e o direito informal (a partir do suporte não escrito) que cria esta noção de injustiça ou de absurdo na aplicação “mecânica” da lei:

A aplicação mecânica da lei frequentemente cria percepção de injustiça e encontra oposição considerável. Esta injustiça decorre de quando ao direito formal falta o suporte no costume e no direito informal. Regras não escritas frequentemente possuem maior vitalidade e força na racionalidade das cortes e legislaturas. Tomadores de decisão trabalharam sob uma contínua pressão de incorporar regras em suas decisões. (tradução livre)¹³²

O suporte não escrito se relaciona com a questão trazida por Cornelius Castoriadis quando apontou a existência de fundamentos ocultos na sociedade que sobredeterminam certas escolhas que não decorreriam necessariamente das normas escritas.

¹³¹Ibid., p. 73

¹³²Walter O. Weyrauch and Maureen Anne Bell, *Autonomous Lawmaking. In: Gypsy Law: Romani legal traditions and culture*. Los Angeles: University of California press, 2001. p. 17. “Mechanical application of the law often creates perceptions of injustice and meets with substantial opposition. This injustice results when written law lacks the support of unwritten laws and custom. Unwritten rules often have grater vitality and power that the traditional public laws that originate in the cerebral and abstract reasoning of the courts and legislatures. Decision makers work under a continuing pressure to incorporate rules into their decisions.”

A relação passado-presente constitui uma noção de eu-outro em uma mesma comunidade.¹³³ O direito de hoje é outro direito, ainda que textualmente o mesmo direito de ontem. Em qualquer tradição, também percebe-se um agente no presente que faz essa referência ao passado que o obriga no presente, dando uma continuidade (real ou suposta) ao significado que é transmitido. O direito é tributário desta referência ao passado, pois todo raciocínio sustentado pelos participantes da tradição jurídica devem ao passado sua regra, princípio, precedente, costume, fundamento e etc.

A fundação de um direito não é violência pura, ainda que o direito vindouro legitime retrospectivamente a violência de que saiu e, nesse sentido, é um futuro anterior. É na antecipação de sua realização futura que produz na fundação uma evocação que dá ao direito o efeito de legitimidade.¹³⁴

Ou seja, toda fundação é uma promessa.¹³⁵ Desta forma, a fundação do direito em algum momento envolve um pacto em que um sujeito diz para outro, dentre as possibilidades, a ação que se pode esperar dele:

Pela promessa, o futuro é tornado menos imprevisível, é-lhe dado um sentido no modo normativo: <<as coisas serão assim, pois a isso me comprometo>>; este compromisso não é uma questão de imaginação nem de esperança, nem de cálculo estratégico, é da ordem da norma – uma norma que é aplicada a si mesmo.¹³⁶

Não se está pretende aqui encontrar um mitológico pacto social, trata-se literalmente de operações cotidianas que são só tão firmes quanto a sua vontade e só constituirão um vínculo social quando

¹³³OST, François. **O tempo do direito**, p. 86. “..., Savigny formula uma das justificações éticas mais convincentes que se pode enunciar em apoio do tempo da memória e do recurso aos ensinamentos do passado: um talacto de anamnese não tem por função referir-se a qualquer exemplo ilustre <<estrangeiro>> (aqui: <<passado>>) que possa ainda hoje ter alguma utilidade; trata-se antes de ir ao encontro de si mesmo, de revivir virtualidades ainda não produzidas do seu próprio passado, de revitalizar possíveis constitutivos da nossa própria identidade que não para de se redefinir, de rearticular antigas promessas cujos efeitos ainda não foram produzidos.”

¹³⁴OST, François. **O tempo do direito**, p. 70.

¹³⁵Ibid., p. 77. “Está na natureza do tempo instituinte inverter-se nas formas estáveis do tempo instituído”

¹³⁶Ibid., p. 207.

incorporadas a uma tradição que passa a ser legitimamente esperada, uma regra de fidelidade. Por isso, toda instituição possui um fundo de confiança partilhada.¹³⁷

Não é possível dizer com certeza se a confiança é causa ou efeito desta promessa, mas a promessa gera confiança e ela pressupõe.¹³⁸ A promessa manifesta-se como uma modalidade voluntária de colaboração. Enquanto com o principal objetivo de reduzir a imprevisibilidade do amanhã, aumenta a confiança de todos em relação a um e de um em relação a todos. Há que se ter, contudo, cuidado com o grau desta questão, pois impor a confiança em grau de certeza é equivalente a suprimir a pluralidade de possibilidades do homem e, por conseguinte, o que se entende por liberdade.¹³⁹

A promessa, mais do que instrumento de razão, que permitiria prever o futuro e calcular consequências, é o instrumento de ação por excelência. Permite começar de novo, inscrever-se pela palavra que compromete e pelo empreendimento que dura, no domínio da ação política. Vejamos uma possibilidade de instituição:

Os homens fizeram existir a possibilidade da escravidão: isso foi uma criação da história (sobre a qual Engels dizia, sem cinismo, que foi a condição de um grandioso progresso). Mais exatamente, uma fração dos homens fez existir esta possibilidade contra os outros, os quais, sem cessar de combatê-la de mil maneiras, dela também participaram de mil maneiras. A instituição da escravidão é aparecimento de uma nova significação imaginária, de uma nova maneira de se viver para a sociedade, de se ver e de se agir como articulada de maneira antagônica e não simétrica, significação que se simboliza e se sanciona imediatamente pelas regras.¹⁴⁰

¹³⁷ Ibid., p. 204. Sobre a questão da confiança, interessante a leitura de Segundo tratado sobre o governo de John Locke.

¹³⁸ Ibid., p. 203

¹³⁹ OST, François. **O tempo do direito**, p. 211.

¹⁴⁰ CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**, p. 186. Por certo que não concordo com a escravidão, mas acredito ser apropriado lembrar que nem todas as instituições do direito foram estabelecidas pró-liberdade ou de acordo com o que hoje é compreendido por direitos fundamentais.

O discurso fundador é onde o novo direito atua em uma falsa retrospectiva abstrata enquanto é na realidade concreto e prospectivo. Ost analisa que a fundação não deixa de ser a perseguição de uma tradição, é a reiteração de uma promessa (crença na forma de confiança), revista ou transformada. Assim, não haveria força instituinte sem ao menos parcial suporte em forças instituídas.

2.3 A interação entre os sistemas no problema do reconhecimento jurídico da união homoafetiva

A questão da família é tratada pelo direito brasileiro há anos. Selecionou-se um autor para expor pressupostos que impediram o reconhecimento da união homoafetiva no imaginário cultural de outrora. Para o Conselheiro Lafayette, em sua obra *Direitos de Família* tem por objeto a exposição dos princípios de Direito que regem as relações de família, não só sobre as pessoas como sobre os bens.¹⁴¹

A obra foi escrita sob a vigência da Constituição de 1824.¹⁴² O código civil prometido por esta viria apenas em 1916. O Império do Brasil era apoiado pelos patriarcas rurais, pela Igreja Católica e pelos militares. Esse balanço teria se afetado pelos atritos com oficiais de alta patente, o processo de laicização e, por fim, a abolição da escravatura.¹⁴³ Fatos que, de forma muito mais complexa do que a aqui relatada, levaram a proclamação da república em 1889, antes do prometido código.

A família constituída pelo casamento legitimava a família natural necessária reprodução. Nesse cenário, sem casamento não há família

¹⁴¹ PEREIRA. Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Adap. José Bonifácio de Andrada E Silva. 5 ed. Livraria Freitas Bastos AS, 1956. p. 25: “O casamento, fundamento legítimo da família; o pátrio-poder; o estado civil das pessoas; a tutela, criação artificial para suprir a autoridade do chefe de família e a curatela, instituição destinada a proteger os que são inibidos de governar suas pessoas; tais são, em geral, os assuntos que formam o quadro dos Direitos de Família.”

¹⁴² Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. [...] XVIII. Organizar-se-ha quanto antes umCodigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

¹⁴³ DE CICCIO, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993. p. 85.

legítima. Trata-se do laço determinante e *constitutivo* que irá criar obrigações que se extinguirão apenas com a morte. A hipótese de que o homem é o corpo a determinar o casal aparece em Lafayette de forma clara:

Não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a família e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em só um dos cônjuges.¹⁴⁴

O destaque desta concepção é a obrigatoriedade dos maridos casarem-se pelo regime pátrio. Não há a possibilidade de um brasileiro passar a sujeitar-se a esposa em virtude de um ordenamento externo:

Os efeitos civis de tais casamentos em relação aos cônjuges, aos filhos e aos bens, são determinados pelas leis do domicílio do marido ao tempo da celebração do ato.¹⁴⁵

Assim, a estrutura familiar imaginada a época é sempre hierárquica, com o pai de família na ponta, respondendo por sua família e com poderes para administrá-la. Ou seja, à época o homem era um vínculo entre o Estado e a tutela da família. O que implica num horizonte cultural reduzido que impossibilitava o reconhecimento *jurídico* de uma união homoafetiva. Ora, a união entre dois homens seria o equivalente a ter essa hierarquia como uma estrutura hierárquica com duas pontas concorrentes ao topo e a união entre duas mulheres como o equivalente a uma família sem responsável, na concepção da época, uma própria família de incapazes.

As mudanças ocorridas nesta visão de mundo e nas relações que implicaram no reconhecimento de uniões não formalizadas pelo casamento e no reconhecimento da divisão de poderes e responsabilidades entre o núcleo familiar, conforme as disposições na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. Não há, contudo, um movimento necessário do direito para um ideal ou um progresso evolucionista do direito. Identifica-se aqui apenas uma mudança. O Brasil, ou melhor, a República Federativa do Brasil produz suas leis através de um corpo eleito, representativo e especializado

¹⁴⁴ PEREIRA. op. cit., p. 125 e p. 137: “O poder marital forma-se pela deslocação de certos direitos da pessoa da mulher para a pessoa do marido.(...) Assim dum lado o poder marital e, em frente, como efeito, a incapacidade da mulher.”

¹⁴⁵ PEREIRA. Lafayette Rodrigues. Direitos de Família. Adap. José Bonifácio de Andrada E Silva. 5 ed. Livraria Freitas Bastos AS, 1956. p. 83

(*gatekeepers*), que pode ou não corresponder efetivamente com os valores da população em geral. Este corpo é chamado de Congresso Nacional. Entre esses parlamentares, existe um grupo designado de “bancada evangélica” que reúne representantes políticos para defender seus valores religiosos na esfera pública.

A política trouxe a concreta situação de interação entre sistemas em junho de 2013 quando o presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados ameaçou uma “rebelião” da bancada de deputados que integram a chamada “bancada evangélica”, composta por 80 deputados, em caso do governo (poder executivo) interferir na votação do projeto conhecido com “cura gay”.¹⁴⁶

Este projeto, de autoria do deputado João Campos (PSDB-GO), derruba dois trechos de uma resolução de 1999 do Conselho Federal de Psicologia que proíbem os psicólogos de praticar a chamada "cura gay" ou apoiar verbalmente as manifestações que busquem classificar o homossexualismo como uma desordem psíquica, o que, aliado à visão evangélica constituiria, de grande força social e política, em ferramenta para uma patologização do fenômeno.

A “rebelião” foi uma resposta à Ministra dos Direitos Humanos que prometeu em 18 de junho do mesmo ano tal mobilização para evitar que a proposta avance.¹⁴⁷ Sem dúvida, tal situação representa os efeitos perversos que a dinâmica eleitoral pode tomar nesta República.

Por um lado, os representantes políticos dependem de uma base eleitoral para que mantenham sua função remunerada em época de eleições. Outra questão é a própria dinâmica de aprovação dos processos legislativos que exige que as diferentes bancadas mantenham entre si boas relações.

Este exemplo serve pra ilustrar a interação entre três discursos. O discurso religioso (evangélicos), o discurso técnico (psicologia) e o discurso político em sentido estrito (parlamentares) pela prevalência nesta tecnologia de Estado (o jurídico). O poder estatal então visa (des)regular uma questão da prática profissional que possuiria um

¹⁴⁶FALCÃO, Márcio. Marco Feliciano ameaça 'rebelião' se governo interferir no projeto 'cura gay' In: **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1297589-feliciano-nega-provocacao-as-manifestacoes-e-recomenda-juizo-a-maria-do-rosario.shtml>. Acesso em: 30.06.2013.

¹⁴⁷Ministra dos direitos Humanos condena aprovação da 'cura gay'. In: **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1297416-ministra-dos-direitos-humanos-condena-aprovacao-da-cura-gay.shtml> [Acesso em: 30.06.2013.](#)

poder estatal (delegado) para regulamentar sua própria profissão com fundamentação supostamente científica. O saber (psicológico) determinaria o saudável e o patológico, disputando seu espaço com o político. Três dimensões de poder que acabam tendo por objeto o “sujeito portador desta condição” que se torna sujeito ao controle, com possibilidades de qualificação e marginalização.

A existência da bancada evangélica implica em um vínculo entre duas instituições, a República Federativa do Brasil e a Igreja Evangélica. Trata-se, contudo, de um vínculo muito menos formal que o primeiro possui com a Igreja Católica. Neste exemplo, o presidente da Comissão de Direitos Humanos é brasileiro e evangélico. Como submisso a dois sistemas normativos contraditórios, fez prevalecer o sistema informal, adaptando o sistema formal conforme o limite de seus poderes.

Por outro lado, os homossexuais também são brasileiros e são homossexuais apesar de brasileiros, valendo-se como referencial de outras instituições, considerando para si os valores de instituições internacionais e intranacionais de outras nações.¹⁴⁸ É o papel que cumpre, por exemplo, o diretor executivo da instituição All Out, classificada como ONG, que faz campanha pela igualdade dos direitos para este grupo e disse (em inglês) que "*Associações médicas como a Organização Mundial da Saúde (OMS) concordam que a chamada cura gay é perigosa.*"

O Conselho Federal de Psicologia sofre com a invasão da agenda política em sua profissão. Fica difícil saber se a regulamentação de impedir a “cura gay”, Resolução n. 1/99, é dita arbitrária para que outra autoridade possa exercer sua intervenção ou se sobre intervenção por que é arbitrária. O discurso e a ação, nesses casos, precisam vir vinculados. Os Conselhos Federais que regulamentam as profissões são autarquias com poder delegado do Estado para tal função. O fundamento deste poder delegado é a capacidade técnica para determinar o comportamento devido dentro da profissão. Desta forma, há um conflito entre o domínio da regulamentação, um sob o fundamento científico e outro pelo fundamento político, disputando a determinação do saudável e do patológico. O aderente, submetido aos dois poderes, é rotulado e potencialmente guetificado.

¹⁴⁸BBC BRASIL. ONG critica aprovação de projeto que permite 'cura gay' no Brasil Disponível In: **Folha de São Paulo**. em: <http://www1.folha.uol.com.br/bbc/2013/06/1297350-ong-critica-aprovacao-de-projeto-que-permite-cura-gay-no-brasil.shtml>. Acesso em: 30.06.2013.

A instituição atribui a determinado fenômeno o valor de desvio àquele que executa o determinado fenômeno, no caso, o comportamento, é considerado inadequado perante à comunidade. É inadequado em virtude da normalidade normativa. O comum, suposto *default*, como a regra. O que, por consequência, conduz à marginalização: brasileiro de menor valor.

A resposta contrária do vice-líder da Minoria na Câmara foi ingressar com recurso contra a aprovação da proposta endereçado ao presidente da câmara de deputados. Para o vice-líder, apenas o poder judiciário pode questionar uma decisão de qualquer conselho de qualquer profissão.¹⁴⁹

Mesmo esta opinião, contrária, parece complicada. Até que ponto o judiciário possui ferramentas para qualificar desvios face ao corpo de especialistas estes tecnocratas à sua maneira? Existiria uma patologia psíquica sem a existência dos psicólogos? Uma revisão sem a legitimidade dos próprios especialistas constitui uma forte presunção da onisciência e onipotência da autoridade política e judicial no imaginário social e, talvez, do próprio sistema jurídico.

É uma das falhas da construção da democracia, não como o livre debate, mas como o livre voto, independente dos pontos de apoio que um argumento possui. Assim, qualquer um é livre para se afiliar a qualquer ideia, mesmo que ela seja um delírio. Esta questão ao final, polêmica, foi arquivada:

”Meu partido soltou uma nota com posição contrária, matou o projeto. E esse projeto não é uma pauta da sociedade, qual é a urgência? Não vou permitir que o governo use o projeto para desfocar a pauta das ruas, que são segurança e saúde de qualidade, o fim da impunidade e a adoção de punições contra os mensaleiros pelo Supremo”, afirmou o deputado.¹⁵⁰

A questão da regulamentação em que o atributo “orientação sexual” é relevante pode ser considerada também em comparação com

¹⁴⁹In: **Folha de São Paulo**. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1297548-vice-lider-da-minoria-na-camara-entra-com-recurso-contraprovação-de-cura-gay.shtml>. Acesso em: **30.06.2013**.

¹⁵⁰FALCÃO, Márcio; NUBLAT, Johanna; e ODILLA, Fernanda. Câmara dos Deputados arquiva projeto da 'cura gay'. In: **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1305219-camara-dos-deputados-arquiva-projeto-da-cura-gay.shtml>. Acesso em: 03.07.2013.

outro país da América Latina, o Chile em 24 de abril de 2013 anulou a lei que colocava a orientação sexual como um critério para doação de sangue. O argumento é que a seleção de doadores deveria se basear em critérios estritamente técnicos e de segurança, sem condições de discriminação arbitrárias. Para eles, atualmente, o critério de orientação sexual seria equivalente à discriminação política, religião ou equivalente.¹⁵¹

Os homossexuais no Brasil possuem mais restrições para doar sangue, apesar da necessidade dos bancos de sangue.¹⁵² O Ministério da Saúde do Brasil formalmente diz que "*a orientação sexual (heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade) não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir risco em si própria.*"

Contudo, a regulamentação toma outra forma na medida em que se aproxima da vida concreta como o texto da Portaria n. 1.353, de 2011, que diz que "homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes" são inaptos, pelo período de um ano, a doar sangue. O texto não mudou a mentalidade dos agentes administrativos, ainda vinculados ao ideal da Resolução nº 153/2004, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.¹⁵³

Nos Estados Unidos um homem que tenha tido uma relação sexual com outro homem fica proibido de doar sangue pelo resto da vida.¹⁵⁴ As regulamentações através de um corpo político e administrativo, supostamente técnico, seja diretamente ou pela forma de conselhos, representa uma visão profissionalizante e eficientista da resolução dos problemas e conflitos sociais. Perspectiva que pode ou não também corresponder com os valores da população em geral.

¹⁵¹ AGÊNCIA BRASIL. Chile anula lei que proibia gays de doar sangue. In: Última instância. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/62412/chile+anula+lei+que+proibia+gays+de+doar+sangue.shtml>. Acesso em: 30.06.2013.

¹⁵² MOTTA, Rafael. Gay diz que foi impedido de doar sangue em hemonúcleo de Santos (SP). Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/05/23/gay-e-impedido-de-doar-sangue-em-hemonucleo-de-santos-sp.htm>. Acesso em: 30.06.2013.

¹⁵³ GIUSTI, Iran. Resolução que veta homens gays de doar sangue faz aniversário hoje, 14 de junho. Disponível em: <http://igay.ig.com.br/2013-06-14/resolucao-que-veta-homens-gays-de-doar-sangue-faz-aniversario-hoje-14-de-junho.html>. Acesso em: 30.06.2013.

¹⁵⁴ AGÊNCIA BRASIL. Mesmo proibida a discriminação, gays não podem doar sangue. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/mesmo-proibida-a-discriminacao-gays-nao-podem-doar-sangue,a6abdc840f0da310VgnCLD200000bbcecb0aRCRD.html>. Acesso em: 30.06.2013.

Existindo um desajuste nessa sobreposição, é possível falar entre interesse estatal e interesse público. O duplo padrão existente nesta avaliação do sangue dos homossexuais pelo Estado é exemplo do estatuto jurídico marginalizando e desvalorizando aquele com o *status* de homossexual. Esta questão não está presente no caso julgado em 2011, mas seria discutível com os mesmos princípios.

A assessoria de imprensa do Ministério da Saúde diz que existe um cuidado maior com doações feitas por homossexuais homens, por que o *tipo* de relação aumentaria o risco de doenças sexualmente transmissíveis. Contudo, percebe-se que a pergunta nada tem a ver com o *tipo* de relação, que precisaria de pergunta equivalente para o *tipo* de relação, esta também possível na orientação heterossexual. À título de ilustração, há entre os homossexuais os gouines, praticantes do *gouinage*¹⁵⁵, que não estariam sequer sujeitos a esse risco.

O tabu deste objeto, o desejo pelo desejo, é travestido de interesse coletivo (segurança) e vendido pelo medo (de receber um sangue contaminado). De fato, entre membros da saúde na academia e nos hospitais há dissidência.¹⁵⁶ O que importa deste tópico para o presente trabalho é compreender, na prática, quais opiniões se sustentariam após contraditadas e como isso *deveria* afetar a noção de justiça e direito. Ou seja, condições para que uma ideia não prevaleça pelo medo ou superstição, em especial, sob a perspectiva da hermenêutica constitucional aberta proposta por Haberle ou na tradução do fenômeno em conceitos em Viehweg.

Por um terceiro lado, jurisdicional, tem-se a produção normativa do assunto através de decisões jurídicas que enquanto corpo profissional e especializado separa o direito das demais questões sociais, produções informais de sistemas normativos, o que, em última análise significa sustentar a separação entre direito e justiça. Fato que é possível sob a perspectiva positivista, mas complexo sob a perspectiva pluralista.

O próprio judiciário enquanto autoridade competente para julgar, também reconhece a influência das instituições religiosas na questão da

¹⁵⁵ A palavra advém do francês, "lesbianismo", porém não se associa somente às lésbicas em geral, mas remete à prática sexual delas, que consistiria em sexo sem penetração.

¹⁵⁶ Governo nega proibir gays de doar sangue, mas mantém veto a homem que faz sexo com homem. Disponível em: <http://noticias.r7.com/saude/noticias/governo-nega-proibir-gays-de-doar-sangue-mas-mantem-veto-a-homem-que-faz-sexo-com-homem-20100803.html>. Acesso em: 30.06.2013.

família sob o aspecto jurídico. Um exemplo é o Superior Tribunal de Justiça, na pessoa do ministro Felix Fischer, homologar uma anulação de casamento religioso decretada pelo Vaticano através do seu Supremo Tribunal de Assinatura Apostólica.

A RFB e a Santa Sé possuem relações definidas pelo Decreto n. 7.107/10 e, conforme o art. 12 deste acordo, as sentenças desta instituição serão consideradas equivalentes às sentenças estrangeiras. Ou seja, a Igreja Católica no Brasil, diferentemente das outras religiões, é dotada de reconhecimento oficial de alguma espécie de soberania. Desta forma, a lei e a jurisdição canônica operaram efeitos civis no território nacional. A causa de pedir, contudo, foi muito mais séria: o marido acusou a mulher de pedofilia, mas sobre este aspecto o STJ não se manifestou. Embora um dos requisitos deste reconhecimento seja o cumprimento das leis brasileiras, impõe-se a ponderação de que se o direito canônico passar a operar como uma legislação suplementar, seria aplicada apenas para católicos? Se sim, este tratamento não seria desigual em relação aos demais credos?

Um casal de pessoas do mesmo sexo, então, que submetessem tal requisição ao Supremo Tribunal de Assinatura Apostólica, teria o seu casamento não reconhecido, ou melhor, tido como inexistente. Tal decisão voltaria como uma sentença estrangeira para homologação pelo STJ e invalidaria o casamento. Assim, no limite, quem teria a palavra jurídica final sobre o ritual do casamento? Esta não é questão simples de se responder e não está dentro do escopo do presente trabalho.

Como apontamos, o caso da “comunidade” em questão identifica um campo em que o direito poderia fazer uso da interpretação para confirmar a aplicação das regras do direito de família, por exemplo, aos relacionamentos estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Aplicação da lei realizada não por analogia, mas por extensão.

O desdobramento semântico influenciou a doutrina com merecido destaque na batalha simbólica pelo signo jurídico: sodomia, pederastia, homossexualismo, homossexualidade, homoafetividade. Este último tornado palatável para o meio jurídico assimilar essa realidade como um possível núcleo familiar.¹⁵⁷ O desdobramento deste reconhecimento

¹⁵⁷O uso do termo pode ser observado em União Homoafetiva de Maria Berenice Dias, Homo afetividade e direito, livro de Marianna de Almeida Chaves Pereira Lima, Histórias de amor num país sem leis – A homoafetividade vista pelos Tribunais de Slvia Maria Mendonça do Amaral, Manual de Direito das Sucessões de Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias de

jurídico aparece no direito sucessório, previdenciário, trabalhista, familiar e etc.

O desenvolvimento do tema na doutrina é interessante. Ivan Kertzman explica como a questão da discriminação pode ser sutil: o INSS passou a reconhecer os direitos da união homossexual através da Instrução Normativa n. 25 de 7 de junho de 2000, depois, com a regulamentação através da Instrução normativa n. 118 de 14 de abril de 2005, houve uma redução desta igualdade através da exigência adicional da dependência econômica para obtenção do benefício previdenciário decorrente da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ou seja, em uniões heterossexuais a dependência econômica seria presumida enquanto tal não seria para uniões homossexuais. Essa questão só foi retificada em 2007 com a Instrução Normativa n. 20.¹⁵⁸

Se direito é imagem, como já sustentamos, justiça é ação. Há um problema contextual que impede a discussão da justiça depreendida de questões materiais, aparecendo em livros quase sempre em “Condições Normais de Temperatura e Pressão”. Enquanto o direito possui justamente o problema inverso, sempre em um plano normativo, jamais tocando a realidade senão pelo meio do sujeito. É certo que somente o sujeito toca estes dois planos, real e imaginário, subjetivo e objetivo, por sua capacidade dual inata que funciona de maneira inseparável: os sentidos do corpo e os sentidos da mente.

O caso da comunidade escolhida, brasileira, identifica um campo em que a autoridade poderia fazer uso de técnicas da interpretação para confirmar a aplicação das regras do direito de família aos relacionamentos estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Maria Berenice Dias, Manual da Homoafetividade de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti e etc.

¹⁵⁸ KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 323

3 A MUDANÇA NA SIGNIFICAÇÃO OBJETIVA: ESTUDO DE CASO

Em 14 de maio de 2013, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Ministro Joaquim Barbosa, editou a resolução n. 175¹⁵⁹ que dispõe sobre a habilitação e celebração de casamento civil, e da conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se de uma consequência do resultado da decisão do plenário do CNJ no julgamento do Ato Normativo n. 0002626-65.2013.2.00.0000 e dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 do Rio de Janeiro e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277/DF, reconhecendo a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Nesta resolução consta que as referidas decisões possuem eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Só após este destaque, menciona a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial n. 1.183.378/RS em que reconheceu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁶⁰

A resolução proíbe as autoridades competentes de se recusarem a promover os atos necessários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁵⁹ O CNJ é regulado pelo art. 103-B da CF88: “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução sendo: (...) § 4.º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: **I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;** II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (...)”

¹⁶⁰ O reconhecimento de inexistência de óbice legal incluiria a necessidade de autorização para a realização de atos de direito público?

A decisão de Plenário do STF teve como Relator o Ministro Ayres Britto e como requerente o Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Foram reconhecidos como *amicus curiae* o Conectas Direitos Humanos, o Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH), o Grupo Gay da Bahia (GGB), o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI-UFMG), Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais (Centro de Referência GLBTTT), Centro de Luta Pela Livre Orientação Sexual (CELLOS), Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais (ASSTRAV), Grupo Arco-Iris de Conscientização Homossexual, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Eduardo Banks.

Foram considerados interessados os Tribunais de Justiça dos Estados, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e o próprio governador do Estado do Rio de Janeiro.

Sobre a história do processo no STF, a ADI n. 4.277/DF foi distribuída para a Ministra Ellen Gracie em 03 de agosto de 2009. Na condição de Relatora, ela apresentou um pedido para análise da hipótese de prevenção com a ADPF n. 132, que contém pedido para ser recebida subsidiariamente como ADI e uma ADI já estaria em análise pelo Ministro Ayres Britto desde 27 de fevereiro de 2008. Tal foi acolhido pelo Ministro Cezar Peluso, Presidente à época.

Foi apenas em 04 de maio de 2011 que o Relator Ministro Ayres Britto, afinal, reconheceu que a ADPF, por inteiro, estaria encampada pela ADI n. 4.277 que versaria sobre o mesmo tema central e possuiria um regime jurídico mais amplo, distribuída para ele por prevenção.¹⁶¹

A sessão contou com a Presidência do Ministro Cezar Peluso e estavam Presentes: Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandoski, Carmem Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Ainda, Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2077.

3.1 Ayres Britto (Relator)

O Ministro Ayres Britto afirma que estão diante de um “dissenso judicial” que reflete o fato histórico de que a preferência sexual alheia incomoda as pessoas quando esta “já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.” Considera essa postura de “reação conservadora” aos “insondáveis *domínios do afeto*”.¹⁶²

Relatou o Ministro Ayres Britto que o autor da referida ADPF solicitava a aplicação da “técnica” de “interpretação conforme à Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e o artigo 33 do Decreto-Lei n. 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro. Esta aplicação, na opinião deste ministro, iria permitir o “*descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais.*”¹⁶³

Assim, as duas ações judiciais foram reunidas com o objeto de submeter o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro (CCB) à técnica da “interpretação conforme a constituição”.¹⁶⁴

O Relator destacou o termo *homoafetividade*: “*aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo*”. E, ainda, fez o mesmo com o fato de que o termo teria sido cunhado por Maria Berenice Dias¹⁶⁵, desembargadora

¹⁶² Ibid., p. 2078.

¹⁶³ Ibid., p. 2076.

¹⁶⁴ No que tange o requisito da pertinência temática, o ministro deu por satisfeito, citando o Ministro Dias Toffoli na ADI-MC 4.356: “verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que existe uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente.”

¹⁶⁵ Maria Berenice Dias formou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 21 de dezembro de 1971, então, tornou-se Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 1986. Profissionalmente, assumiu o cargo de Juíza Adjunta na Comarca de Ibirubá em 1973, passando para Juíza de Direito em 1975 e promovida à Juíza Substituta da Capital em 1982. Tornou-se desembargadora em 1990 (substituta) e titular em 1996 da 4ª Câmara Cível. Contudo, foi conhecida por sua atuação na 7ª Câmara, onde iniciou em 1997 e da qual assumiu a presidência em 1999. Aposentou-se em 2008 e em pouco tempo tornou-se advogada especializada em Direito das Famílias e Sucessões,

aposentada e jurista, em sua obra: União Homossexual, o Preconceito e a Justiça. Trataria-se de uma oposição ao termo “homossexualismo”, já amplamente utilizado. O Relator cita a seguinte passagem da referida obra:

Há palavras que carregam o estigma e o preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se ‘homossexualismo’. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou-se a falar em ‘homossexualidade’, que sinaliza um jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo)”.¹⁶⁶ Só depois, a palavra teria aparecido em dicionários de língua portuguesa, como no Dicionário Aurélio, 5ª Edição, em folha n. 1.105.¹⁶⁷

O deslocamento da homossexualidade para a homoafetividade, suprime a associação sexual, passando a tratar meramente do núcleo da afetividade. A afetividade é um tópico ao qual a discussão irá vincular-se e que está na construção do imaginário comunitário da noção de família que se incorporou à doutrina. No Direito de Família, sucessivas decisões judiciais demonstram a construção da paternidade sócio-afetiva sobre a paternidade meramente biológica.¹⁶⁸ Esse deslocamento semântico é recepcionado como jurídico pelo reconhecimento da

bem como Direito Homoafetivo que é atualmente. É fundadora e atualmente Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), É presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB e da OAB/RS, Escreveu diversas obras na área e ministra diversas aulas e palestras. Não possui lattes ou é vinculada a uma universidade. Sobre ela, ver seu site pessoal e anotações da Wikipédia: www.mariaberenice.com.br; http://en.wikipedia.org/wiki/Maria_Berenice_Dias; http://pt.wikipedia.org/wiki/Maria_Berenice_Dias;

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2080.

¹⁶⁷ “Homoafetividade. 1 Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo. 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito homoafetivo.”

¹⁶⁸ Essa questão aparecerá nos votos dos ministros.

doutrinadora citada como uma autoridade jurídica de opinião respeitável no assunto pelo Relator.

Em seguida, o Ministro Ayres Britto afirma que a Constituição Federal de 1988 emprega o vocábulo “sexo” nos inciso IV, do Artigo 3º¹⁶⁹, no inciso XLVIII do artigo 5º, no inciso XXX do artigo 7º e no inciso II do §7º do artigo 201, sempre com o significado de “*conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher*”.¹⁷⁰

O dispositivo no inciso IV do artigo 3º, seria, na opinião do relator, dispositivo constitucional expresso de vedação ao tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo, o que define como: “tratamento desigualitário sem causa que passa a colidir com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’, ainda que intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado.”¹⁷¹

O Relator parece fundamentar uma interpretação sistemática que trataria de fundamentar em um dispositivo legal a decisão, ainda que não fosse possível deduzir tal norma diretamente do texto, e faz nessa mesma oportunidade referência ao preâmbulo da Constituição Federal que seria consagrador do “constitucionalismo fraternal” sobre o qual o relator discorreria no capítulo VI da sua própria obra “Teoria da Constituição”, publicado pela editora Saraiva em 2003. Esta situação demonstra a dupla função do jurista que de um lado se apresenta como um teórico do direito e do outro como uma autoridade do poder público exercendo política do direito.

Com muito suor os juristas têm tentado conferir ao preâmbulo constitucional uma “eficácia interpretativa”, o que equivale dizer que muito embora não seja fonte cogente (direito propriamente dito), teria seu peso¹⁷² considerado da interpretação de outros dispositivos. Não parece convencer que o preâmbulo tenha qualquer finalidade outra do que um ritual formalístico de forma a fictamente conferir uma respeitabilidade à Constituição pelos membros da comunidade.

¹⁶⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁷⁰ BRASIL, op. cit., p. 2.082.

¹⁷¹ Ibid., p. 2082.

¹⁷² É difícil determinar com tecnicamente o que a expressão “peso” quer dizer nas decisões ou na doutrina. De qualquer forma, deve-se entender como relevância.

Assim, com esse preâmbulo constitucional e sua obra, e não por outro dispositivo constitucional mais adequado ao paradigma, o Relator sustenta que esse constitucionalismo

[...] se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a ‘inclusão social’) a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados.¹⁷³

Não só a norma aplicável é construída a partir dessa combinação dos princípios, como os próprios princípios são construídos, mesmo os implícitos, de uma argumentação político-teórica.

O Ministro Ayres Britto sustenta que o movimento público positivou em diversas leis e políticas públicas a posição contra o preconceito e isso significaria que “*a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural*” que serviria de elemento conceitual da própria democracia material representado na “*respeitosa convivência dos contrários.*”¹⁷⁴ Nesse sentido, o mesmo cita John Rawls¹⁷⁵ que interpreta esse respeito como “*a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa*”. Segue, ainda, com a concepção de “princípio da diferença” por Francesco Viola¹⁷⁶ sob o conceito de ‘similitude’ em que ele teria lido em um

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2083

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2083.

¹⁷⁵ John Rawls tem como marco a obra “Uma teoria da Justiça” publicada em 1971, foi professor da Universidade de Harvard e teve seu trabalho reconhecido pelo presidente dos Estados Unidos Bill Clinton. Seu impacto foi crescente até os anos 2000, falecido em 2002, sua citação em trabalhos tem se reduzido. Para maiores informações:

https://books.google.com/ngrams/graph?content=John+Rawls&year_start=1800&year_end=2008&corpus=15&smoothing=3&share=&direct_url=t1%3B%2CJohn%20Rawls%3B%2C00; http://en.wikipedia.org/wiki/John_Rawls

¹⁷⁶ Extraído do site institucional da Universidade de Palermo,

www.unipa.it/viola/: Emeritus Professor of Legal Philosophy at the University of Palermo. Since 1986 he has been teaching Legal Philosophy, General Theory of Law, Human Rights and Legal Ethics. He is co-editor of a Series on Legal

ensaio de Antonio Maria Baggio¹⁷⁷: “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’.

Desta forma, o Relator apoia sua convicção constitucional em outros doutrinadores. Esses doutrinadores não falavam sobre o Brasil e tampouco são brasileiros, mas serão utilizados como recursos simbólicos pela sua notoriedade para fundamentar aquilo que servirá de critério decisório. Esses autores participam na formação da significação objetiva dos termos. Uma pista é, então, o direito comparado como fonte de limite e possibilidade na interpretação jurídica. Não se trata de qualquer direito comparado, prepondera a noção que subjaz uma comparação com aquilo que é visto como o direito dos “povos civilizados” – para eleger o termo politicamente incorreto.

O Relator entende que preconceito é *“uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, um juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela.”* Ainda, *“Espécie de trave no olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante*

Philosophy of Giappichelli Publishing in Turin, co-director of "Ragion pratica", a journal on practical philosophy and co-director of "Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", a journal on legal hermeneutics. Since 2001 he has been director of the Section "Law and Politics" of the new edition of the Encyclopedia of Philosophy (Bompiani). From 2007 to 2009 he has been director of the PhD Programs of the Faculty of Law on "Supranational and Domestic Law". He is President of the Italian Association for Legal Philosophy and Editor-in-Chief of "Rivista di Filosofia del diritto" (Journal of Legal Philosophy).

¹⁷⁷ Antonio Maria Baggio é de acordo com Maiesse Gramacho, assessora de comunicação da Universidade de Brasília no qual o filósofo esteve presente em 24 de agosto de 2009:” O estudo e a análise do conceito de fraternidade para além de uma abordagem religiosa ou assistencialista, e sim como uma categoria civil e política. Esta é a proposta do filósofo Antonio Maria Baggio, professor de Filosofia Política do Instituto Universitário Sophia, em Firenze (Itália).(...) A conferência de Antonio Maria Baggio na UnB foi organizada pelo Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos da universidade, em parceria com a Coordenação Geral de Educação em Direitos Humanos da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. “Para nós, é uma honra recebermos um filósofo como o professor Baggio”, disse o reitor José Geraldo de Sousa Jr. “Somos uma instituição comprometida com a defesa e a promoção dos Direitos Humanos, e entre eles está a fraternidade”, completou o reitor.”

Disponível em:

<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=2208> . Para mais informações: www.antoniomariabaggio.it/

para se fazer traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada.” Cita René Descartes¹⁷⁸ e, em seguida, Fernando Pessoa para fazer reverência ao valor da verdade.¹⁷⁹

Não deve espantar pela menção ao Fernando Pessoa, visto que o presente relator notoriamente é conhecido como ministro poeta. A questão mais importante é que é irrelevante a consistência jurídica ou científica das citações existentes para o argumento, desde que existam, como forma de legitimar a decisão ao final que poderia ser outra.

Vemos em seguida que o Ministro Ayres Britto fala sobre o sexo na sua condição biológica.¹⁸⁰ Em seguida:

Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um **intencional silêncio**. Que já é um modo de atuar mediante o saque da **kelseniana** norma geral negativa, segundo a qual “*tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido*” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de

¹⁷⁸ René Descartes viveu entre 1596 e 1650 e é o fundador do Cartesianismo e teria sido uma das bases do racionalismo e uma escola de oposição ao empirismo. É francês e formou-se em direito. Exerceu grande influência sobre o pensamento ocidental. Para mais informações: http://en.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9_Descartes.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2084.

¹⁸⁰ Ibid., p. 2085: “Mas ‘sexo’ ou ‘aparelho sexual’ como signo linguístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênitas, como sabido, e que, por isso mesmo, preincidentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das relações afetivas. ‘Instinto sexual ou libido’, como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade indecível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma.”

lei”, e que me parece consagradora do que poseria chamar direito de não ter dever.”(Negritou-se)¹⁸¹

A noção de “silêncio eloquente” será operada nos votos divergentes entre os ministros. É uma noção que presume: 1) dolo do legislador; 2) um consenso sobre um não dito; e 3) um dever de resgate àquele dolo. Tais características são consistentes com a interpretação que reconhece um dever de recuperar o sentido e a intenção do legislador. O ministro, no caso, afirma que “o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas.”¹⁸² O silêncio também será retomado para argumentar contra esta mesma interpretação. Trata-se exatamente da situação mencionada por Foucault: o texto nada disse, mas é recuperado com o comentário e, ao mesmo tempo, com ele fundido, pois a autoridade do comentário não será a do voto, mas a autoridade creditada ao texto constitucional.

O Relator cita o direito europeu para demonstrar o respeito a essa liberdade das tendências sexuais que teria sido intencional e tacitamente tratado por omissão na Constituição Brasileira.¹⁸³ Também cita a Constituição do Mato Grosso¹⁸⁴ e do Sergipe¹⁸⁵ que expressamente

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2085-2086

¹⁸² Ibid., p. 2086.

¹⁸³ Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: “A comunidade europeia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio da igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais.” e a Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia, de 16 de março de 2000: “Os Estados –membros são incitados a adotar políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo”.

¹⁸⁴ “Art. 10 – O estado do Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos

vedam o preconceito contra a ‘orientação’ sexual alheia. Essas constituições são citadas não para conferir maior validade para a decisão, mas como ilustração de uma positivação das vontades locais. Segue então dizendo que:

[...]o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1 da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada um deles. Por conseguinte, cuida-se da proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. (...) Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do ‘Torna-te quem és’, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche¹⁸⁶. Uma busca da irrepitível identidade individual que, transporta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel¹⁸⁷ a sentenciar que *a*

os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes: (...) III – a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição.”

¹⁸⁵ Art. 3 O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adora, ainda os seguintes: II – proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.”

¹⁸⁶ Friedrich Nietzsche nasceu em 15 de outubro de 1844 e morreu em 25 de agosto de 1900. Ele foi um filósofo alemão que escreveu diversos textos sobre religião, moral, ética, psicologia, ontologia, cultura, ciência e filosofia. Suas ideias influenciaram pensadores como Albert Camus, Martin Heidegger, Theodor Adorno, Gilles Deleuze, Jacques Derrida, Michel Foucault, entre outros. Para mais informações:

http://en.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Nietzsche;

¹⁸⁷ Gerog Wilhelm Friedrich Hegel nasceu em 27 de agosto de 1770 e morreu em 14 de novembro de 1831. É da escola do idealismo alemão e do

evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito da memória). (Negritou-se)¹⁸⁸

O Relator então, cita outros autores estrangeiros, da memória, como forma de fundamentar, agora, uma ideia de evolucionismo, progresso e aperfeiçoamento pessoal que seria tutelado constitucionalmente. Mesmo quando o Relator cita Carl Gustav Jung: “*A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação*”.¹⁸⁹

historicismo, sendo considerado o fundador do hegelianismo. Citamos trecho de sua biografia: “Hegel influenciou escritores de posições largamente díspares, incluindo seus admiradores (Strauss, Bauer, Feuerbach, Stirner, T. H. Green, Marx, F. H. Bradley, Dewey, Sartre, Küng, Kojève, Fukuyama, Žižek, Brandom, Iqbal) e seus detratores (Schopenhauer, Schelling, Kierkegaard, Nietzsche, Peirce, Popper, Russell, Heidegger). Suas concepções influentes são de lógica especulativa ou "dialética", "idealismo absoluto", "Espírito", negatividade, "Aufheben" / "Aufhebung" ('sublimação', 'levantar', 'abolir', 'transcender', 'preservar'), dialética "Senhor/Escravo", "vida ética" e importância da história. Era fascinado pelas obras de Spinoza, Kant e Rousseau, assim como pela Revolução Francesa. Muitos consideram que Hegel representa o ápice do idealismo alemão do século XIX, que teve impacto profundo no materialismo histórico de Karl Marx. (...)A teleologia proposta por Hegel será explicitada tanto na análise da totalidade do universo, quanto nos diversos processos e desenvolvimentos que o constituem, através do método dialético, em que as tendências contrárias (tese e antítese) se entrecrocaram resultando em uma síntese, por definição mais perfeita e completa que as anteriores. Hegel tem como mérito a criação de uma nova tendência na filosofia: a de abordar os diversos assuntos a partir da investigação de sua gênese ao longo da história. Em seu sistema filosófico, Hegel aborda o mundo físico, os animais e a humanidade de uma maneira evolutiva, em que, respectivamente, o espírito toma uma consciência cada vez maior de si mesmo.” Para mais informações: https://books.google.com/ngrams/graph?content=Hegel&year_start=1800&year_end=2013&corpus=15&smoothing=3&share=&direct_url=t1%3B%2CHegel%3B%2C0;

http://pt.wikipedia.org/wiki/Georg_Wilhelm_Friedrich_Hegel#Pensamento; e http://en.wikipedia.org/wiki/Georg_Wilhelm_Friedrich_Hegel;

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2087.

¹⁸⁹ Ibid., p. 2088. Carl Gustav Jung foi um psiquiatra e psicoterapeuta importante para o desenvolvimento da psicanálise. Era suíço e trabalhara

Esses argumentos parecem complicados para o futuro. Como será sustentar o primeiro quando tratar de direitos de transexuais¹⁹⁰ ou quando a questão psicossomática aparece como ‘espiritual’. Outro elemento é a natureza: “*Até porque, reconhecamos, nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva.*”¹⁹¹ O Relator nada vê de contraditório com a sua citação de Jung. A natureza tomada como essencial, instintiva, contradiz o processo de subjetivação. Tampouco será visto qualquer contradição no seguinte:

O que já põe o Direito em estado de alerta ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.¹⁹²

A contradição está no fato de que foi justamente necessário levar à autoridade do conflito o “irregulamentável”. Não se mencionou, neste trecho, tampouco a bigamia. Talvez, nas palavras do próprio Relator, por uma ‘intencional omissão’ nas suas razões de decidir. O tema do ‘poliamor’, que pode ser definido como mais um relacionamento íntimo simultâneo consensual, ético, responsável e não-monogâmico entre todos os envolvidos, já aparece em novelas¹⁹³, filmes¹⁹⁴, séries¹⁹⁵,

parte de sua via com Freud. Para mais informações:

http://en.wikipedia.org/wiki/Carl_Jung;

¹⁹⁰ Entre as transexuais mais famosas citamos: Roberta Close, Lea T, Carol Marra entre outr@s. Não há dúvida que a questão é polêmica, sendo que o procedimento da mudança de sexo foi incluído no rol de procedimentos gratuitos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde em 2008 (Portaria n. 1.707, de agosto de 2008), ampliando tais direitos com a Portaria n. 859 do Ministério da Saúde publicada no dia 31 de Julho de 2013

¹⁹¹ BRASIL. op. cit., p. 2088.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2089.

¹⁹³ A Rede de Televisão Globo, por exemplo, apresentou em horário nobre a novela Avenida Brasil no ano de 2012, em que o ator Alexandre Borges vivia

documentários¹⁹⁶, e, pouco a pouco se insere do discurso jurídico de forma menos negativa (a outra, que era necessariamente a amante é *promovida* à companheira). De qualquer forma, o relator traz uma relação de necessidade do direito acompanhar aquilo que se não reconhecesse lhe fugiria de controle de uma forma ou de outra. Em nenhum momento, a questão aparecerá como um resultado da presença dessa condição entre juristas, políticos, acadêmicos e outras esferas de poder simbólico, bem como o próprio poder econômico resultante dessas funções.

O Ministro Ayres Britto menciona a preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”, poderoso fator de afirmação, elevação pessoal e de auto-estima, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, conforme a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776.¹⁹⁷

Citou, da constituição brasileira, a parte inicial do art. 10: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*”. Inserindo este direito como forma também do direito à intimidade e à privacidade, e de aplicação imediata em virtude do § 1º do art. 5: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata*”. Ou seja, em tese, segundo esta lógica, os casais homoafetivos teriam direito ao reconhecimento desde 1988. Afirma:

“há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta

um relacionamento nesse estilo com as atrizes Camila Morgado e Debora Bloch.

¹⁹⁴ Há filmes de ficção que retratam o tema como 3 de Tom Tykwer (Drei, 2010), outro é o Eu, Tu, Eles de Andrucha Waddington (Brasil, 2010) com os atores Lima Duarte e Regina Casé, ainda, Castillos de Cartón de Salvador García Ruiz (Espanha, 2009), o Sexo dos Anjos (Espanha/Brasil, 2012), e outros.

¹⁹⁵ Entre os seriados que retratam essa questão há o ‘Amor Imenso’ (Big Love, 2006-2011), ou Polyamory: Married & Dating (2012-).

¹⁹⁶ Há o documentário brasileiro ‘Poliamor’ sobre o assunto dirigido por Zé Agripino, acessível em <https://www.youtube.com/watch?v=H3SbBZNotuc>.

¹⁹⁷ “Art. 1 – todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”.

conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas -, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;

Em sua síntese do voto, apresenta que *“cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana.”*

Reforça a questão do art. 5, II, da CF88 e que o desrespeito à intimidade e a vida privada como direitos individuais resultaria em *“brutal intromissão do Estado no direito subjetivo à troca de afetos e satisfação dos desejos”*. A liberdade para dispor da própria sexualidade faria parte do rol de direitos fundamentais e decorre da dignidade da pessoa humana que é *“cláusula pétra, nos termos do inciso IV do §4º do artigo 60 da CF (cláusula que abrange ‘os direitos e garantias individuais’ de berço diretamente constitucional)”*.

O Relator coloca *“o direito de explorar os potenciais da própria sexualidade”* como uma situação jurídica de *“natureza potestativa”* e que *“o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípio numa amorosa unidade”*.

Segue dizendo que *“não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada”, “Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis.”* Há pouco o relator fundamentava sua opinião em trechos constitucionais, ainda que de grande imprecisão para o trato da questão. Contudo, ve-se que neste trecho ele menciona a possibilidade

que nem a constituição poderia se voltar contra esta questão, definindo a situação como “empiricamente ineficaz”.

Para o relator, a parte mais importante é o art. 226 da Constituição,

[...] alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico).¹⁹⁸

O ministro Ayres Britto coloca a família como uma instituição social, fato cultura e espiritual, não só um instituto jurídico:

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estutura das relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim.

Para o Relator, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e as de fato ou entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e as constituídas por sujeitos homoafetivos. Trata-se de um sentido “*coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser*” sem qualquer “*significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica*”.¹⁹⁹

47. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu **fundamental atributo da coerência**, pois o conceito contrário implicaria forçar nosso Magno Texto a incorrer,

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2095.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2099.

ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. (Negritou-se)²⁰⁰

O ministro afirma que a isonomia entre os “*casais heteroafetivos*” e “*pares homoafetivos*” somente adquire “*plenitude de sentido*” no “*igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família*”, “*um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.*”²⁰¹ Sob “*Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade, ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade ‘mais ou menos’.*”²⁰²

O discurso saiu da questão biológica ou de uma discussão interpretativa, pois pontua o ministro que como são todos brasileiros, possuiriam igual direito à formação de família. A distinção entre esses grupos em estatutos jurídicos diferenciados introduziria uma noção reprovável de nós (verdadeiros) e eles (reconhecidos por um favor) em um mesmo ordenamento.

O ministro apresenta a família como base da sociedade e “*entidade credora da especial tutela do Estado*”. Uma das modalidades da constituição da família seria através do casamento civil, perante o Juiz (utilizado aqui com jota maiúsculo), ou através do casamento “*religiosamente celebrado com efeito civil*”. Entretanto, “*não é a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, literis: ‘A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos’ (art. 175, após EC n. 1, de 1969).*” Diferenciando que “*na Carta Política vencida*” a proteção era ao casamento e, agora, “*na Constituição vencedora*”, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família propriamente dita. Esta permanece ainda que o casamento se dissolva.

O relator afirma que a referência ao casamento formal seria uma homenagem da CF88 à tradição. Em suas palavras:

[...] homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio sócio-cultura-religioso à um modelo que ocorre à vista de todos, com pompa e circunstância e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote

²⁰⁰ Ibid., p. 2100.

²⁰¹ Ibid., p. 2100-2101.

²⁰² Ibid., p. 2101

juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade.

Implica em “*inquestionáveis efeitos jurídicos de monta*”, dá exemplos da pressuposição da paternidade²⁰³ na fluência do matrimônio, mudança do estado civil dos contraentes, submissão a determinadas regras de direitos sucessório que, então, justificaria essa primeira referência constitucional.²⁰⁴ A CF88 “*adiciona*”, nas palavras do ministro, um §3 para reconhecer “*modalidade de formação de um novo núcleo doméstico*” que se constitui pela “*união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”. O Relator afirma que a “*referência à dualidade básica homem/mulher*” teria uma “*lógica inicial*” de prosseguir ao incentivo ao casamento como “*reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte*”. Pois, o casamento “*tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos ‘homem’ e ‘mulher’.*”

O Relator sustenta que a referência expressa ao homem e a mulher seria para destacar a igualdade dos sexos, sem hierarquia, referenciando que que ainda hoje a mulher que se une ao homem “*sem papel passado*” pode ser:

...vítima de comentários desairosos de sua honra, [...] tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6 do Código Civil de 1916;²⁰⁵

²⁰³ Citou o próprio ministro em seu acórdão, do Código Civil: “Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;”

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2102. Lembramos que apesar da proteção constitucional, tal proteção é diferenciada entre as entidades familiares. Não se pode esquecer do artigo 1.790 do Código Civil que diferencia explicitamente as regras de direito sucessório para convivente sobrevivente e cônjuge supérstite.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2103.

A justificativa do texto como reforço à igualdade da mulher coloca o Relator numa posição interessante. O discurso relembra um passado inovador que hoje é tratado com certa normalidade e, ainda, faz uma associação simpática entre os homoafetivos e as mulheres. Um paralelo de emancipação de minorias. Assim, o “progresso” constitucional caminharia para uma eliminação dessas distinções injustificadas, nesse ponto, cita o § 4 do art. 226.²⁰⁶ Afirma, então,

que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressucitar o mencionado caput do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes²⁰⁷, que não se separe por um parágrafo (esse §3) o que a vida uniu pelo afeto.

Ou seja, tal tipo “*reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz....*”. As duas figuras, casamento e união estável, se distinguiriam apenas enquanto regime, mas quanto ao resultado, seriam idênticas: constituição de nova família. O ministro sustenta que não há hierarquia entre as formas de constituição de um novo núcleo doméstico: “*inexiste essa figura de sub-família, família de segunda classe ou família mais ou menos*”.²⁰⁸

O Relator coloca novamente que família seria uma entidade própria e não se inclui em “*nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta nossa Constituição, ela, família, só pode ser uma ‘entidade ... familiar’.*” Compara com a “*técnica redacional*” utilizada para chamar de “*entidades autárquicas*” (inciso I do §1º do art. 144 da CF) as “*autarquias*” (§3º do art. 202) e manifesta que ninguém teria se insurgido para sustentar a tese que entidade autárquica não é autarquia. Ao sustentar que a família é uma instituição própria o Relator

²⁰⁶ Ibid., p. 2103.

²⁰⁷ Sérgio da Silva Mendes é servidor público e assessor do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, formou-se em direito pela Universidade Tiradentes (1986-1989) e Mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (2002-2004), o ministro faz referência à publicação “Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo” publicado na Revista Forense (v. 414, p. 287-308, 2011). Para mais informações sobre o autor:

<http://lattes.cnpq.br/0221247988263350>.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2104.

pode lavar as mãos sobre uma análise constitutiva para passar a uma análise declarativa: reconhecer o que ali está.

A diferença entre a “união estável” e o “casamento civil” seria a submissão daquela “à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226).”²⁰⁹

O ministro Ayres Britto ainda relata que há uma “terceira e expressa modalidade” de família na “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Em suas palavras, “É o que a doutrina entende por ‘família monoparental’, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável.” Dá como exemplo do absurdo que seria, a condição da mulher que perde o marido, que estaria rebaixada da condição família, ainda que tivesse filhos.

Inicia a discussão, então de que o rol do art. 226 seria apenas enunciativo e “nunca taxativo”. Esta é uma discussão sempre comum no direito como forma de autorizar ou afastar uma interpretação com resultado extensivo. Na opinião do ministro, não se poderia recusar a condição de família àqueles descendentes criados pelos avós, ou às famílias compostas por tios e sobrinhos. Ainda:

Como não se pode pré-excluir da candidatura à adoção ativa de pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de empareiramento.²¹⁰

Assim, conclui seu julgamento e dá por prejudicado parte da ação ADPF n. 132-RJ, conhecendo o resto como ADI e julgando ambas procedentes:

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as

²⁰⁹ Ibid., p. 2105.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2106.

mesmas consequências da união estável heteroafetiva.²¹¹

3.2 Luiz Fux

No discurso do Ministro Luiz Fux, há um trabalho em conferir um *pedigree* ao direito, no caso, aos deveres de proteção do Estado. Está em seu discurso o método (na teoria), o renome (na citação dos juristas), e a corrente (na reunião das citações) que reforçariam a sua autoridade na questão:

Há que se vislumbrar a existência da pertinência temática em virtude da cognominada teoria dos **deveres de proteção (Schutzpflichten)**, relevante consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. [...] Na lição de **Daniel Sarmiento** (A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos Fundamentais: 297/332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 298 e seguintes) e **Ingo Wolfgang Sarlet** (A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141 e seguintes), os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.(Negritou-se)²¹²

O Ministro confere ao argumento uma origem em teoria alemã, cuja associação na formação jurídica brasileira está associada à seriedade no tratamento de assuntos constitucionais:

A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais **tem berço no direito alemão**, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espreado sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa,

²¹¹ Ibid., p. 2107.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2113.

administrativa e judiciária. Traduz-se na “**mais-valia**” **jurídica** a que se refere **José Carlos Vieira de Andrade** (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2. edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 138), vale dizer, um reforço de **juridicidade** das normas de direitos fundamentais, que dispõem de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva. (Negritou-se)²¹³

O Ministro Luiz Fux afirma que o Estado deve “*atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.*”²¹⁴ O discurso desse ministro vai além da não intervenção e do igual tratamento, mas efetiva proteção diante de ameaças no exercício da atividade legislativa, inclusive. Tal postura confere uma expansão da sua própria atuação e de seus poderes enquanto julgador. Poderes que irão permitir a existência de procedimentos capazes de efetivá-los:

Nesses casos, deriva das normas constitucionais definidores desses direitos fundamentais que a organização e o procedimento capazes de afetá-los sejam conformados de modo a assegurar o seu exercício ou a sua efetividade, observada a ponderação dos valores jusfundamentais em causa. Esta conformação **pode** estar prevista na própria Constituição, na legislação infraconstitucional **ou, ainda, decorrer implicitamente** das das normas definidoras dos direitos fundamentais. [...] Acolhe-se, destar, a proposta de **Felipe Derbli** (O papel do Estado-membro no controle abstrato de direitos fundamentais. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo (Org.). As perspectivas da Adocacia Pública e a Nova Ordem Econômica. Florianópolis: OAB/SC. Editora, 2006, v. , p. 133-154), para reconhecer que é a missão do Estado-membro atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais e, nesse mister, provocar o controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público – *in casu*, do Poder

²¹³ Ibid., p. 2113.

²¹⁴ Ibid., p. 2113.

Judiciário – mediante o ajuizamento, por seu Governador, da ação direta de inconstitucionalidade.”²¹⁵

O ministro então, em suas palavras, estabelece “*premissas fundamentais para a apreciação da causa*”, em primeiro lugar “*a homossexualidade é um fato da vida*”, pois:

...há indivíduos que são homossexuais e, na formação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.²¹⁶

A segunda premissa é a “*de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual*” e a terceira, consectária, “*a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença*”. Esta condição não constituiria doença, desvio ou distúrbio mental.²¹⁷

Desta maneira, houve um aval científico que contribui para a análise daquele status jurídico já colocado no voto do Relator. A quarta das premissas é que os homossexuais constituem relações contínuas, duradouras, de afeto e assistência com a finalidade de compartilhar projetos de vida, representando mais de 60 mil uniões declaradas de acordo com o Censo de 2010 do IBGE.²¹⁸

Logo, faz parte da discussão a relevância da situação, tanto no seu aspecto declarativo, como no seu aspecto quantitativo e duração temporal. Vejamos o que ele denominou de quinta premissa, que “não é fática, mas jurídica”:

...não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5,

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2115.

²¹⁶ Ibid., p. 2117.

²¹⁷ Ibid., p. 2118.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2118.

inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.²¹⁹

Contudo, ele vai além da “ausência de negação”, mostra como efetivamente opera a mudança de ‘mentalidade’ jurídica:

Poderia dizer-se, com algum cinismo, que se trata de ‘ato jurídico inexistente’, vetusta e míope categorização, felizmente há muito abandonada. **(É curioso recordar, aliás, que as clássicas lições do Direito Civil não raro mencionavam, como exemplo de ‘ato jurídico inexistente’, o casamento entre pessoas do mesmo sexo...)** Como já se sabia em Roma, *uvi societates, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o **direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos postos**. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que portanto, merecem tratamento pelo direito.²²⁰

O Ministro Luiz Fux passou para a discussão: deveria a união homoafetiva ter o mesmo tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher? Nesse ponto, o Ministro Luiz Fux reforça a sua perspectiva do Superior Tribunal Federal que, em particular, nos casos em que se trata de “*direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.*”²²¹

Observa o Ministro Luiz Fux que a corte poderia, “aqui e agora”, firmar “*posição histórica e tornar público e cogente*” que o Estado não seria indiferente à questão, opondo-se aos preconceitos aos “*homossexuais em qualquer de suas formas*”.²²²

A leitura do ministro Luiz Fux, sobre o art. 226, é que a proteção do Estado à família seria uma garantia institucional para assegurar a permanência da instituição familiar...

²¹⁹ Ibid., p. 2118.

²²⁰ Ibid., p. 2.119.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2119.

²²² Ibid., p. 2120.

...preservando invariavelmente o mínimo de **substantividade** ou **essencialidade**, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, [...]’, sob pena de **pericemento dessa instituição** protegida. (...) (cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542). [...] Com efeito, a ordem constitucional instituída em 5 de outubro de 1988 **funcionalizou o conceito jurídico de família**, como se vê na lição de Gustavo Tepedino (A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In: Temas de Direito Civil. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397-398), verbis:²²³

O texto de Tepedino citado pelo Ministro apresenta a família como “*instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos*”. Tutela que está “*funcionalizada à dignidade de seus membros*”. Este traçado permitiu-lhe dizer que “*não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais.*”²²⁴

A posição destaca um dever ao direito de dar permanência e continuidade à comunidade. E, aqui, a família é colocada como a base da sociedade em que parte de seus valores são produzidos e reproduzidos, uma relação funcional com o próprio Estado. O Ministro Luiz Fux, então, questionará o que caracterizaria uma família do ponto de vista ontológico? De início, afasta a questão sanguínea, mesmo quando este ponto já foi tão relevante. Os cônjuges ou companheiros, não familiares, poderiam ser considerados família mesmo quando não possuem filhos. Ademais, haveria a possibilidade de formar família através da adoção. Sequer a coabitação seria um requisito, visto que a família não se desintegraria quando um filho iria estudar no exterior:²²⁵

O que faz uma família é, sobretudo o amor – não a mera afeição entre indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíproco entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a

²²³ Ibid., p. 2.120.

²²⁴ Ibid., p. 2.121.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2.122.

existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro da vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.(Negritou-se)²²⁶

O afeto retorna ao discurso, pois é o atual substituto do vínculo sanguíneo. Contudo, parece relevante a questão de colocar a família como referência para o indivíduo e para a sociedade. Essa questão pode ser verificada em outros dispositivos do código civil, como o colocado dever de suporte recíproco que age em coordenação com a preocupação do Estado com os riscos sociais . É o caso da perspectiva do direito previdenciário, por exemplo. Para o Ministro Luiz Fux, não há hierarquia entre as entidades, por tal motivo, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe qualquer distinção ontológica, funcionando substancialmente do mesmo modo. Nada as distingue também, considerando seus requisitos:

Neste diapasão, a distinção entre uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de Robert Alexy (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico. [...] ... “para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo (‘[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]’) e também no inciso IV do art. 3º (‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’) e

²²⁶ Ibid., p. 2123.

ainda, no art. 5º, caput (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”).²²⁷

O preconceito possui uma relação com o sistema axiológico de referencia que é equivocadamente chamado de moral pela normatividade decorrente deste sistema de valores. Há uma preocupação da relação entre direito e moral no discurso do ministro, mas ele coloca que:

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito. É esta a base da leitura moral da Constituição propugnada por Ronald Dworkin (Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8) que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro.²²⁸

Ainda, sobre a igualdade, o Ministro Luiz Fux cita Dworkin na obra *A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade* (Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII).²²⁹ O Ministro Luiz Fux sustenta que “*compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades*” e “*que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais.*”²³⁰

Sobre este dever do Estado, também cita o Ernst Benda em seu argumento, remetendo-se “*à questão da autonomia privada dos*

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2.123.

²²⁸ Ibid., p. 2.123.

²²⁹ Ibid., p. 2124: O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da consideração igualitária – é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2124.

indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como centro da dignidade da pessoa humana.”²³¹ A sexualidade estaria ligada à dignidade da pessoa humana por meio dos direitos da personalidade:

A homossexualidade, como antes sustentado, é elemento integrante da personalidade do indivíduo, que, nas lições do já referido Gustavo Tepedino (A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In Temas de Direito Civil. 3. edição. Rio de Janeiro: renovar, 2004, p. 48), identifica-se com o conceito de capacidade jurídica – autonomia, portanto – serve de raiz aos direitos da personalidade, dentre os quais está o direito à própria identidade, à sua identificação.²³²

O ministro não encerra a questão no respeito e consideração. Cita a professora Nancy Fraser²³³ para argumentar pela necessidade de tratar efetivamente da “*política do reconhecimento*” em que “*o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito...*”:

[...] Um exemplo que parece aproximar-se deste tipo ideal é o de uma sexualidade desprezada, compreendida através do prisma da concepção weberiana de **status**. Nessa concepção, a **diferenciação social** entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de **valor cultural** que constituem a **heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível**. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais não falta apenas reputação para participar integralmente da vida social, até mesmo o direito de existir. **Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de**

²³¹ Ibid., p. 2125.

²³² Ibid., p. 2126.

²³³ Retirado de: Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de justiça. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e direitos humanos. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Jureis, 2010, p. 167

subordinação de status, incluindo a vergonha ritual, prisões, ‘tratamentos’ psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento. [...] (Negritou-se)²³⁴

Nas próprias palavras do ministro sobre o silêncio normativo, aqui entendido como não reconhecimento:

O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição.²³⁵

A política do reconhecimento seria imperiosa por “*admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra.*” O Ministro Luiz Fux sustenta um dever de acolher uma pretensão legítima de igualdade de tratamento para a existência de orientações sexuais diversas que podem vir a constituir relações familiares com “*atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros*”. Aqui surgem dois tópicos essenciais: a boa fé e a ausência de dano.²³⁶

A doutrinadora Maria Martin Sanchez²³⁷, citada pelo Ministro Luiz Fux, afirma que há uma limitação na liberdade de atuação do

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2126.

²³⁵ Ibid., p. 2128.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2128-9.

²³⁷ Sua tese de doutoramento que analisou a lei 13, de 1º de julho de 2005, que alterou o Código Civil espanhol para admitir o casamento entre pessoas do

indivíduo através do “*não reconhecimento*” e da “*omissão na Lei*” que “*só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional...*”. No entanto, não existiria nenhum destes em risco, ao contrário e, ao contrário, neste caso o reconhecimento dará previsibilidade à vida desses interessados em temas como a sucessão de bens, pensão outras formas de proteção e assistência à família.²³⁸

Diferente da grande parte dos votos presentes na decisão, neste raciocínio, houve uma aderência da questão à segurança jurídica e, assim, coordenando o resultado com a própria funcionalidade do direito.

Tal fato é importante, pois o atrelamento das questões ditas vanguardas aos direitos fundamentais e, em especial, sob o guarda chuva do pan-princípio da dignidade da pessoa humana está pouco a pouco descapitalizando este símbolo com uma ‘banalização’ de sua aplicabilidade.

O Ministro Luiz Fux passa a tratar do reconhecimento jurídico e “*progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário.*”²³⁹ As decisões judiciais na última década que reconheceram aos homossexuais o direito à percepção de pensão por morte de seus parceiros. Já no início mencionou-se que o voto possui uma linha subjacente de estabelecer um pedigree histórico para tutela desse direito que se apresentará como uma conclusão quase que lógica. Em especial, tem-se neste voto como marco a decisão da Ação Civil Pública n. 200.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que ocasionou a redação da Portaria INSS/DC n. 25, de 07 de junho de 2000, estendendo aos parceiros homoafetivos os benefícios da pensão por morte e do auxílio-reclusão. O fato de a ação ter sido ajuizada pelo próprio MPF e não por uma associação altera significativamente a maneira que a questão é percebida: não é pretendida por alguém de fora, mas efetivamente por um dos autorizados a falar em nome do direito²⁴⁰. O Ministro Luiz Fux também relata a edição pelo Ministério da Previdência Social da Portaria MPS n. 513, de 9 de dezembro de 2010, cujo artigo 1º afirma:

mesmo sexo: Matrimonio Homosexual y Constitución. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 115.

²³⁸ BRASIL. op. cit., p. 2129

²³⁹ Ibid., p. 2129

²⁴⁰ Autoridade discursivamente competente, em um sentido Foucaultiano.

Art. 1. Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O Ministro Luiz Fux segue sua análise, apresentando um movimento entre o poder judiciário e o poder executivo e passando do direito previdenciário para o direito tributário. Identifica-se que o discurso de reconhecimento no direito não é um bloco uniforme: esse se constrói através de um ramo e se difundiria para outros ramos, até alcançar o que supostamente seria almejado: o reconhecimento constitucional para que possa surtir seu efeito em todos os campos do direito positivo. Relata o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional n. 1503, de 10 de julho de 2010, pela juridicidade da inclusão do companheiro(a) homoafetivo(a) como dependente para efeito de dedução do Imposto de renda, desde que preenchidos os demais requisitos previstos em lei para a configuração da união estável.

Este parecer serviu não só para a declaração seguinte, Declaração Anual de Ajuste do exercício de 2011, mas foi utilizado como fundamento para promover a retificação das declarações anteriores.²⁴¹ Novamente, uma daquelas situações em que o reconhecimento atual, efetivamente constitutivo, é visto como uma declaração daquilo que já era, permitindo uma ação retroativa.

Segue o Ministro Luiz Fux fazendo referência agora, não mais nos diferentes ramos do direito, mas no reconhecimento local da questão em oposição ao reconhecimento nacional no STJ e STF. Um trabalho de pluralismo jurídico entre a noção de federal, estadual ou municipal, trabalhada de forma não declarada. Dada as competências materiais para legislar dos estados, boa parte desta questão restringiu-se aos direitos previdenciários dos servidores públicos estaduais.²⁴²

²⁴¹ http://www.receita.fazenda.gov.br/automatico/SRFnot/2010/08/02/2010_08_02_13_02_22_876601216.html

²⁴² “no próprio Estado do Rio de Janeiro, a Lei n.º 5.034, de 29.05.2007 e, posteriormente, a Lei n. 5.260, de 11.06.2008; no Estado de São Paulo, a Lei Complementar n.º 180/78; no Estado de Santa Catarina, a Lei Complementar n. 412, de 26 de junho de 2008; no Estado da Paraíba, a Lei n. 7.517, de 30.12.2003; no Estado do Rio Grande do Norte, a Lei Complementar n.º 308, de 25 de outubro de 2005, e assim por diante.”

Logo, o ministro afirma que sua decisão, o acolhimento dos pedidos, será “*não um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões*”. Ve-se esse paradoxo repetido, de dizer-se novo, mas ao mesmo tempo, nada inovador, pois o signo da inovação opõe-se ao signo da estabilidade das expectativas, sua funcionalidade primordial na capitalização do signo da confiança necessário para a comunidade. De forma que o que mudaria é sempre a sociedade, o judiciário pode, nesse discurso, apenas tornar o direito adequado:

É o momento, pois, de se adotar a interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei n.º 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os combatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio de nossa sociedade, atentando-se para a dicção de Konrad Hesse (A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23), verbis: [...] Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. [...] **Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa.** (Negritou-se)²⁴³

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2.131

O Ministro Luiz Fux critica a utilização da interpretação literal como forma de sustentar uma objeção à equiparação das uniões homoafetivas às uniões heterossexuais. Fundamenta-se na *intenção* da inserção da norma constitucional, que teria como objetivo à época incluir um fato tomado como dado, a existência de uniões estáveis no caso, e conferir-lhes a proteção jurídica dada a instituição da família. Seria, utilizando o termo que ele escolheu para designar essa intenção: “*norma de cunho indiscutivelmente emancipatório*” e sua interpretação restritiva teria caráter perverso.²⁴⁴ Ainda, destacou que o STF já se manifestou favoravelmente à produção válida de efeitos de relações homoafetivas.²⁴⁵

É importante notar não só a existência concreta de diversas ações no sentido de promover o reconhecimento, mas efetivamente a retomada discursiva das ações no momento da decisão. O Ministro Luiz Fux destaca que o reconhecimento das uniões homoafetivas não é só um ganho de direitos, mas também de obrigações legais, referindo-se à igual de necessidade de comprovação da existência de convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar. Contudo, ressalva a análise da publicidade da relação, considerando que deve ser analisado com temperança em função da história de

[...] muitos relacionamentos que tenham sido mantidos em segredo, com vistas à preservação dos envolvidos do preconceito e da intolerância – em alguns casos, a plena publicidade da união poderia prejudicar a vida profissional e/ou as demais relações pessoais dos indivíduos, frustrando-lhes ainda mais o exercício de seus direitos fundamentais. [...] É por essas tantas razões que voto pela procedência dos pedidos formulados na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 – nesta, o respectivo pedido subsidiário – e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4.277, de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) interpretado

²⁴⁴ Ibid., p. 2.132.

²⁴⁵ Ibid., p. 2.132. “É importante que se diga que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente à produção válida de efeitos de relações homoafetivas, em decisões monocráticas multicidadas nestes autos (Pet 1.984, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.02.2003 e ADI 3.300, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.02.2006).”

conforme a Constituição, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.²⁴⁶

Em seu aditamento ao voto, o Ministro Luiz Fux traz questões interessantes sobre o foro pessoal da autoridade. É uma pista da experiência enquanto formadora daquela imagem que compõe as redes simbólicas do direito:

Entretanto, à luz da dinâmica do julgamento de ontem, que foi, poder-se-ia dizer, extremamente emocionante, onde se fundiu, aqui, paixão e razão, entendi, também, importante deixar fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível para a sociedade, que talvez tenha se tornado mais sensível até pela postura singular dos eminentes profissionais que assumiram à tribuna, e eu queria pedir vênias a todos os profissionais que intervieram para fazer uma homenagem específica ao Professor Luís Roberto Barroso, que conseguiu demonstrar exatamente aqui que Piero Calamandrei, na sua obra “Nós, os juizes”, afirma de forma muito singular que o que o distingue o advogado do magistrado: é que o advogado trabalha com paixão e o magistrado, em regra, com a razão. Mas também costumo dizer que, por debaixo da nossa toga – não é Ministro Ayres? – também bate o coração de um homem.

E esse julgamento de ontem me impôs um mergulho no meu passado, porquanto, como juiz de carreira, eu poucas vezes frequentei um juízo de família. Eu trabalhei mais no juízo cível e, paradoxalmente, no Superior Tribunal de Justiça, durante dez anos, funcionei na Seção de Direito Público. [...] E, talvez, num exemplo extremamente singular em relação ao que ontem se pôs aqui, sob o enfoque da conceituação de família, é que, na qualidade de Juiz cível, eu prestava um plantão de fim de semana, quando,

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2132-2133.

então, recebi uma senhora que pretendia a obtenção de uma liminar *sui generis*. O que ela visava era poder velar o corpo daquele que fora seu grande amor, mas que com ele não mantivera matrimônio; não era casada. Ele, inclusive, tinha parentes que visavam impedi-la de velar o corpo daquele que fora a pessoa amada durante toda a sua vida. E o amor era tão intenso, que ela abriu mão de uma família tradicionalmente constituída; abriu mão de ter filhos. Mas o grande reclamo dela era exatamente esse. Ela dizia: Sr. Juiz, esse homem foi a minha família; eu vivi em função desse homem, e ele compôs a família que eu tive.

E esse exemplo de outrora me faz, efetivamente, repensar sobre essa questão de equiparação de uma união homoafetiva a uma família, porque, naquele caso específico, o núcleo central era o amor, a identidade e, sem dúvida alguma, alguns projetos de vida que eles conseguiram realizar.²⁴⁷

O Ministro Luiz Fux faz uma analogia com a sua percepção do trabalho do jurista Hans Kelsen e desenha aquilo que pode ser comparado ao paradigma atual da ciência e a relação com a refutabilidade:

Kelsen estudou a vida inteira o que era Justiça, lavrou uma obra ‘O sonho da justiça’, outra obra ‘Ilusão da justiça’, ‘O império da justiça’ e a obra que lavrou no ocaso de sua vida ‘O que é a justiça’. Diz ele: ‘O importante não é obter a resposta, senão não parar de questionar e parar de perguntar’. Então, se essa é uma questão de justiça, o que nós temos de empreender é exatamente uma resposta, buscar a resposta para essa questão que se afirma ser uma questão que encerra uma solução de justiça.²⁴⁸

O Ministro Luiz Fux apresentou uma comparação entre propriedade e família. Ambas só adquirem tutela jurídica “*conquanto ela cumpra sua finalidade social*” o que, na família, seria “*conquanto*

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2.134-2135.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2136.

ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana”. Nesse caso, a pretensão é “sair do segredo”, “vencer o ódio e a intolerância em nome da lei”, “é a equiparação à união estável, que foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas.”²⁴⁹ Seu encerramento do aditamento:

E, se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela e a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes. [...] De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial – mas a vida é uma ousadia, ou então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo. [...] Acompanho integralmente Vossa Excelência.²⁵⁰

3.3 Cármen Lúcia

A Ministra, em sua antecipação ao voto, cumprimenta os colegas ministros, elogia os votos pronunciados e faz, em especial, uma referência aos advogados que assumiram a tribuna e o Ministério Público, “em uma comprovação de que não há possibilidade de chegarmos a julgamentos com todas as peças e argumentos necessários para que busquemos aquilo que é o nosso objetivo: a realização da justiça material, a prestação da jurisdição.”²⁵¹

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia inicia verificando se “*haveria guarida constitucional para a pretensão dos Autores, a saber, dar-se interpretação conforme à Constituição ao art. 1723 do Código Civil...*”. A Ministra Cármen Lúcia afirma que enquanto um direito parece uma obviedade, uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades consolidadas, é árdua para a geração que luta por sua aquisição: “*Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha,*

²⁴⁹ Ibid., p. 2137-2138.

²⁵⁰ Ibid., p. 2.143-2.144.

²⁵¹ Ibid., p. 2.145.

*que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos.*²⁵²

Os direitos aparecem como uma conquista histórica, contudo o tema não aparece polemizado com a devida precisão teórica. É dizer, ao direito não seria novidade as dinâmicas políticas e econômicas na democracia para a positivação de direitos, por outro lado, já é bem mais desgastante considerar a batalha política, econômica e simbólica acontecendo diretamente no judiciário. Reconhece-se apenas a forma simbólica através dos institutos do *amicus curiae* e da audiência pública. Para a Ministra Cármen Lúcia:

[...] o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito. [...] O que se está aqui a analisar e discutir é porque há de se adotar a melhor interpretação da norma do art. 1.723 do Código Civil em consonância com os princípios constitucionais para se concluir qual a interpretação daquela norma a ser adotada, afastando-se outras, que, em sua literalidade, também seriam possíveis.²⁵³

A Ministra segue repetindo o raciocínio do Ministro Ayres Britto, fazendo a interpretação do Art. 1.723 justaposto ao parágrafo 3º do Art. 226 da Constituição Federal. Estabelece sua realidade:

Considerando o **quadro social contemporâneo**, no qual se tem como **dado da realidade** uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, **reações graves** de intolerância quanto a pessoas que, no **exercício da liberdade** que lhes é **constitucionalmente assegurada**, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente **razoável** que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.

Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2146, ainda a Ministra faz referência à Bobbio.

²⁵³ Ibid., p. 2148, ainda a Ministra faz referência à Guimarães Rosa. Inserir breve resumo sobre Guimarães Rosa, mencionar Grande Sertão: Veredas.

concretização de valores nela adotados como princípios. (Negritou-se)²⁵⁴

A Ministra Cármen Lúcia expressa que não seria razoável supor que “*qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema*”:

Ensina José Afonso da Silva que ‘a tarefa da hermênutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua **relação com o espírito da época** – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro chamar de ‘hermenêutica contextual’ (SILVA, José Afonso da – Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15) [...] **É exato que o §3º do art. 226 da Constituição é taxativo** ao identificar que ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar’.²⁵⁵

Essa taxatividade, contudo, para a Ministra Cármen Lúcia, não poderia significar que a união homoafetiva seja constitucionalmente intolerada. A Ministra se contrapõe ao voto anterior nesse sentido ao dizer que:

Contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição, pretendesse significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembleia Constituinte demonstram que assim não foi.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2149.

²⁵⁵ Ibid., p. 2149-2150.

Mesmo assim, a taxatividade não significaria que a *equiparação* não fosse possível através de outros direitos fundamentais: liberdade, igualdade, respeito, intimidade. A Ministra ressalta que para ser digno, há que ser livre, incluindo a liberdade da escolha sexual, sentimental e de convivência comum. Só que expressa que o problema maior com a indignidade é que o “*o que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático.*”²⁵⁶

A Ministra utiliza o princípio consignado no artigo 3, inciso III da CF88 para afirmar que seria um contrassenso pretender uma aplicação que conduza ao preconceito e à discriminação. Há aí uma questão interessante, o texto constitucional é vontade positivada, mas essa vontade é retomada contra suas próprias intenções. É o que se conclui do voto desta Ministra, quando vai opor a necessidade de equivalência jurídica das uniões com a taxatividade lecionada pelo doutrinador José Afonso da Silva:

Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não podem ser desiguados em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.²⁵⁷

Cita o art. 1, inciso III, da CF. Cita novamente “Professor José Afonso da Silva”:

o intérprete da Constituição tem que partir da ideia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação desvendar o sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado, para além mesmo do seu conteúdo material (Op. cit., p. 14)

Daí porque, ao interpretar o art. 226 da Constituição, aquele autor assinala que: “a entidade familiar fundada no casamento, portanto, não é mais a única consagrada pelo direito constitucional e, por consequência, pela ordem jurídica em geral; porque direito constitucional e, por consequência, pela ordem jurídica em geral;

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2151.

²⁵⁷ Ibid., p. 2152.

porque é da Constituição que irradiam os valores normativos que imantam todo o ordenamento jurídico. *Ex facto oritur jus* – diz o velho brocardo latino. A realidade é causadora de **representações jurídicas** que, até um certo momento, **permanecem à margem do ordenamento jurídico formal**; mas a **pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas**, até o momento em que o legislador as disciplina, **exatamente para contê-las no campo do controle social**. Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental? (Opç cit., p. 863). [...] A interpretação **correta** da norma constitucional parece-me, portanto, na sequencia dos **vetores** constitucionais, ser a que conduz ao **reconhecimento do direito** à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual. (Negritou-se)²⁵⁸

Novamente reitera-se em voto a discussão reiterada sobre taxatividade. Vê-se que a taxatividade de um dispositivo também pode oscilar no tempo, mutável. Este trecho do voto da ministra permite a conversão de interpretação inválida em efetivo direito exigível, mediante o transcurso do tempo, aqui, nomeado: pressão dos fatos. A escolha daria-se no espaço da intimidade de cada um e cita o art. 5, inciso X, da CF88, que se projeta para o plano social e necessita da segurança estatal contra a discriminação pelo exercício dessa sua liberdade.²⁵⁹ Só que se observa que a noção do espaço da intimidade, este ao qual o direito supostamente não deveria invadir, garantindo a autonomia é dependente de um espaço público. Como foi observado no

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2153.

²⁵⁹ Ibid., p. 2154.

voto já do Ministro Luiz Fux, a publicidade é necessária para tornar a pretensão legítima com o passar do tempo.²⁶⁰

A Ministra Cármen Lúcia sustenta que considera o pluralismo político uma “*expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político*”. O pluralismo seria social, para se expressar no plano político. Ela define esse pluralismo social como “*a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções*.” Continua a Ministra, que o pluralismo está expresso no art. 1, inciso IV, da CF e no preâmbulo.²⁶¹ Conclui que tolher a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo seria contrário aos princípios constitucionais – já citados – que fundamentam o referido pluralismo político e social:

Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como precedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmo direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva.”²⁶²

3.4 Explicação – Intervenção de Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes começa sua exposição dizendo que em sua leitura, o texto em discussão não justificaria uma ADI ou ADPF. O único argumento que poderia justificar a tese da interpretação conforme, diz ele, é que quando se levanta a possibilidade de se ter a

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011., p. 2.154: A análise desta norma constitucional demonstra ser bem larga a esfera de inviolabilidade da pessoa que, nos termos do constitucionalismo positivo, ‘abrange o modo de vida doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos secretos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo’ (SILVA, José Afonso da – op. cit., p. 100).

²⁶¹ Ibid., p. 2.154.

²⁶² Ibid., p. 2.155.

união estável entre pessoas do mesmo sexo, e seria o dispositivo 1.723 invocado como uma proibição.²⁶³

Em suma, o Ministro sustenta que há a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas não com base no texto, dado o peso da sua literalidade. Apenas com base na conjugação de princípios, de forma que a procedência da ação significaria a impossibilidade de invocar o artigo 1.723 em uma interpretação que cause óbice àquela pretensão. E encerra: “*Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.*” Explicação com a qual a Ministra Cármen Lúcia concorda.²⁶⁴

3.5 Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski inicia seu voto estabelecendo o recorte da questão em

à possibilidade de conferir-se uma interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil (...), a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.²⁶⁵

Ele inicia a questão considerando essencial “*desvendar o conceito jurídico-constitucional de família*”. Há um conceito geral, há um conceito jurídico e há um conceito jurídico-constitucional. E, então, recordando que todas as constituições brasileiras anteriores vinculavam a ideia de família ao instituto do casamento, realizando citações diretas. Duas constituições, de 1937 e de 1946, afirmam que a família é

²⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011., p. 2.156, pois “em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.” Fala sobre o receio do desgaste do poder do STF: “É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, por que o texto é quase um declaque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.”

²⁶⁴Ibid., p. 2.157.

²⁶⁵Ibid., p. 2.159.

constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel. A constituição de 1967 na redação original e após a sua emenda constitucional de 1969 afirma que a família é constituída pelo casamento, sem se referir ao vínculo indissolúvel.²⁶⁶

O Ministro então explicita que a presente constituição não estabeleceu a necessidade deste vínculo, ainda, que a presente constituição teria identificado e abrigado três tipos de família: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental. Esta sua constatação, segundo ele, já teria sido observada pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do Recurso Extraordinário n. 397.762/BA, em sua exegese do art. 226 da CF88.²⁶⁷

O Ministro menciona que dissentiram deste entendimento o Ministro Marco Aurélio, então Relator, como os demais Ministros que, à época, integravam a egrégia Primeira Turma do STF. Para este, a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria condição sem a qual aquela não poderia ser reconhecida como entidade familiar, resignando-se a um reconhecimento de mera relação de concubinato. O Ministro ressalta que, tal como o Ministro Menezes Direito, o “*legislador constituinte*” teria deixado ao “*direito positivo infraconstitucional*”, consignar o instituto da união estável, destacando tratar-se de uma relação duradoura desenvolvida entre indivíduos de gênero *distinto*.²⁶⁸

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2159: “i) Constituição de 1937: ‘Art. 124. **A família, constituída pelo casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.’ ii) Constituição de 1946: ‘**Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel** e terá direito à proteção especial do Estado.’ iii) Constituição de 1967: ‘Art. 167. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.’ iv) Emenda Constitucional 1/1969: ‘Art. 175. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos’ (grifos meus)” (grifos do original).

²⁶⁷ Ibid., p. 2160-2161: “E disse mais esse ilustrado membro da Suprema Corte: ‘(...) a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formações, de modo a constituir uma terceira via: o **tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda, sem condições jurídicas par tanto**’ (grifos no original)”.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p.

O Ministro parte deste argumento para concluir que não seria possível, portanto, enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família. Faz a ressalva que não se trata de interpretar a constituição a partir do direito ordinário, o código civil, o que configuraria, segundo o próprio ministro “*prática proscrita segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional*”. Trata-se de “integrar” conceitos explicitados na constituição com o Direito de Família. Para justificar a sua concepção, cita excertos das discussões travadas na Assembléia Constituinte, quando se votou o referido dispositivo, concluindo-se que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas do sexo distinto:²⁶⁹

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), §3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.’

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showtástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §º: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

2161: “Nessa mesma linha, o Min. Menezes Direito assentou que ‘nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar ‘união estável’ a uma situação de fato (...)’.

Em idêntico diapasão manifestou-se a Min. Cármen Lúcia no tocante à união estável, afirmando que ‘a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento’.

[...] “o qual é expreso em consignar, seja no art. 1º da Lei 9.278/96, seja no art. 1.723 do Código Civil que tal instituto caracteriza-se pela ‘convivência pública contínua e duradoura estabelecida como (sic) o objetivo de constituição de família’, sempre ‘**entre o homem e a mulher**’ (grifei).”

²⁶⁹ Ibid., p. 2.162.

entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'. Claro que nunca foi outro o desiderado desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREITE: Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): Concedo a palavra ao Relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).²⁷⁰

O Ministro continua sua exposição dizendo que não haveria como [...]cogitar-se de uma mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de ‘cláusula pétrea’, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.²⁷¹

Portanto, uma maneira de negar o direito sem comprometer-se politicamente é dizer que nada poderia ser feito em razão da competência legal. A extensão da competência de uma autoridade é também resultado de um processo de interpretação. Situação similar aconteceu no notório caso do “mensalão” no ano de 2013, em que a comunidade jurídica sequer sabia se o recurso utilizado, embargos, seria

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2.162-2.163.

²⁷¹ Ibid., p. 2.163.

conhecido pelo Ministro Celso de Mello. O Ministro afirma que a atuação do Judiciário não é mais

[...]acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. [...] Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *zeitgeist* vigente à época a subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.²⁷²

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, a construção principiológica cessa com a verificação de uma norma existente. Como se mencionou nos capítulos anteriores, a questão é muito mais complexa, seja pelo argumento já trazido pela Ministra Cármen Lúcia quando citou José Afonso da Silva, seja pela própria antinomia gerada pelo texto positivado, seja também pela ausência de qualquer suporte não escrito, o que constitui um costume *contra legem*.

O Ministro Ricardo Lewandowski defende que a “relação homoafetiva” não se caracteriza como uma união estável, mas é uma outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, “*não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna*”, a qual pode ser deduzida a partir de uma “*leitura sistemática*” do texto constitucional e, sobretudo, “*da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise*.”²⁷³ Conclui que, uma vez que não há proibição legal e é um dado da realidade fenomênica, devem ser reconhecidas pelo Direito, “*ex facto oritur jus*”:

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2.163.

²⁷³ Ibid., p. 2.163.

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa e ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.²⁷⁴

O Ministro Ricardo Lewandowski então sustenta que, sendo diferentes e próximos, a lacuna existente referente a este quarto tipo de família seria suprida pela aplicação, no que couber, da disciplina normativa mais próxima, “mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia”. Cita o “mestre Canotilho”²⁷⁵:

“A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio).

Interpretação e integração consideram-se hoje como dois momentos da captação ou obtenção do direito, isto é, não se trata de dois procedimentos qualitativamente diferentes, mas apenas de etapas graduais de ‘obtenção’ do direito constitucional. A relativização das diferenças entre processo interpretativo e processo integrativo é particularmente fricante quando se trata de estabelecer limites entre uma interpretação extensiva e integração analógica. Realça-se também que nos princípios da analogia existe sempre uma certa ambivalência funcional, pois,

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2165.

²⁷⁵ Ibid., p. 2166: (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1234-1235)

por um lado, são princípios de interpretação da lei e, por outro, são meios de preenchimento de sentido da mesma lei. Com efeito, em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) e aplicar (determinação do âmbito normativo); (2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de ‘decisão’ (legislativa, governamenta ou jurisprudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo constitucional, ele devem complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.

Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma incompletude contrária ao ‘plano’ de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a lacuna constitucional autônoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional.”

O Ministro Ricardo Lewandowski prossegue: Seriam aquelas três entidades familiares identificadas na constituição um rol exemplificativo, permitindo o desenvolvimento e reconhecimento de novas formas, ou seria taxativo e, assim, afastando da legalidade as demais? Para resposta, cita Suzana Borges Viegas de Lima²⁷⁶ que afirma que o rol é exemplificativo, “dada a natureza aberta das normas constitucionais”. Ainda, cita Paulo Luiz Netto Lobo²⁷⁷, para quem

²⁷⁶ “Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas.”(Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. In: Frederico Henrique Viegas de Lima. (Org). Direito Civil Contemporâneo. 1ª ed. Brasília: Gran Cursos/Encanto das Letras, 2009, p. 355-361)

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2167: (LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para

[...] a regra do § 4º do art. 266 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo ‘também’ nela contido. (...) Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.”

Cita o “Professor Álvaro Villaça Azevedo”²⁷⁸:

[...] a Constituição de 1988, mencionando em seu capute que a família é a ‘base da sociedade’, tendo ‘especial proteção do Estado’, nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição de família. Sim porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família. O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor.”

Segue o Ministro:

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousou dizer – que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

Assim, embora em um primeiro momento fale da necessidade de se diferenciar as entidades familiares e, em virtude de um texto, obrigue a criação de um quarto tipo de família, a construção dos trechos citados reforça uma ideia de que as famílias seriam instituições próprias, alheias ao direito e com uma suposta vida própria. Não é coerente com a necessidade inicial de verificar o sentido jurídico-constitucional ou, ainda, a intenção do legislador. O Ministro também cita o censo

além do numerus clausus. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2168: (Estatuto da Família de Fato, de acordo com o atual Código Civil, Lei n. 10.406, de 10/01/2002. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 240)

realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2010, que reconheceu cerca de 60 mil casais homossexuais autodeclarados num país de 190 milhões de habitantes, aproximadamente.²⁷⁹ Continua:

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

A questão colocada pelo Ministro é interessante. Em um primeiro momento, fundamentou a impossibilidade da regularização da questão a partir do texto, este votado com um intuito contrário. Posicionou-se na corrente hermenêutica preocupada em reconhecer a vontade do legislador, mas sob o mesmo enfoque, afirma que os constituintes tampouco votaram em sua proibição. Destaca-se que tal pensamento foi destacado em certas doutrinas positivistas e o respeito a vontade do legislador é forte corrente na hermenêutica, em especial, àqueles filiados ao subjetivismo mencionado no início deste trabalho. Só que não é o que afirmariam os citados no trecho que segue:

Esse proceder metodológico encontra apoio no respeitável entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual ‘o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação trata’. [HESSE, Conrad. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162] Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior. [...] Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma ‘união estável homoafetiva’, por interpretação extensiva do §3 do art. 226, mas uma ‘união homoafetiva estável’,

²⁷⁹ A referência que ele mesmo consignou em sua decisão é: <http://www.censo2010.ibge.gov.br>.

mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.²⁸⁰

Questiona-se, portanto, a necessidade de fazer a distinção. Se não havia a intenção de na conclusão reconhecer tal união como união estável, por que fazer a verificação do cumprimento do seus requisitos? Por que dizer que isto é necessariamente outra coisa? Uma hipótese é que a positivação confere proteção jurídica distinta e mais exposta à restrições posteriores. Por fim:

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade do sexo para seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.²⁸¹

3.6 Debate²⁸²

O Ministro Marco Aurélio pede permissão para fazer uma explicitação, a que é prontamente concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Então, aquele esclarece que no caso julgado pela Primeira Turma, citado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, envolvia um servidor público falecido casado e com concubina. Nesta oportunidade, o Ministro Marco Aurélio teria dito que a concubina não é equiparada à companheira e, por isso, não se teria como proceder à divisão da pensão deixada pelo servidor. Ou seja, o Ministro Marco Aurélio falava do empecilho legal do concubinato transformar-se em casamento.

Poderia o concubinato ser instituição familiar? É certo que o concubinato é justamente caracterizado pelo impedimento ao casamento,

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2.170.

²⁸¹ Ibid., p. 2170.

²⁸² Ibid., p. 2171-2174.

contudo parece que é possível imaginar que há um concubinato com o planejamento da vida em comum, unindo os destinos, como mencionado pelo Ministro Ayres Britto e há um outro concubinato, menos legítimo pelo critério da publicidade estabelecido pelos ministros, em que a amante é tolhida, pelo seu próprio companheiro, da ideia e participação da vida em comum.

Só que como o relato da experiência pessoal apresentado pelo Ministro Luiz Fux, a resposta não é simples. A Ministra Cármen Lúcia ressalta que ele vivia com as duas. O Ministro Ricardo Lewandowski lembra que com a mulher legítima do servidor teve dez filhos e o mesmo teve nove com a concubina, ambas pretendiam dividir a pensão. O Ministro Marco Aurélio destaca que por haver óbice à transformação da relação jurídica em casamento, decidiu-se adjudicar a totalidade da pensão à viúva. Contudo, o Tribunal de Justiça daquele estado tinha entendido que caberia a divisão, pois o fenômeno era muito comum *na região*.

Tem-se aqui o claro conflito entre duas racionalidades jurídicas distintas, o Tribunal de Justiça, em âmbito estadual, verificando os fatos, adaptou o direito positivado. Contudo, a situação da região possui pouca relevância no cenário nacional, impondo o dever do STF não utilizar o raciocínio tópico de lidar com a anomalia, mas o raciocínio sistemático que verificou apenas sua transgressão. Um conflito entre *um* direito regional e *o* direito federal. Segundo Ministro Ricardo Lewandowski, “o Tribunal de Justiça local optou por uma Justiça salomônica sem maiores indagações jurídicas e constitucionais”. O Ministro Marco Aurélio destaca novamente a quantidade de filhos que decorreu da relação com cada mulher. Sem nada mais dizer.

Não se sabe o que se passava na cabeça dos ministros, mas algo é interessante neste destaque: se discutirem entre as mulheres, talvez a conclusão legal tenha sido correta do ponto de vista do direito positivo público. Contudo, se não existissem as mulheres, a pensão seria dividida diretamente entre os filhos incapazes. Ou seja, neste caso, a pensão terminaria dividida quase que igualmente entre essas famílias ou seja, reconhecendo a “bigamia” como justa, equitativamente entre as famílias. Pode-se falar em intensão do legislador ou da lei, nesse caso? Pode-se falar em previsão legal no sentido estrito do termo “prever”?

3.7 Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa começa seu discurso ressaltando o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do “Direito”, que não

teria acompanhado as profundas e *estruturais* mudanças sociais, não apenas entre “nós brasileiros”, mas em escala global:

É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpri-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY.²⁸³

Ministro Joaquim Barbosa expressamente afirma que o descompasso não se refere às “*uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre*”. E, sim, da abertura da sociedade em “*reconhecer, respeitar e aceitar*” tal. Relações que em nada diferente das relações afetivas heterossexuais, exceto pelo óbvio: “*serem compostas por pessoas do mesmo sexo*”. “*Essa realidade social é incontestável.*” O Ministro Joaquim Barbosa continua, dizendo que conforme “*vastíssima bibliografia*” sobre o enquadramento jurídico-constitucional das reivindicações das pessoas de orientação homossexual, teria ocorrido uma mudança de paradigma no “**tratamento**” do tema e na “**natureza**” das respectivas reivindicações. Em um primeiro momento solicitava-se tolerância. Agora, o reconhecimento jurídico das relações, de modo que “*outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas*”.²⁸⁴ Aqui há uma outra pista para a mudança do direito, a tolerância social ao comportamento supostamente transgressor.

O Ministro recorda que não há nada explícito sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro. Existe um projeto de lei, de autoria de Marta Suplicy, que objetiva regulamentar as uniões homoafetivas, mas que está em trâmite no Congresso Nacional desde 1994.²⁸⁵

O silêncio constitucional, segundo o Ministro, não poderia ser interpretado como a intenção de desprezo ou ostracismo. Cumpriria ao STF buscar na “*pallette axiológica*” constitucional e verificar se esse desprezo jurídico seria compatível com a constituição. Uma das missões

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2.174.

²⁸⁴ Ibid., p. 2.175.

²⁸⁵ Ibid., p. 2.175.

do STF seria impedir a discriminação de um grupo minoritário, atuando de forma contra-maioritária.

O ministro segue para afirmar que o rol dos direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente por ela elencados, podendo emergir outros a partir dos regimes e dos princípios que ela própria adotou. O reconhecimento dos direitos dos homoafetivos decorreria da idéia de reconhecimento que decorreria do princípio da dignidade humana. Uma temática que decorreria “*do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração*”, tópico que teria sido bem desenvolvido por Ronald Dworkin e sustentado pelo Professor Luís Roberto Barroso. Ainda, por Daniel Sarmento, professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Todos nomes já citados pelos outros ministro.²⁸⁶

O Ministro afirma que a CF88 prima pela proteção dos direitos fundamentais e acolheu o princípio da vedação de todo tipo de discriminação, afirmando em inúmeras oportunidades o princípio da igualdade e da vedação da discriminação. A CF88 fizera uma clara opção no art. 3º pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de mitigar as desigualdades sociais, as fundadas no preconceitos, e de promover a justiça social e a igualdade entre os cidadãos. Acolhe a sustentação do “professor Luís Roberto Barroso”, para dizer que o fundamento não estaria no art. 226, § 3 da Constituição, “*Dispositivo que, segundo Gustavo Tepedino, representa o coroamento de um processo histórico surgido do preconceitos existente contra os casais heterossexuais que conviviam sem a formalização de sua união pelo casamento*”.²⁸⁷

O fundamento estaria em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não discriminação:

Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força

286 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2176.

287 Ibid., p. 2.177.

garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.²⁸⁸

3.8 Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes inicia com uma preocupação sobre o pedido, visto que a norma em questão, o art. 1.723 do CCB, não fazia mais do que repetir a norma constitucional que prevê a união estável entre homem e a mulher, como teria destacado o Ministro Ricardo Lewandowski. Afirma que *“diante da não equivocidade, da não ambiguidade do próprio texto, pareceria muito estranha a intervenção do Tribunal para fazer essa segunda subleitura do texto, que realmente faz uma alteração substancial”*. Contudo, o ministro reconhece que se a norma é inequívoca para o reconhecimento da união estável entre homens e mulheres, não o é como dispositivo invocado para desconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e, neste sentido, merece apreciação do STF:²⁸⁹

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. [...] E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é **chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político**, óbvio que a resposta só poderia ser esta de caráter positivo. Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo **engodo metodológico**. Eu dizia que até a fórmula puramente cassatória, quando se casa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen -, **essa própria fórmula já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um status quo contrário à posição que estava a ser...** (Negritou-se)²⁹⁰

O Ministro Marco Aurélio interrompe o voto neste momento, para afirmar que *“é uma consequência natural do sistema”*. E continua o Ministro Gilmar Mendes *“que é uma consequência desse processo.*

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2.178.

²⁸⁹ Ibid., p. 2.179.

²⁹⁰ Ibid., p. 2180.

Portanto, isso é importante que se diga.” O Ministro Gilmar Mendes afirma que o reconhecimento do direito da minoria é um *ethos* fundamental da jurisdição constitucional e, no caso, pede-se um modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de discriminação.²⁹¹

Essa proteção poderia e *deveria*, diz o ministro, ser feita primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas há “dificuldades” nesse processo decisório que revelam a dificuldade do modelo representativo de operar em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação ao tema:

Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui lembradas, nós conseguimos então identificar.²⁹²

Há aqui uma comparação imprópria entre as capacidades diferenciadas dos dois poderes “resolverem” problemas. À primeira vista, não parece problemático entender que o processo legislativo democrático é muito mais complexo e demorado, em especial, por necessitar de debate. Contudo, quando se conjuga essa capacidade de resposta com uma noção eficientista presente na racionalidade administrativa e econômica, haveria uma valorização do judiciário em detrimento das respostas do legislativo para uma “urgente” proteção dos direitos fundamentais. Não estão, portanto, apenas a falar de “*falta de uma disciplina que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, de direitos fundamentais básicos.*”:

A doutrina nacional não tem se ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a matriz esteja na Lei Fundamental de Bohn, que fala no direito de cada indivíduo tem de autodesenvolvimento, *Selbst*

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2180-2181.

²⁹² *Ibid.*, p. 2181.

Entfaltung seiner Persönlichkeit, quer dizer, autodesenvolvimento de sua personalidade.²⁹³

A doutrina nacional já é apresentada como um *corpus* que pode ser comparado ao Direito Comparado como outro *corpus* em uma relação que permite uma recepção teórica de um direito que deveria ser reconhecido aqui, em virtude de uma construção sistemática já desenvolvida nos votos. O Ministro identifica este direito no sistema brasileiro, a partir do direito de liberdade, contemplada na ideia do exercício dessa liberdade, “*deste autodesenvolvimento*”. O Ministro afirma que a falta de um modelo institucional que abrigue essa opção contribui para o quadro de discriminação, “*nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou a esses direitos elencados*”:

Eu tinha também, Presidente, e vou explicitar, uma outra dificuldade que queria vencer. A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrímos o texto constitucional, no que dizer respeito essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, §3, multicitado:

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.²⁹⁴

A “expressão literal” não deixaria dúvidas. Após uma breve intervenção entre o Ministro Ayres Britto, sustentando sua interpretação para além da literalidade, o Ministro Gilmar Mendes afirma “*que, por isso mesmo, está problematizando a questão. (...) Evidente que podemos abordar de forma diversa, até dizer que talvez aqui seja uma menção genérica, ou também – mas é necessário que se enfrente...*”:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Proteção da mulher, de inclusão da mulher perante o homem, inclusão social da

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011., p. 2181-2182.

²⁹⁴ Ibid., p.2182.

mulher num âmbito mais estreito, doméstico, do núcleo doméstico. Afirmar a mulher no núcleo doméstico, perante o varão, para a Constituição eficazmente contrabater o nosso ranço patriarcalista. É uma das vertentes interpretativas, lançamos três vertentes.²⁹⁵

Tampouco este ministro estaria interessado em negar o reconhecimento pretendido. É certo que a negativa constituiria um desprestígio em diversos segmentos da sociedade, desgaste muito maior do que com aqueles que a procedência de ação causaria. A questão é que esta cerimônia para o uso dos referidos poderes da corte, essa reflexão, esse pudor, dá um tom específico ao julgamento: É condição de que isso só se faz em casos de extrema excepcionalidade para a proteção do cidadão em seus direitos fundamentais e que, como a Corte não abusaria deste poder é responsável o suficiente para utilizá-los de forma legítima. Intervém o Ministro Luiz Fux na questão, dizendo que “*Como a regra jurídica aplicável não integra a causa petendi, também é possível interpretar-se que esta ação foi proposta tendo em vista dar uma interpretação ao artigo 1.723 conforme a Constituição Federal, à luz dos princípios da Constituição Federal dos quais os direitos também emergem.*”²⁹⁶

O pedido e as razões de pedir seriam, portanto, mais amplas do que o formato do artigo 226 citado. O Ministro Marco Aurélio complementa a questão, falando que a Constituição contempla princípios explícitos e implícitos. O Ministro Gilmar Mendes retoma a palavra, falando do dever, obrigação, de explicitar os fundamentos e justificar por que estão fazendo esta leitura diante de um texto “*ão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher*”. Sem cláusula excludente de outra situação, complementa Ministro Marco Aurélio. Segue Ministro Gilmar Mendes explicitando que o que leva alguns a entenderem menos do que um silêncio, uma clara declaração no sentido de vedar essa consequência, que também não é a consequência inevitável, pois “*tal como sabemos em vários outros casos em que fizemos a interpretação*”.²⁹⁷ A proteção jurídica, verifica-se, iniciada como discussão do art. 226, só se torna procedente em virtude desses princípios diversos constitucionais e de uma noção de

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2183.

²⁹⁶ Ibid., p. 2183-2184.

²⁹⁷ Ibid., p. 2184.

dever do Estado em tutelar essa minorias que, sem seu auxílio, seriam lesadas:

Mas, também parto dessa premissa, tal como já assentei, de que aqui há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. **Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Esse voluntarismo hermenêutico, nem a Supremo (sic) Corte tem o direito de...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A atuação judicante é sempre vinculada à Constituição e à legislação de regência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – É sempre vinculada e objetiva.²⁹⁸

Novamente, vimos que embora por um lado se reconheça a construção hermenêutica enquanto efetiva criação, sua legitimidade decorre de um lastro normativo positivo dentro desta concepção de direito e de sistema jurídico como um todo. Nessa perspectiva, o Ministro Gilmar Mendes falou da possível existência de uma lacuna, na classificação, uma lacuna valorativa ou axiológica. Porque, “*de fato, se nós reconhecermos que há direito ou há direito a uma proteção, que*

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2185.

*encontrem, então, seus correspectivos deveres de proteção, e a essa lacuna ou a essa não disciplina impõe-se algum tipo de solução.*²⁹⁹

O Ministro Gilmar Mendes volta ao tema “*modelo de proteção institucional*” fazendo referência da movimentação em torno da chamada “*Emenda do Divórcio*”. Era uma época em que as pessoas tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do impedimento constante do texto constitucional. O movimento, relata o Ministro, era liderado pelo Senador Nelson Carneiro que havia a maioria no Congresso para a aprovação, mas não possuía quorum constitucional.³⁰⁰ De forma interessante, o Ministro Gilmar Mendes retoma o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como uma necessidade para aplicabilidade de outras leis com finalidades de proteger a própria democracia.³⁰¹ O Ministro Marco Aurélio interrompe para dizer que no caso ficara vencido por entender que a norma que restringia algo inerente à cidadania deveria ser interpretada de forma estrita. Mesmo aquele que entende que não haveria previsão legal não deixou de reconhecer a existência da união, em se tratando de pessoas do mesmo sexo.

O Ministro Gilmar Mendes lembra que na época citava a jurisprudência do STJ sobre o tema, destacando já a existência da união de fato: “*Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como*

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2185.

³⁰⁰ Ibid., p. 2186: “Como veio o pacote de abril, o Presidente Geisel cuidou de reduzir o quorum para a provação da emenda constitucional, acabou, por ironia, viabilizando a provação desta emenda, que foi saudada como uma emenda de libertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma ansiosas, a regularização daquele estado, de fato, que estava há muito consolidado. [...] Sabemos que toda a construção que as faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve foco numa situação tópica. Vez era a situação da concubina, para a qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situações funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham caráter tópico.”

³⁰¹ Ibid., p. 2187: “A decisão multicitada do TRE, de que tive a honra de ser o Relator, é um exemplo disso: era um caso possível de impedimento entre pessoas do mesmo sexo que viviam em condição de união estável.”

desiderato evitar o continuísmo [político].”³⁰² Era inequívoco que havia a relação em questão para o Ministro que afirma ter citado um voto do “notável Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 148.897 que dizia:

A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presente os elementos enunciados no art. 1.363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.

Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: ‘*Oui, monsieur, l’amour.*’ E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem delem contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.

O Ministro afirma que o texto constitucional é “*aberto*” e “*exige novas aplicações*”, em especial, quando estão em diantes de situações de “*lacuna*”, às vezes até “*lacunas de caráter axiológico*”. Questiona se

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2187.

subsidiariamente à aplicação direta da norma posta, caberia uma aplicação pela “*perspectiva estritamente analógica*”, aplicando-a naquilo que coubesse.³⁰³ O Ministro então cita Zagrebelsky, no “O Direito Dúctil”:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma’

Em seguida, observa:

‘No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. [...] Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível, - uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do aut-aut, do “ou dentro ou fora’. A coerência ‘simples’ que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do et-et e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um ‘modo de pensar do possível’ – é a fórmula que foi adotada

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2188.

pelo notável professor Peter Häberle, no chamado Pensamento do Possível – (Möglichkeitendenken), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Essa atitude mental ‘possibilista’ diz Zagrebelsky – ‘representa’ para o pensamento o que a ‘concordância prática’ representa para a ação”.³⁰⁴

Nesse caso, sustenta o ministro que o fato da CF88 proteger a união estável entre homem e mulher não significa, nem poderia ser, uma negativa de protação à união estável entre pessoas do mesmo sexo. O Ministro segue para dizer que talvez Peter Häberle seja “*o mais expressivo defensor*” entendendo ser o “*pensamento jurídico do possível expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta*”. A orientação do autor é que “*uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância*”. O Ministro menciona a tópica como:

“alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação. [...]”

E Häberle diz isso de forma muito clara:

“O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. O pensamento do possível é pensamento (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2189-2190.

considere o novo como melhor’ (Häberle, Die Verfassung des Pluralismos, cit., p.3).³⁰⁵

O Ministro afirma, na citação de Häberle, que a liberdade de alternativa precisa ser reconhecida pelos próprios defensores de alternativas para o estado de liberdade da *res pública*. É ter uma alternativa em relação à realidade, mas também ver as alternativas à alternativa defendida. O Ministro sustenta que o “*pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade*”:

Uma de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outros sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann). É a perspectiva da realidade futura que permite separar o impossível do possível. (Häberle, Die Verfassung des Pluralismo, cit., p. 10).³⁰⁶

O Ministro Gilmar Mendes conta um outro caso no STF em que discutia-se uma resolução do Conselho do Ministério público que afirmava que em não havendo procuradores com mas de dez anos, seriam indicados para o cargo de juizes do TRTs aqueles que estivessem já efetivados. A CF88 “é clara” em afirmar que só podem ser indicados aqueles com dez anos de carreira. O Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, visto que contrariava a literalidade do texto constitucional. Com a oposição de embargos infringentes pelo Geraldo Brindeiro, Procurador Geral, coube ao ministro fazer o relato e trazer o voto. Nessa oportunidade, conta, trouxe considerações para mencionar que “*era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público*” e segue

[...] até porque, do contrário, **as alternativas eram dramáticas**, ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a idéia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2190-2191.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2191.

cumprida – ou haveria a indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de checks and balances que está no texto constitucional. Então, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então esse argumento que destavaca essa leitura, esse chamado ‘pensamento do possível possibilista’ e, também, a possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação.³⁰⁷ (Negritou-se)

O Ministro Gilmar Mendes introduz uma noção de lacuna temporal entre o texto desejado de normalidade pela constituição e a situação atual do seu âmbito regulativo que impõe um direito transitório, lacunar, equiparável àquela noção de exceção e autoridade política soberana. O termo “as alternativas eram dramáticas” está inserido no discurso de *estado de necessidade*. Nesse espaço, estabelecerá um âmbito em que a ação da corte poderá ser legítima, claramente se afastando da concepção do relator da aplicabilidade direta do art. 1.723 do CCB. Passa então, a relembrar de Perelman, na chamada Lógica Jurídica:

Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental.’

E, aí, reproduz, então, a citação do parecer do Procurador-Geral:

‘Uma lei é sempre feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilização; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2192-2193.

prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pode levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à invencível dos acontecimentos.”

Nessa linha, conclui Perelman:

‘Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, contra legem. Mas, limitando o alcance desde artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias causadas ‘pela força dos acontecimento’, ‘por força maior’, ‘pela necessidade’.

O Ministro Gilmar Mendes fez referência ao Recurso Extraordinário n. 147.776, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Perdence, em que se admitiu a possibilidade de aplicar o artigo 68 do Código de Processo Penal para autorizar o Ministério Público a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos, âmbito civil que costumeiramente afasta a aplicação das normas de âmbito penal.

O STF teria entendido que tal artigo era aplicável, mesmo contra a nova disciplina que vedava o Ministério Público de atuar como representante judicial da parte. Entendeu que no caso, havia a questão da inexistência da defensoria pública instalada. Ou seja, um *fato da vida* que implicava na suspensão parcial da aplicação de certos direitos e

atração de outros. No caso da Justiça Eleitoral, o juiz relembra que foi aplicada a mesma estrutura argumentativa. Tratava-se do pedido de diversas pessoas com “*deficiência grave*” para que houvesse uma dispensa de participação no processo eleitoral: “*A leitura do artigo 14 – diziam muitos dos colegas no Eleitoral – impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização.*” Ao mesmo tempo, o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de 70 anos,

...**presumindo**, pelo menos uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.³⁰⁸
(Negritou-se)

Para o Ministro, a questão seria o STF explicitar em sua decisão se a controvérsia foi resolvida com a aplicação direta do dispositivo ou a partir da aplicação por analogia, pois é tema delicado que “*se faz presente no nosso sistema*”.³⁰⁹ Isso se dá, pois há uma necessidade em posicionar o direito positivo adequadamente na decisão, sem a qual a autoridade legal da qual os ministros são atribuídos ficaria comprometida. Por fim, o Ministro Gilmar Mendes passa a antecipar a conclusão de voto

[...] para dizer que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Relator quanto ao resultado, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação, ou pelo menos algumas explicitações em relação à fundamentação.³¹⁰

A divergência na fundamentação não apresentará qualquer diferença para o resultado que foi unânime: não pode ser o dispositivo utilizado como óbice e haveria um dever de estado em tutelar esse direito das minorias. É uma consideração interessante que a discussão entre a interpretação extensiva e a interpretação analógica fundamenta-se em boa parte com os mesmo princípios. Na primeira, afirma-se que o direito positivado já é suficiente para o reconhecimento direto desta

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2195.

³⁰⁹ Ibid., p. 2196.

³¹⁰ Ibid., p. 2196.

entidade enquanto o segundo limita-se a afastar óbice ao reconhecimento da união. Segue em seu voto:

Todavia, também tenho um certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nor presparar surpresas as mais diversas. O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações, certamente – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar –, começamos a ver que pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas.

De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. Me pus a pensar sobre questões que afligem os próprios cultores do Direito Comparado; eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo, e lá saiu a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Eu vejo aqui, por exemplo, a lei recente da Argentina, que contém – claro que trata de todo o tema do matrimônio, com as modificações – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.³¹¹

O Ministro Ricardo Lewandowski, dirigindo-se ao Ministro Gilmar Mendes, assinala que estão ocupando um espaço do Congresso Nacional em virtude de uma “*espécie de inércia ou inapetência do Parlamento. A colmatação desta lacuna é meramente provisória*”. Há nesse poder um discurso de fardo, sugerindo que eles não queriam ter

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2196-2197.

que fazer o que irão fazer, este ministro, em especial, reserva-se, comprometendo o mínimo possível quanto às possíveis consequências desta ação.

O trecho sugere, por exemplo, que a equivalência neste tema, união estável, não significaria equivalência em outros, como o da adoção. O Ministro Ayres Britto ressalva que o voto dele não trata de lacuna, concluiu diretamente pela paridade das situações jurídicas. O Ministro Marco Aurélio afirma que “*talvez com o pronunciamento do Supremo a inibição [do poder legislativo] fique afastada.*” O Ministro Gilmar Mendes reforça a necessidade de debater se seria aplicado a norma constitucional por extensão, analogia ou de outra forma, reforçando que inexistente qualquer polêmica quanto ao resultado. Interessa, no entanto, uma mera aproximação nos fundamentos.³¹² Vejamos como a corte discursivamente assume seu comportamento não como um abuso, mas como efetivo direito diante da falta do poder legislativo:

Sobre essa questão do Congresso, Presidente, é interessante observar os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. De quando em vez se afirma que o Supremo tribunal Federal está exorbitando de suas funções e se alega, então que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária; recentemente se invocava a autonomia do Congresso nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se os senhores compulsarem os debates no Congresso Nacional, **os senhores verão que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo.** Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional.

A lógica do poder judiciário que cresce com a inércia dos demais traz a noção já apresentada na literatura, como por Ost e Ricoeur, que o

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2198.

judiciário é o fiador da sociedade ou seja, uma lógica de poder garantia. O Ministro Gilmar Mendes segue afirmando que a inércia legislativa reivindica a justa atuação da Corte. O Ministro Marco Aurélio exemplifica que antes da Constituição de 1988, todo trabalhador urbano e rural tinha direito à participação nos lucros, preceito que “*ficou sem regulamentação a vida inteira, mais de 40 anos.*”³¹³ O Ministro Gilmar Mendes reconhece que

...o limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação; talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas.³¹⁴

O limbo jurídico então parece agir no sentido de ser conivente com o *status quo* cultura, seja ele de ilegalidade ou de legalidade. O posicionamento da Corte age como um forte significado a ser recepcionado culturalmente, mantendo relações específicas com o auditório geral, os membros da comunidade, e o seu auditório especializado, os membros da comunidade jurídica. Tendo a sociedade uma garantia dos seus direitos fundamentais, é mantido um crédito simbólico da instituição do Estado como um todo representativo, apesar de uma eventual descrença com o poder legislativo. Segue:

Volto a citar uma passagem já citada por mim quando discutimos o caso das células-tronco, uma passagem, a meu ver, muito expressiva do jusfilósofo e constitucionalista Robert Alexy [...]: ‘O princípio fundamental: Todo poder estatal origina-se do povo exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2199.

³¹⁴ Ibid., p. 2199.

relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige conta tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídicos-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico constitucional racional. **A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.**

É certo que o tribunal quer representar pessoas politicamente. Não é mais um discurso a sustentar neutralidade ou pura técnica na administração da justiça. Por isso, tal discurso visa uma reconciliação da situação atual do judiciário e a democracia. Ao mesmo tempo, em troca, o caráter democrático permite um trabalho de legitimação e aumento das alternativas possíveis de solução do conflito. O Ministro Gilmar Mendes passa da questão teórica para a prática do tribunal, ou seja, como *tradicionalmente* este poder se comporta.³¹⁵

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2205-2206: “Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição (Rp. 948, Rel. Min. Moreira Alver, RTJ, 82:55-6; Rp. 1.100, RTJ, 115:993 e s.). Consoante à prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição (Cf., a propósito, Rl. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997). O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão (Cf., a propósito, Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 126:514; Rp. 1.454, Rel.

O ministro cita Rui Medeiros para dizer que como todo tipo de linguagem, os textos normativos “*padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações*”. Desta maneira, a ação do tribunal nos discursos age como a fixação de um significado a ser esperado, oportunidade em que sustenta a importância da técnica da interpretação conforme como modalidade de controle de constitucionalidade:

A eliminação ou a fixação, pelo tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. **Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto. [...]**³¹⁶

Min. Octavio Galotti, RTJ, 125:997; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988). [...]

“Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004). [...]

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto (Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Galotti, RTJ, 126:514; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988).

³¹⁶ Neste trecho, destaca a experiência das cortes européias: “A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a Corte Costituzionale italiana – (Cf. MARTÍN DE LA VEJA, Augusto. La sentencia constitucional em Italia. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales; 2003) – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e a soluções simplistas – como a declaração de

Certas modalidades atípicas de decisão de controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em geral, tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a com a consequente declaração de constitucionalidade.

[...]

“Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei n. 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado

inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano, do qual cito, a seguir alguns, trechos:

‘La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es practicamente inevitable, com uma u outra denominacion y com unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de uma amplia jurisdiccion, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepcion de Kelsen del TC como una suerte de ‘legislador negativo’. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son, y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la ‘constitucionalidad/inconstitucionalidad’, es un elemento más y de importancia, que viene a poner de relieve hasta que punto es asi. Y es que, como Fernández Segado destaca, ‘lá praxis de los tribunales constitucionales no há hecho sino avanzar em esta dirección’ de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo’ (CAMAZANO, Joaquin Brage. Interpretacion constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (um sucinto inventario de algunas sentencias ‘atípicas’). em Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), La interpretación constitucional, Porrúa, México, 2005, em prensa.)”

que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004).

[...]

Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que **a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas ‘atípicas’, converteram-nas em modalidades ‘típicas’ de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.**³¹⁷

³¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p.: Há uma extensa referência ao histórico do tribunal neste momento do voto: O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei (ADI 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADI 1344-ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988). Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar-se que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador (ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127). No julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127 ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei (ADIn 1105-DF e ADIn 1127-DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski). Em outros vários casos mais antigos (ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127), também é possível verificar-se que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado decisões manipulativas de efeitos aditivos (sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça

[...]

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de **decisões manipulativas**, o constitucionalista português Blanco de Moraes fez a seguinte análise:

‘(...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através **do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade**.

Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com a maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn, 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos’ (MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a

Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 238 e ss. MARTÍN DE LA VEJA, Augusto. *La sentencia constitucional em Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova; 2001. LÓPES BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas em el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2004).

tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Combra Editora; 2005, p. 238 e ss.)³¹⁸

Há uma conjugação de diversos pontos para a legitimidade da ação do tribunal. Fez-se referência extensa à doutrina, à comparação com as ações de outras cortes, aos precedentes do tribunal, constituindo um discurso que transformou o atípico em típico. A análise da própria Corte, relatada na voz de um português, timbre que não só constituiria uma autoridade europeia como também se relaciona estreitamente com o direito brasileiro e suas origens, pois a mentalidade jurídica brasileira foi muito influenciada pelos pensadores através de suas obras e do próprio curso de direito quando instituído no Brasil. Soa, então, adequada a ação da corte em satisfazer essa necessidade que, como já mencionou se oportunamente no item 0, é socialmente construída, tanto como a urgência de sua resposta. O Ministro relata que o STF voltará a se deparar com a questão no julgamento da ADPF n. 54, sobre a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, em que proferirá uma *“típica decisão manipulativa com eficácia aditiva”* e irá *“atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto”*.³¹⁹

O Ministro Gilmar Mendes entende que se trata de um dogma de legislador negativo que o tribunal possui, do qual este vem se *libertando* através da adoção de uma linha jurisprudência de decisões interpretativas com eficácia aditiva, *“já adotada pelas principais Cortes*

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p.2209-2210.

³¹⁹ Ainda, sobre as situações excepcionais, também trabalhadas pela doutrina com a etiqueta de *“hard cases”*: *“Em decisão de notável relevância doutrinária para o tema em discussão, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação, aos servidores públicos, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, pelo que promoveu a extensão aditiva do âmbito de incidência da norma (MI 670, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 25-10-2007. Tenha-se presente, ainda, o MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 24-5-2002, e o MI 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-11-1991, quando restou assentado que ‘é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo que fixa, de molde a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória de seu direito’).*

Constitucionais do mundo”³²⁰ Esse poder seria essencial para a prestação jurisdicional.³²¹ Cita a “Procuradoria-Geral da República, Lenio Luiz Streck” que representa o posicionamento muito mais restritivo sobre a questão:

‘De plano, salta aos olhos a seguinte questão: efetivação de uma tal medida importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com **poderes permanentes de alteração** da Constituição, estando a afirmar uma espécie de caduca de mutação constituição (*Verfassungswandlung*) que funcionaria na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*), **reservado** ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

E isso porque a tese da PGR se perde em meio ao problema semântico e não avança em direção ao fenômeno mesmo que é applicatio do texto constitucional. Essa hipertrofia com relação à semântica (que não deixa de ser um sintoma da permanência das bases positivistas no seio da dogmática constitucional) – que aparece claro em expressões como interpretação restritiva ou extensiva – encobre o problema essencial: como dar efeito vinculante e eficácia erga omnes a uma decisão do Supremo Tribunal Federal que realize

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2212: Ainda: Menciona ainda a decisão de “caráter aditivo” na Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto (Informativo STF n. 539, 16 a 20-3-2009), sobre a demarcação da Raposa Serra do Sol e a extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhe são constitucionalmente garantidas. E o Recurso Extraordinário n. 405.579, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, em que “foi proposta a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei n. 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia e restaurar o princípio da isonomia e restaurar o equilíbrio do mercado comercial. O julgamento encontra-se pendente, em razão do pedido de vista.”

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2212: “A assunção de uma atuação criativa pelo tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.”

uma Interpretação Conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*)? Poder-se aduzir que o parágrafo único do art. 28 da lei n. 9.868/99 autoriza tais efeitos para decisões que se utilizem das chamadas sentenças interpretativas lato sensu. Mas, mesmo aqui caberia o questionamento: poderia a lei ordinária alargar o espaço já estabelecido pelo poder constituinte? Não haveria, na espécie, usurpação de competência constituinte?

[...]

Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara. Ou seja, que tipo de democracia queremos? **Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoas e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.**

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O judiciário não pode substituir o legislador.

[...]

Em síntese: não há um lado ‘b’ da Constituição a ser ‘descoberto’ axiologicamente, como se ‘por debaixo do texto da Constituição existissem valores a serem desvelados pela cognição do intérprete’. A resposta adequada para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional. Veja-se, v.g., o caso espanhol, em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei. Na terra de Cervantes, o Poder Judiciário não se sentiu autorizado a ‘colmatar’ a ‘inconstitucionalidade da Constituição’. (STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Unisses e o

canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229>. Acesso em: 3 maio 2011)³²²

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. :Ainda, na mesma linha, seu argumento ilustrado por ele mesmo: Prossegue, então, Lênio Streck, no mesmo raciocínio: ‘Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário ‘colmatar lacunas’ (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’ (uma verdadeira ‘Constituição do B’), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juizes, aquilo que ‘indevidamente’ – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? ‘Chame-se o Judiciário...’ Ou ‘criemos um princípio’, que ‘valerá’ mais do que a Constituição. Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer ‘antipáticas’ aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não apartir do direito sucessório ou do direito de família. Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador.”

“Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretente, a curto prazo, por não dispor de ‘condições políticas’ para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrpõe à própria tese: em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar ‘correções’ à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle stricto sensu de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões ‘legiferantes’. Dito de outro modo: a Constituição reconhece a união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser ‘colmatada’, com um argumento kelseniano do tipo ‘o que não é proibido é permitido’ (sic!). Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões: p. ex., a Constituição de 1988 também não profbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, ‘a’, refere apenas a possibilidade de arguição que trate de

O Ministro usa da legitimidade pelo desafio³²³, ao estabelecer um forte argumento contra para, então, estabelecer a razoabilidade de sua posição conciliadora. A decisão ganha legitimidade no uso dos poderes excepcionais, bem como na consideração dos argumentos a favor e contra. Insere-se na constituição do objeto pela negação, o receio do procurador sobre o que o STF poderia vir a fazer, de certa forma, reforça a própria possibilidade de fazê-lo.

O Ministro Gilmar Mendes, após esta citação, afirma que a interpretação conforme pode ter consequências que devem ser, na medida do possível, consideradas. Para o Ministro, o texto não é excludente, mas é incapaz, assim como o dispositivo constitucional de, sozinho, reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo.³²⁴ Não haveria dúvidas de que o tribunal estaria assumindo um papel ativo, de forma provisória, “*pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar*”. Ele continua dizendo que

...se o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a **substituir o próprio sistema político nessa inação**, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo.³²⁵

leis federais e estaduais). E nem por isso torna-se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Veja-se: em nome do ‘princípio democrático’ ou da ‘república’, os municípios espalhados pelos quatro cantos do Brasil poderiam alegar que ‘a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate violada direitos fundamentais’, etc. Ora, nada disso pode ser ‘colmatada’ por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema – por lei –, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte). E o que dizer da ‘discriminação’ entre homem e mulher para os casos de aposentadoria? Se homens e mulheres devem ser iguais, por que as mulheres se aposentam mais cedo? Não seria o caso de ingressar com uma ADPF para substituir a expressão homens e mulheres por ‘indivíduos’? E assim por diante...!

³²³ Este tema aparece de forma expressa em A Verdade e suas formas Jurídicas de Michel Foucault.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2217.

³²⁵ Ibid., p. 2218.

Ele menciona, também, que se trata de um engodo metodológico, visto que quando a Corte se ergue para manter o *status quo* contra uma lei nova, para declará-la inconstitucional, também é uma forma de legislar positivamente e, efetivamente, contra o corpo político escolhido, assim entenderia Kelsen, afirma.³²⁶

A união homoafetiva é apresentada pelo Ministro como um fato da vida, existente no Brasil e no mundo, uniões “*pautadas por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, à semelhança de outros tipos de união expressamente referidas em nossa Constituição como entidades familiares.*”³²⁷ Esta noção de fato da vida inegável e persistente parece contribuir para a construção de um indicador da mudança do direito, um desrespeito à ordem continuado que é naturalizado.

O Ministro destaca novamente o Censo de 2010, com o número de 60 mil casais homossexuais vivendo juntos, ciente que não reflete a realidade, pois é resultante do medo de discriminação, da falta de um modelo institucional, etc. Esse fato da vida, estatístico, revelaria um número de pessoas sem um modelo institucional, situação que traz “*insegurança jurídica e prejuízos ao reconhecimento na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas.*” A situação atual colocada pelo Ministro é que faltam leis³²⁸ federais e locais que regulamentem a

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014. p. 2218.

³²⁷ Ibid., p.2219.

³²⁸ Na opinião do Ministro Gilmar Mendes, o projeto principal, pelo seu pioneirismo, seria o Projeto de Lei n. 1.151/1995, apresentada pela então Deputada Marta Suplicy (PT/SP) que propunha regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. O deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) apresentou substitutivo global, incluindo proibição a quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, disciplinava de maneira mais específica os direitos sucessórios, “instituição do bem de família e o direito à inscrição do parceiro ou parceira como beneficiário de pensão, com reflexos tributários.” O projeto ainda trazia questões de financiamento para casa própria através da composição de rendas, questões sobre planos de saúde e seguro de vida. Mas a proposta não foi bem recebida e retirada de pauta em 31 de maio de 2001 para depois ser arquivada, relata o Ministro. (p. 2222) “entre os objetivos de promover o bem de todos sem preconceitos, a liberdade sexual, e proibir a diferenciação salarial, de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de orientação sexual. Essa PEC foi arquivada em 1999. O Ministro segue com outros exemplo de propostas que foram feitas e, posteriormente, retiradas, arquivadas. Outras estão em tramitação, sem previsão. Para registro:

matéria de forma satisfatória, as administrações públicas apresentam divergências de posicionamentos no acolhimento da proteção de seus interesses, incluindo a concessão de benefícios. São impasses que são levados a poderes distintos que traduzem entendimentos distintos sobre a matéria. O Relator especifica três casos: há decisões que negam validade jurídica à união homoafetiva por impossibilidade jurídica do pedido; há decisões em que se reconhece a relação como sociedade de fato; outras em que reconhecem a união como entidade equiparada à união estável. O Relator também coloca que nas situações em que a Presidenta Dilma Rousseff teve que se pronunciar sobre o tema, fez declarações “*diversas e muito provavelmente contraditórias*” por conta do preconceito que está presente em parcela da sociedade, preconceito este que poderia explicar a dificuldade que o Congresso tem de deliberar sobre o tema.³²⁹

O Ministro relata o interessante fato de que a partir dos debates promovidos no parlamento, alguns temas são mais pacíficos, direitos previdenciários e união civil, enquanto outros mais polêmicos, adoção.³³⁰

PEC n. 66/2003, PEC 70/2003, PL n. 2.383/2003, PL n. 6.297/2005, PL n. 2.285/2007, PL n. 674/2007, PL n. 4.508/2008, PL n. 4.914/2009, PL n. 580/2007, PLC n. 122/2006 (p. 2222-3) O ponto do ministro no relato é que “apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de 15 anos, até hoje não conseguiu chegar a consenso básico para a aprovação de qualquer regulamentação.”

[...]

“Há, ainda, várias leis locais que determinam a aplicação de sanções por práticas discriminatórias adotadas em razão de orientação sexual, a exemplo das Leis 3.406/2000 e 3.376/2000, do Estado do Rio de Janeiro; da Lei 2.615/2000, do Distrito Federal; da Lei 10.948/2001, do Estado de São Paulo; da Lei 5.275/1997, de Salvador-BA; e das Leis 8.176/2001 e 8.283/2001, do Município de Belo Horizonte-MG; da Lei 9.036/2007, do Estado do Rio Grande do Norte. O Estado de São Paulo, por meio do Decreto 55.839, de 18 de maio de 2010, estabeleceu o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT, entre outras providências, com diversas ações para a proteção e o desenvolvimento dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e transexuais.” ADI 4277, (p. 2224-2225)

Em 1995, Marta Suplicy também teria apresentado a PEC n.139/1995 que alteraria os artigos 3 e 7 da Constituição para incluir

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2220.

³³⁰ Ibid., p. 2225.

O Ministro analisa o direito comparado da questão. Classifica no âmbito internacional três grupos, de acordo com o tratamento dado ao tema:

Há os países repressores, que proíbem e punem o homossexualismo; os indiferentes, ainda que não criminalizem esta conduta, não criam medidas favoráveis a ela e, finalmente, os Estados avançados, que possuem medidas para proteção da população homossexual (Cf. Fábio de Oliveira Bargas. União homoafetiva. Direitos sucessórios e novos direitos. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 99)³³¹

O Ministro cita obra³³² de Daniel Ottoson que afirma “*dados indicam que em cerca de 76 (setenta e seis) países do mundo o homossexualismo é penalmente reprimido*”. Contudo, a tendência seria pela afirmação dos direitos das uniões homoafetivas. Citou também a indicação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, incentivos da União Européia, a Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas, a qual seria apoiada pelo Brasil.³³³ Parece muito importante dizer que o direito a ser reconhecido naquele momento já foi reconhecido da mesma forma em outro lugar. Contudo, tratando de conceito, faz as suas ressalvas na designação do fenômeno, dizendo que há diversas formas de realizar esse reconhecimento:

A análise exemplificativa do direito estrangeiro, que aqui sintetizei em três casos, evidencia que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é um assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões nos países em que o adotaram. Não apenas antes da edição da norma regulamentadora, que costuma demandar prazo

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2226.

³³² Indicou em seu voto: State-sponsored Homophobia – a world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults. The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2010. Disponível em: <http://ilga.org/ilga/en/article/1161>. Acesso em: 3.5.2011.

³³³ BRASIL, op. cit., p. 2226-7.

considerável de amadurecimento, mas também após sua entrada em vigor.³³⁴

O Ministro segue para seu terceiro ponto, o reconhecimento da união homoafetiva como afirmação de direitos de minorias. O Ministro ressalta novamente o direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungrecht*), “talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn³³⁵”, que se traduz no livre desenvolvimento de sua personalidade, “desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes.”³³⁶ Diz que esse direito pode ser identificado no sistema brasileiro, no direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.³³⁷

³³⁴ O ministro segue para dizer que o relacionamento entre pessoa do mesmo sexo pode receber a mesma proteção concedida ao casamento ou ser assemelhado ao que denomina-se união estável no Brasil. A equiparação ao casamento pode apresentar “diferentes designações, como same-sex marriage, equal marriage, same-gender marriage ou, simplesmente, casamento.” A Holanda admitiu este tipo de casamento em 2001, a Bélgica em 2003, África do Sul em 2006, Argentina em 2010 (Cf. VARGAS, Fábio de Oliveira op cit, 2011, p. 101).

A outra forma de proteção, vinculação ao conceito de união estável, são conhecidas como ‘parcerias civis’ (Inglaterra), “parcerias registradas” (Escandinávia), “parcerias domésticas” (Estados Unidos e Europa). A Dinamarca, em 1989, já permitia o registro de tais parcerias, com debates iniciados em 1968, com a apresentação de uma proposta de lei. A união é tratada com detalhes pela legislação da Alemanha, desde 2001. (Disponível em: www.gesetze-im-internet.de/lpartg/index.html. Acesso em: 3.5.2011)

³³⁵ A Lei Fundamental de Bonn foi o nome utilizado para designar a Constituição promulgada em 22 de maio de 1949 para a Alemanha Ocidental.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2230.

³³⁷ *Ibid.*, p. 2230: “Nesse sentido, é possível destacar, dentro outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (Art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros

Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. [...] *E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o quisermos, há de haver um consenso básico.*³³⁸

O Ministro retoma o argumento dos limites e possibilidades de utilização da técnica de interpretação conforme à constituição. A legitimidade da Corte Constitucional adviria do fato de se aplicar a Constituição *enquanto norma*.³³⁹

A questão é importante para este ministro, pois o art. 226, § 3, não deixaria dúvida *“união estável entre homem e mulher”*. A solução então apontaria não para uma *“leitura interpretativa alargada”*, ação que seria *“extravagante à atuação desta Corte”*, mas se deveria atentar para a interpretação que vem sendo dada desse *“silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado”*.³⁴⁰

O Ministro então afirma partir da premissa que há outros fundamentos e direitos envolvidos, igualdade, não discriminação, liberdade, direitos de perfil fundamental, direito ao desenvolvimento da personalidade, direitos que em face do dever de proteção do Estado justificam *“a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes”* (Negritou-se). Passa a tratar da insuficiente proteção decorrente da atuação administrativa regulamentar. O dever de proteção, continua o Ministro, vem sofrendo um

...contínuo esvaziamento, dada a ausência de um modelo legalmente institucionalizado e estabelecido pelo Poder Legislativo, o que também desestimula uma ação do Poder Executivo e, por

direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).”

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2231.

³³⁹ Ibid., p. 2231.

³⁴⁰ Ibid., p. 2232.

vezes, serve de fundamento para a negativa de inúmeras demandas administrativas.³⁴¹

O fenômeno “*tem se constituído de forma segmentada e descontínua, a exemplo de sua aceitação para fins previdenciários e estatutários*”. Há, diz o Ministro Gilmar Mendes, uma recente manifestação explícita do Poder Executivo fomentar a proteção de direitos relacionados ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.³⁴²

³⁴¹ Ibid., p. 2232-2233: “O reconhecimento de alguns aspectos desta questão até tem ocorrido na seara administrativa, embora a maioria dos casos isto tenha ocorrido no plano infralegal, com enorme dificuldade e com elevado grau de litigância, inclusive com desdobramentos nas vias judiciais.”

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2233-2236: No âmbito da Administração Pública Federal ele traz o exemplo previdenciário em que o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) editou a Instrução Normativa/INSS/DC n. 23, de 7 de junho de 2000, reformulada pela Instrução Normativa n. 50/2001, que estabeleceu procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários a parceiros homossexuais (pensão por morte e auxílio reclusão).

Ainda, destaca a Portaria n. 513, de 9 de dezembro de 2010 do Ministério da Previdência Social, que diz “no âmbito do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei 8.213, de 24 de junho de 1991, que tratam dos dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo”. O ministro ressalta o fato de que tal normatização decorreu de uma condenação judicial do INSS em Ação Civil Pública na 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre e que, apesar deste avanço, “há dificuldades de ordem prática, inclusive para efeitos de comprovação de dependência econômica, o que acaba por acrescer o número de negativas de concessão de benefícios.” O ministro continua, falando da Agência Nacional da Saúde Suplementar que editou a Súmula Normativa n 12, de 4 de maio de 010, que afirma: “1. Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo”. O Ministro da Fazenda aprovou o Parecer PGFN/CAT/ n. 1503/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para permitir a inclusão de dependente homoafetivo para efeitos fiscais, disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc> Em 2011, continua o Ministro, foi divulgado pela imprensa que Guido Mantega, Ministro da Fazenda, autorizou a inclusão de companheiros como dependentes na união homoafetiva para obtenção da dedução fiscal na declaração do Imposto de Renda. (<http://economia.uol.com.br/impostoderenda/ultimas->

No âmbito legislativo, os esforços estariam restritos. Cita a Lei Maria da Penha, Lei Federal 11.340, de 7 de agosto de 2006 que

...expressamente estabelece que toda mulher, independentemente da orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (art. 2), bem como que a definição de entidade familiar, para efeitos de proteção desta lei, **independe de orientação sexual (art. 5, parágrafo único)**. Entretanto, há controvérsia sobre sua plena aplicabilidade a casais homoafetivos.³⁴³ (Negritou-se)

Haveria também esforços verificados nos poderes administrativos no poder judiciário.³⁴⁴ Não há dúvidas que tais resoluções

noticias/infomoney/2011/03/04/ao-fazer-a-declaracao-de-ir-casais-homoafetivos-devem-atentar-a-documentacao.jhtm)

Ato que teria sido impugnado por ação popular pelo Deputado Federal Ronaldo Fonseca que argumentou que a união estável estaria restringida à união estável entre homem e mulher.

Ainda, cita a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração – CNI n. 77, de 29 de janeiro de 2008, vinculado ao Ministério da Justiça que dispõe sobre critérios para concessão de visto ao companheiro ou companheira em união estável, sem distinção de sexo (art. 1º)

O ministro fala da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República que em maior de 2009 apresentou o Plano Nacional da Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, destacando a meta n. 1.2.34 para estabelecer a mobilização parlamentar para a aprovação de projetos que tratem da união homoafetiva. O Ministério da Saúde em 2010 lançou a Política Nacional da Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais para ser implementada no SUS. Ainda, o Decreto n. 7.388/2010, que dispõe sobre a composição, estruturação, competências e o funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), o qual teria diversas atribuições para organizar e fomentar políticas públicas que visem à garantia dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2235.

³⁴⁴ Ibid., p. 2235-2236: Cita a Resolução n. 39/2007 do Conselho Nacional de Justiça que reconhece a possibilidade de inclusão de companheiro homossexual para fins de dependência econômica e o Ato Deliberativo n. 27/2009 do Supremo Tribunal Federal que admitiu a inclusão de companheiro homoafetivo

demonstrariam extrema incoerência se o julgamento fosse diverso. Destaca entre as ações mais recentes:

A Ordem dos Advogados do Brasil, ainda, mediante a Portaria n. 016/2011, do Conselho Federal da OAB, criou, em 15 de abril de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB.

O caráter recente e a precariedade jurídica da maioria dessas ocorrências (característica própria dos atos infralegais decorrentes do exercício do poder regulamentar da Administração), por vezes, conduz as controvérsias administrativas para as vias judiciais.³⁴⁵

O Ministro Gilmar Mendes ressalta que o reconhecimento da união traz direito e deveres jurídicos, retomando a decisão já discutida do Tribunal Superior Eleitoral no RESPE n. 24.564, da relatoria do próprio ministro, julgado em 1 de outubro de 2004, em que se reconheceu a relação homoafetiva, a fim de declarar-se a inelegibilidade reflexa da pré-candidata ao cargo de prefeito.³⁴⁶

como beneficiário do plano de assistência à saúde e benefícios sociais do Tribunal.

Cita o Provimento n. 006/2004 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que institui o registro de qualquer documentação relativa a uniões afetivas entre pessoas plenamente capazes, independente de gênero, no Cartório de Títulos e Documentos. Ainda, o Provimento n. 36/2010 da Secretaria da Corregedoria-Geral de justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e o Provimento 174/2010 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas. Na mesma linha, o Provimento n. 007/2010 do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco que incluiu o parágrafo único ao art. 775 do Provimento n. 20/2009: “Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que convivam afetivamente ou mantenham sociedade de fato, de forma contínua, pública, duradoura, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar contratos e documentos que digam respeito à referida relação jurídica ou que visem constituí-la na forma anteriormente prevista”.

³⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2237.

³⁴⁶Ibid., p. 2237: “Essas e outras decisões têm enfrentado problemas pontuais por parceiros homossexuais, relacionados à herança, à sucessão, ao direito previdenciário, por exemplo, e impulsionam a aceitação social e a proteção jurídica dessas relações, que já não podem ser negadas.”

Ao passar a tratar do problema das lacunas valorativas ou axiológicas e a ideia de aplicação do pensamento do possível, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a CF88 não dispõe sobre a união homoafetiva, mas não a veda de forma expressa. O dispositivo 226 coloca a família como base da sociedade, a qual tem especial proteção do Estado. Em análise preliminar, o Ministro afirma

[...] que a entidade familiar pode se configurar a partir do casamento (§1 e §2), da união estável entre homem e mulher (§3) e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§4)- de nominada como família monoparental.”³⁴⁷

Cita os fundamentos constitucionais da “*dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da devação à discriminação por sexo*” apontando para a possibilidade da proteção requerida.³⁴⁸ Contudo, o Ministro atesta preocupação com a “*ampla extensão aos efeitos jurídico do reconhecimento da união homoafetiva*”. Segundo o mesmo, “*uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo.*”³⁴⁹ O Ministro afirma haver, no caso, uma possível lacuna valorativa ou axiológica.

É que se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, em seguida deve-se indagar sobre o seu correspondente dever de proteção. E a essa lacuna ou a essa disciplina normativa do dever de proteção, impõe-se também algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter diversas divergências apenas de como fazê-lo.

Cita o Ministro a movimentação em torno da emenda do divórcio. Estabelece, então, um precedente sobre uma situação em que a sociedade possui uma expectativa e o poder legislativo é insuficiente em respondê-la.³⁵⁰ Retomando o caso do TSE³⁵¹, afirma que

³⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2239.

³⁴⁸ Ibid., p. 2239.

³⁴⁹ Ibid., p. 2240.

³⁵⁰ Ibid., p. 2241: Menciona o fato da existência de muitas pessoas que “tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do

...aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a

impedimento constante do texto constitucional.” A questão trazia grande repercussão na situação dos filhos. Havia um forte movimento político, mas número insuficiente pra uma maioria constitucional.

Quando o presidente Geisel reduziu o quorum para aprovação da emenda constitucional necessária para o Pacote de Abril (1977) viabilizou a aprovação da emenda do divórcio “que foi saudade como uma emenda de liertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma, ansiosas, a regularização daquela situação de fato, há muito tempo consolidada”. O ministro afirma que “toda a construção que se faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve como foco uma situação tópica. Vez era a situação da concubina, para qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situação funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham esse caráter tópico.”

³⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2243: “Então, citei naquela oportunidade um voto do notável Ministro Rui Rosado, do STJ, no julgamento do Resp n. 148.897. Ele dizia:

‘A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1.363 do Código Civil: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o direito civil abrange e regula’.

‘Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: ‘Oui, monsieur, l’amour’. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante’.

legislação não continua ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade. [...] tendo em vista que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão) o ministro [Rui Rosado] entendeu que era possível reconhecer o recurso para declarar a inelegibilidade (art. 14, §7, da Constituição Federal).³⁵²

Passado esse aspecto, o ministro afirma que se está “*diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico.*”³⁵³ Reforça a citação de Zagrebelsky³⁵⁴ e complementa:

Em seguida, observa aquele eminente Professor: ‘No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a própria atividade da jurisprudência de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto’ (Zagrebelsky, *El derecho ductil.*, cit., p. 16). Por isso, concluí que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o ‘pensamento do possível’.³⁵⁵

³⁵²Ibid., p. 2242-2243.

³⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2243.

³⁵⁴Ibid., p. 2244.

³⁵⁵Ibid., p. 2244.

Assim, o ministro afirma que a união entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção à união civil estável entre pessoas do mesmo sexo. Cita Peter Häberle, como representante do direito constitucional moderno, “entendendo ser o ‘pensamento jurídico do possível’ expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta” e uma das consequências do pensamento de Häberle é a conversão de ‘*uma teoria constitucional das alternativas*’ para uma ‘*teoria constitucional da tolerância*’.³⁵⁶

Ainda nessa linha, observa Häberle que, ‘para o estado de liberdade da res pública afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas’. Daí ensinar que ‘não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas’ (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). [...] “O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível. (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 10).³⁵⁷

Cita novamente o caso dos procuradores do trabalho que eram indicados para o cargo de juiz dos Tribunais Regionais do Trabalho que, por determinação Constitucional, só poderiam ser indicados se tivessem dez anos de carreira. O ministro coloca a situação que, não fosse a decisão acatar a norma transitória, a outra opção era violar “*a ideia do quinto, do pluralismo do Tribunal*” ou haveria indicação de um ou de outro sem a oportunidade ao Presidente de realizar a escolha dentro do

³⁵⁶ Ibid., p. 2245.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2246.

“*mecanismo de checks and balances que está no texto constitucional.*”³⁵⁸ E então, afirma:

A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, §3; poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimendo da personalidade do indivíduo e da garantia da não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, (...)

Além disso, é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção institucional que torna adequada a utilização do pensamento do possível para se aplicar norma existente – em termos de um modelo de proteção institucional semelhantes – no que for cabível. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.³⁵⁹

Concluindo, o Ministro concorda com o pronunciamento do Ministro Ayres Britto quanto ao resultado, pois existem fundamentos jurídicos suficientes para autorizar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, mas sem base no texto legal do artigo 1.723 do Código Civil ou no artigo 226, §3 da Constituição:

Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, §3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas -, evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto aum sistema de proteção homo afetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em

³⁵⁸ Ibid., p. 2248.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p.2251-2252.

conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.

Até porque também tenho certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nor preparar surpresas as mais diversas.³⁶⁰

A equiparação pura e simples seria “*exarcerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdemos, produzindo lacunas.*”³⁶¹

A decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo, é “*um estímulo institucional para que, de fato, as mais diversas situações jurídicas que envolvam a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas*”.³⁶²

Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.³⁶³

3.9 Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio inicia recortando a questão:

Pois bem, eis o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com ânimo de formar família, por pessoas do mesmo sexo

³⁶⁰ Ibid., p. 2252-2253.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2253: “Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da aplicação das regras de vedação ao nepotismo, por exemplo, Em relação à legislação eleitora, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causa de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos os efeitos à união estável entre homem e mulher suscitaria, ainda, a reflexão de sua repercussão no âmbito penal.”

³⁶² Ibid., p. 2254.

³⁶³ Ibid., p. 2256.

deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002?³⁶⁴

Apresenta que a corrente contrária afirmaria que a omissão é um silêncio eloquente, afastando tal incidência. Uma opinião que apareceria na doutrina, manifestada por *amicus curiae* Associação Eduardo Banks e decisões judiciais.³⁶⁵

Para o ministro, apesar da dificuldade hermenêutica de incluir nesse regime uma “*situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica*”, não há exorbitância dos limites da atividade jurisdicional. Cita o artigo “A igualdade é colorida” publicado na edição de 19 de agosto de 2007 da Folha de São Paulo, escrito pelo próprio em que destacava o preconceito vivido pelos homossexuais:

Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.³⁶⁶

No caso, é interessante, pois apesar de ser a pessoa do Ministro, o que é citado é uma coluna em jornal, com a mesma propriedade de uma doutrina. Cita o relatório Wolfenden, de 1957 em que se discutiu a legalização das relações homossexuais. A discussão trabalha a relação entre moral e direito. Em um lado do debate estava “o renomado professor L. A. Hart” e do outro “o magistrado Lodre Patrick Devlin”:

O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero (Os pontos de vista estão expresos nas obras seguintes: H. L. A.. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963 e

³⁶⁴ Ibid., p. 2259.

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2260.

³⁶⁶ Ibid., p. 2260.

Patrick Devlin, *The enforcement of morals*, 1966).³⁶⁷

Para Devlin, as leis deveriam refletir o “*tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum.*” Sem a qual haveria a desintegração da sociedade, resultado que é tarefa do direito impedir. Defendia a máxima liberdade possível na vida privada, desde que não contrariasse esse mínimo ético.³⁶⁸ O Ministro dá a fundamentação de Hart em que “*visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica.*”³⁶⁹ Por outro lado, o “direito moralmente asséptico” de Kelsen desaguaria na obediência cega à lei injusta.³⁷⁰ Cita o Jurista Gregório Peces-Barba Martínez para sustentar a

³⁶⁷ Ibid., p. 2261.

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2261: “Interrogado sobre o que deveria ser considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa normal (right-minded person), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza. Afinal, o que é o juízo moral de uma pessoa comum?” O direito completamente “submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica”. Ainda, em p. 2262-2263: O ministro segue pontuando que as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado, incluindo a condenação da sodomia ou “pecado nefando” dos homossexuais. Cita o Jurista Gregório Peces-Barba Martínez (Curso de Derechos Fundamentales: teoría general, 1991, p. 32) que assinala que a separação entre Direito e moral é “uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.”

³⁶⁹ Ibid., p. 2262: “Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais.”

³⁷⁰ Ibid., p. 2262: segue o Ministro dizendo que “já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã (In Enciclopédia do Holocausto, Unites States Holocaust Museum, disponível em <http://ushmm.org/>).

necessidade de separação do direito e da moral, mas a relação necessária que existe entre essas duas ideias. Em suma, diz o Ministro: “*O direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação.*” O Ministro aponta a influência da moral no Direito (moral redigido com letra minúscula em seu voto e direito com letra maiúscula) em institutos como o casamento, nos crimes contra os costumes, e que a afirmação de que

o discurso jurídico não pode, sobe nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. [...] As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.³⁷¹

Ultrapassada a questão da moral no seu discurso, passa a relatar a **superação**, mudança no sentido de aperfeiçoamento, das concepções culturais na voz de Maria Berenice Dias:

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalsamaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (Manual de direito das famílias, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade de maior número possível de duas pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2263.

componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado.³⁷²

O ministro cita que no Brasil, sob a análise do Código Civil de 1916, eram atribuídos efeitos jurídicos à família consumada pelo vínculo indissolúvel do matrimônio entre homem e mulher. Os demais relacionamentos eram fadados à invisibilidade jurídica, ou pior, à ilicitude: filhos adulterinos, amásias e concubinas. A mudança teria sido gradual, com a Lei n. 4.121/62, Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade à mulher. Então, o divórcio, Emenda Constitucional n. 9/77 e Lei n. 6515/77, que modificou o conceito de família, reconhecendo-se a formação de novas famílias. A Constituição Federal de 1988, teria vindo como um marco divisor, “ápice” nas palavras do Ministro. Antes dela, a família era só a matrimonial e com ela veio o reconhecimento jurídico de outras formas familiares.³⁷³

A modificação, para o Ministro, estaria representada na saída do enfoque patrimonial para o afetivo como elementos centrais da caracterização da entidade familiar. Ainda, a família deixa de ser uma “*instituição-fim em si mesmo*”, para

...identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Direito de família e o novo Código Civil, p. 93,

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2264

³⁷³ Ibid., p. 2265-2266.

citado por Maria Berenice Dias, Manual de direito faz famílias, 2010, p. 43) [...] Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite que a união homoafetiva seja admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso IIIº, incisos II e IV, e 5º cabeça e inciso I.³⁷⁴

O ministro considera então que em 1988 houve a “*ressignificação do ordenamento jurídico*” e “*compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional*”, este “*fenômeno denominado constitucionalização do Direito (...) revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil*”.

A consequência da constitucionalização do direito civil vinculado ao patrimônio e restrito ao “ter” para o direito do “ser”, da personalidade, da existência implicaria, para o Ministro, que relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato seria “*não reconhecer essa modificação paradigmática o Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República*”.³⁷⁵ Ao Ministro, colocar esta união na categoria da sociedade de fato, implica nota patrimonial que não considera a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana:

Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial, longe dos juízos de família e “Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de qualquer compartilhamento de vida, e não de

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2266: Cita Pietro Pierlingiri: “a família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma um formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função (O direito civil na legalidade constitucional, 2008, p. 989)”

³⁷⁵ Ibid., p. 2267.

obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial.³⁷⁶

O Ministro afirma que a homoafetividade é um fenômeno cuja causa inexistente consenso, seja genética ou social, mas “*não se trata de mera escolha*”. O Ministro pontua que embora as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato fossem um avanço em relação à situação anterior quando proferidas, elas hoje “*reproduzem o preconceito e trazem à balha o despreço à dignidade da pessoa humana*”:³⁷⁷

Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmento (‘Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais’. In Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos, 2008, p. 644), estar-se-á transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização.³⁷⁸

Faz analogia à construção jurisprudencial da sociedade de fato heterossexual.³⁷⁹ O ministro afirma que “*a proibição de instrumentalização do ser humano*” com o objetivo de viabilizar “*projeto de sociedade alheio*” compõe o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana:

A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.³⁸⁰

³⁷⁶ Ibid., p. 2268.

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2268.

³⁷⁸ Ibid., p. 2268.

³⁷⁹ Ibid., p. 2269.

³⁸⁰ Ibid., p. 2269: “As opiniões doutrinárias asseveram trata-se do ‘valor dos valores’, do ‘ponto de Arquimedes no Estado constitucional’ (Ingo Wolfgang Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada. [...] A dificuldade de extrair o exato significado da

Atesta a receptividade do seu raciocínio no direito internacional mencionando a proteção jurídica ao “projeto de vida”.³⁸¹ O ministro coloca que o Estado existe para “*auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade.*”³⁸²

Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.³⁸³

Cita que há um óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual, o art. 3, IV da Constituição Federal, sendo inviável a interpretação de forma a se concluir contra esse “*princípio basilar*”, pois despreza a sistemática integrativa dos princípios. O ministro ressalta que “*de nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante.*” Cita

expressão ‘dignidade humana’ conduz a conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma ‘zona de certeza positiva’ no tocante aos elementos essenciais do conceito.”

³⁸¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2269-2270: “Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso Gutiérrez Soler versus Colômbia, julgado em 12 de setembro de 2005: ‘Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo ‘projeto’ encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)’”.

³⁸²Ibid., p. 2270: O STF já teria consolidado a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira.”

³⁸³ Ibid., p. 2270.

o julgamento do Recurso Extraordinário n. 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, que declarou a inconstitucionalidade da aplicação da “Lei da Ficha Limpa” às eleições de 2010, por desarmonia com o art. 16 da Constituição Federal e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351/DF, relativo aos pequenos partidos políticos no caso “Cláusula de Barreira”.³⁸⁴

O Ministro é expressamente contrário ao óbice constitucional da literalidade,

não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do §3 do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o quem impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais.³⁸⁵

“Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei n. 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da

³⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2271.

³⁸⁵Ibid., p. 2272: “Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais da hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (A eficácia dos princípios constitucionais, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em Elementos de direito administrativo, 1980, p. 104, ressalta: Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo sistema de comandos. E a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema violado, subversão de seus valores fundamentais, contumélia remissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.³⁸⁶

3.10 Celso de Mello

Falando da intervenção do *amicus curiae* como fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal, o Ministro parabeniza a atuação das partes e intervenção das entidades, incitando a pluralização do debate constitucional em torno da matéria “(ADI 2321-MC/DF, Rel. Celso de Mello, v.g.)”.³⁸⁷ Cita:

Gilmar Mendes (Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) – como ‘mediador entre diferentes forças com legitimação no processo constitucional’, em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, ‘As ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro’, ‘in’ RDA 211/125-134, 133), conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, tudo para que não se instaure, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável déficit de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal

³⁸⁶ Ibid., p. 2273.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2274-2275: e permitindo que o STF dispusesse de “todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, “A nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2ª ed., 2004, Renovar; Andre Ramos Tavares, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; Alexandre de Moraes, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000. Atlas; Damares Medina, “Amicus Curiae: Amigo da Corte ou da Parte?”, 2010, Saraiva, v.g.) quando no exercício de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.

profere no exercício, em abstrato, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.³⁸⁸

Já quando analisa a repressão ao ‘pecado nefando’, a partir do ‘*liber terribilis*’ das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar, o Ministro faz um apanhado histórico, citando o Livro V, das Ordenações do Reino (Ordenações Afonsinas, 1446, Ordenações Manuelinas, 1521, Ordenações Filipinas, 1603), que imputava cruel pena de morte aos homossexuais. O ato de sodomia era também qualificado como “pecado nefando”, “*cousa indigna de se exprimir com palavras*”, “*cousa da qual não se pode fallar sem vergonha*”, possuíam sanções gravíssimas “*aos autores dessas praticas sexuais tidas por desviantes*”. Cita Verônica de Jesus Gomes, *Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa*”, Niterói, UFF, 2010.³⁸⁹

Trata-se de traçar um histórico sobre o tratamento jurídico da questão.³⁹⁰ Passando a tratar do reconhecimento, por imperativo

³⁸⁸ Ibid., p. 2275-2276.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2278.

³⁹⁰ Ibid., p. 2278-2281: “*Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, ‘em segredo ou em público’. Aquele que soubesse de algum ‘desviante’ e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degradedado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.*

(...)

As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...). As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao ‘descobridor’, quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degrado perpétuo os que não colaborassem com a justiça e a reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

(...)

constitucional, da união estável homoafetiva como legítima entidade

Esse código legislativo apresentou inovações que merecem destacadas. O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer. A molície entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas com primeiras ordenações, passou a ser punida gravemente com a pena do degredo para as galés 'e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia do peccado':

(...)

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubesse de sua prática.

“A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, intensificou-se, ainda mais, com o processo de expansão colonial lusitana, a ponto de el-Rei D. Sebastião, preocupado com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT ('Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial').

“Naquela fase do nosso processo histórico, no entanto, não foram apenas as autoridades seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra 'Confissões da Bahia'), reprimiu-os e puniu-os, severamente, em nosso País, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que deve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO ('A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil'):”

“Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródomos de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, Sodomia na Bahia: o amor que não ousava dizer o nome'), experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação, como resulta claro da punição (pena de prisão) imposta, ainda hoje, por legislação especial, que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito das organizações castrenses (CPM, 235), o que tem levado alguns autores (MARIANA BARROS BARREIRAS, Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM, in Boletim IBCCRIM, ano 16, n. 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?, v.g.) a sustentar a inconstitucionalidade material da referida cláusula de tipificação penal, não obstante precedente desta Cosrte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. Moreira Alves).

familiar, o ministro afirma que esses exemplos históricos reafirmam o dever de providenciar a tais

...a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigualmente as pessoas em razão de sua orientação sexual. [...] Esta decisão – que torna efetiva o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns.³⁹¹

O Ministro coloca que essa visão do tema vem sendo apresentada por “eminentemente autores”.³⁹² Ainda, entrelaça poder e conhecimento na decisão, ao referenciar um precedente.³⁹³ Destaca ainda, “notáveis

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2286.

³⁹² Ibid., p. 2288: “a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, Direito de Família – Elementos críticos à luz do Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INWINKL SALEM VARELLA, Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, A homossexualidade no Direito, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HERMATIUK MATOS. União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, Uniões homossexuais: efeitos jurídicos, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica, in Revista da AJURIS, n. 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

³⁹³ Ibid., p. 2288-2290: “Cumpro rememorar, neste ponto; tal como eu já o fizera em decisão por mim proferida na ADI 3.300-MC/DF, de que fui Relator,

Julgamento emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região” região creditada com o atributo de vanguarda no tratamento de temas jurídicos em proteção do cidadão.³⁹⁴

a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora, hoje ilustre Advogada, MARIA BERENICE DIAS (‘União Homossexual: O preconceito e a justiça’, p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

“Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança da mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, podem fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculo em que há compromisso amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroaferiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar.(...) Independe do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas – como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).’

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2290-2291: “Relação Homoerótica – União Estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – analogia – princípios gerais do direito – visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime de comunhão parcial.

O Ministro então se volta para o art. 226, §3 da CF88 que “*constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar.*” O ministro afirma que não vê

a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, ‘Teoria do Ordenamento Jurídico’, p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de um ‘silêncio eloquente’ capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se,

Apelações desprovidas. (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Civil – grifei).

”(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7.

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seri dispensar tratamento indno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual) como se tal aspecto não tivesse rlação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização de plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenomeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – como o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios nortadores da constituição pátrica, a união entre homossexuais como passível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Preidência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (Revista do TRF/4ª Região, vo. 57/309-348, 310, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA)

constitucionalmente, ‘como entidade familiar’ (CF, art. 226, §3º).³⁹⁵

Para sustentar a sua posição pelo mesmo regime jurídico aplicável, cita novamente princípios constitucionais.³⁹⁶ O Ministro considera que o Supremo Tribunal Federal possui um função contramajoritária no Estado Democrático de Direito.³⁹⁷

O Ministro afirma que esse aspecto talvez explique a oposição das correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2292-2294: “*Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a autorizada observação de DANIEL SARMENTO (‘Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais’, in Igualdade, Diferença e Direitos Humanos’, p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris), cuja lição, apoiando-se em consistente interpretação sistemática e teleológica do art. 226, §3º, da Constituição, corretamente enuncia o exato sentido da norma constitucional em referência:*

(...)

Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, ‘a contrariu sensu’, o banimento constitucional da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceitos. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a ‘inclusão’, como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais.”

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2296: “princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1, III, e art. 3, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero de entidade familiar.”

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 2296: “orgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.”

Nacional, às propostas de incorporação ao sistema de direito positivo, de inovações fundadas nas transformações por que passa a sociedade contemporânea. O Poder Legislativo seria influenciado pelos valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira e se mostra adverso ”à *qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento jurídico nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.*” Sustenta o ministro que a sujeição dos grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria compromete a legitimidade da instituição parlamentar. O princípio majoritário que desempenha um importante papel decisório no âmbito das instâncias governamentais não pode, “*na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional*”, frustrar direitos fundamentais ou se descaracterizará a “*própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito*”.³⁹⁸ Cita jurisprudência sobre o assunto.³⁹⁹ Cita “eminente Professor Geraldo Ataliba (‘Judiciário e Minorias’, ‘in’ Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às ideias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatadamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração. [...] Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política.⁴⁰⁰

Para o ministro, esta postura é a que permite assegurar de modo efetivo a plenitude de meios que permitam às minorias exercer os direitos fundamentais concedidos a todos, sem distinção.⁴⁰¹

Em seguida, passa a tratar de um direito à busca da felicidade que seria na sua opinião um “*verdadeiro postulado constitucional implícito*”.⁴⁰² O Ministro sustenta que “*o postulado da dignidade*

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2297.

³⁹⁹ Ibid., p. 2301: MS 24.831/DF, Rel. Min. Celso de Mello – MS 24.849/DF, Rel. Min Celso de Mello – MS 26.441/DF, Rel. Min. Celso de Mello

⁴⁰⁰ Ibid., p. 2301-2302

⁴⁰¹ Ibid., p. 2304.

⁴⁰² Ibid., p. 2306.

humana” que representa “*verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País*” em que se assenta “*a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina.*”⁴⁰³ Segue para dizer que “*o direito à busca da felicidade*” se mostra comprometido quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se em assegurar a fruição de direitos fundamentais a grupos majoritários. Cita que as raízes deste direito “*mergulham*” na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776 e apresenta construção doutrinária em torno dela.⁴⁰⁴ Cita a própria

⁴⁰³ Retirado pelo ministro de: JOSÉ AFONSO DA SILVA, Poder Constituinte e Poder Popular, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIROA, Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATO NUNES, O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo, 2008, Renovar, v.g.)” (p. 2307)

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2308-2310: Cita que o texto dessa declaração é influenciado por ideias iluministas, precedidas por John Locke, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman após o trabalho de outros, incluindo George Mason que pouco antes redigira a Declaração de Direitos da Virgínia.”

“*Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTS DRIVER (‘A Declaração de Independência dos Estados Unidos’, p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas:*

“*Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O hoeme é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutualmente benéfica.*”

“*A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição*

Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que tem aplicado esse princípio em alguns precedentes e “ao apoiar os seus ‘ *rulings* ’ no conceito no conceito de busca da felicidade (*‘pursuit of happiness’*), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável,...” aplicando-se a situações envolvendo a proteção da intimidade, garantia do direito de casar-se com a pessoa de outra etnia, casar-se novamente, utilizar anticoncepcionais e outros exemplos.⁴⁰⁵ Segue mencionando a positivação do direito pela busca da felicidade em outras constituições.⁴⁰⁶

Sobre o “*afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família*”, o ministro entende que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo representará o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas merecem o amparo do Estado e, por respeitar os mesmos requisitos, merecem “*o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais*”.⁴⁰⁷ Reforça a questão com a opinião de juristas.⁴⁰⁸

constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, eum sua dimensão global, do próprio texto normativo da constituição.”

“Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-Agr/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu, no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade, um ‘importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais’, como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho (‘O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal’).”

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2310-2311.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 2311: Ressalta que tal direito, da busca da felicidade, foi positivada na Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), na Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que contém esse reconhecimento) e a recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo).

⁴⁰⁷ Ibid., p. 2312.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 2314-2315: Cita a Procuradoria-Geral da República. Cita “ilustre advogada” Maria Berenice Dias (‘A homoafetividade como direito’, in ‘novos direitos’, coord. Mauro Nicolau Junior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá). Ainda,

O Ministro continua, falando sobre “*Princípios de Yogyakarta: o direito de constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero*” que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais na conferência realizada na Indonésio em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos:

Esta Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gêneros fez consignar, em seu texto, o Princípio n. 24, cujo teor assim dispõe:

‘DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem

“no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de pergil constitucional: (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, ‘Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey – GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, ‘Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso’, p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas – MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, ‘Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência’, p. 10/12, item n. 1.5.2., 2008, Saraiva, v.g.) e, em especial, PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (‘Manual da Homoafetividade’, p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Método) que atribui ao afeto verdadeiro ‘princípio jurídico-constitucional’.

Cita o “eminente Professor (e ilustre membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO (op. cit., p. 643)” que reconhece o afeto enquanto valor jurídico-constitucional, elemento fundamental das relações do direito de família, “inclusive no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo”.

discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos e emprego e imigração;

f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para terceiros não-casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não casados do mesmo sexo; (...)⁴⁰⁹

O ministro sustenta que a colmatação de omissões constitucionais é “*um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República*”:

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie,⁴¹⁰ por pura e simples omissão dos poderes públicos.⁴¹⁰

Cita o próprio Supremo Tribunal Federal sobre o ativismo judicial⁴¹¹ e sua continuidade histórica⁴¹² sustentando que o

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2316-2318.

⁴¹⁰ Ibid., p. 2318-2319: O ativismo judicial, “*embora moderadamente desempenhada pela Corte Suprema em momentos excepcionais*”, seria uma necessidade institucional decorrente da omissão pelo poder público quando se tratar de comportamento estatal ofensivo à Constituição.

⁴¹¹ Ibid., p. 2319- 2320: ‘DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADE DE COMPORTAMENTOS INSTITUCIONAIS DO PODER

*“desprestígio da constituição”, por inércia dos poderes, “representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional”, “pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado...”*⁴¹³

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, julgo procedente a presente ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do

PÚBLICO. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non prestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (....).’

(ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello)

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2320-2321: “revelada, entre nós, já no período monárquico”: (Pimenta Bueno, ‘Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império’, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958), (José Afonso da Silva, ‘Aplicabilidade das Normas Constitucionais’, p. 226, item n. 4, 3 ed., 1998, Malheiros; Anna Cândida da Cunha Ferraz, ‘Processos Informais de Mudança da Constituição’, p. 217/218, 1986, Max Limonad; Pontes de Miranda, ‘Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969’, tomo I/15-16, 2 ed., 1970, RT, v.g.), “em lições que acentual o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo”.

⁴¹³ Ibid., p. 2321: “Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros de conflitos que se registram no domínio social e arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.”

mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculantes, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre duas pessoas do mesmo sexo.⁴¹⁴

3.11 Cezar Peluso (Presidente)

O Ministro Cezar Peluso também registra a atipicidade de conhecer as demandas como ações diretas de inconstitucionalidade, visto que o artigo 1.723 do Código Civil é reprodução do artigo 226, §3 da CF88.

Estariamos, sim, diante de um caso de pura interpretação constitucional, que não poderia ser objeto de ação de inconstitucionalidade sob pretexto de que teríamos que interpretar a própria Constituição de acordo com a Constituição.⁴¹⁵

Retoma o argumento, contudo, da utilização da norma como óbice ao reconhecimento de outras modalidades de entidade familiar, pois evidente que o artigo não seria taxativo Reconhece que há uma lacuna normativa na “*disciplina dessa entidade familiar reconhecível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais...*”. Reconhece divergir, portanto, da opinião do Relator. Destaca a presença “*basicamente, da similitude – não da igualdade –*”. Se há uma lacuna a ser preenchida “*segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia*”, por que classe de normas seria?⁴¹⁶

Diz que ele mesmo, há mais de vinte anos numa conferência pronunciada na Associação dos Advogados de São Paulo e, depois estampada na Revista dos Advogados, sustentou contra jurisprudência dominante no TJSP que não havia normas diretas de regulamentação da união estável, mas que não poderiam ser aplicadas as soluções com normas de direito não familiar. Isso, em virtude do elemento da afetividade que afastam a regulação de sociedades de ordem comercial:

⁴¹⁴ Ibid., p. 2322- 2323.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2324

⁴¹⁶ Ibid., p. 2325.

De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela natureza normativa de cada qual.⁴¹⁷

Afirma que com a procedência da ação, os ministros colocam-se diante de um campo hipotético que não se pode examinar exaustivamente. A imaginação não seria capaz de prever todas as consequências, desdobramentos, todas as situações possíveis do pronunciamento.

E isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênica – pensamento estritamente pessoal –, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.⁴¹⁸

O Ministro Gilmar Mendes observa que a decisão do Supremo retira qualquer consideração no sentido de que a tentativa de regulamentação no plano infraconstitucional esbarraria numa impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, a ser considerada inconstitucional.⁴¹⁹ Em seguida, faz um apelo ao Relator para que contemple na ementa a diversidade dos fundamentos trazidos. Ao qual o Ministro Ayres Britto concorda. O Ministro Cesar Peluso concorda que

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2326.

⁴¹⁸ Ibid., p. 2327.

⁴¹⁹ Ibid., p. 2328.

houve uma diversidade de fundamentos, “*convergentes, todos, mas vários*”.⁴²⁰

3.12 Debate

Em seguida, houve um pequeno debate.⁴²¹ Mais precisamente, uma intervenção da Ministra Cármen Lúcia para que, no futuro, as decisões do mesmo tema possam ser tomadas de forma monocrática. Tal foi aprovado e, assim, os ministros passaram a ter atribuição delegada.

3.13 Ementa⁴²²

Decisão: Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o Professor Luiz Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos amici curiae Conectas Direitos Humanos, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI-UFMG e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – Centro de Referência

⁴²⁰ Ibid., p. 2329.

⁴²¹ Ibid., p. 2330.

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2334-2338.

GLBTTT; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçalves; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.05.2011.

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA A CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA.

CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do uso concreto do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPREGA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade

cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3 do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição

para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formulação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “*do regime e dos princípios por ela adotados*”, *verbis*: “*Os direitos e garantias expressos nesta 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*”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.

Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”).

RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 05 de maio de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

3.14 Análise: a mudança da compreensão do direito

Os votos apresentados trataram da jurisdição de diversas perspectivas: papel do poder judiciário em relação ao poder legislativo;

papel do poder judiciário em relação à CF88; papel do poder judiciário em relação às demandas apresentadas ao judiciário. Os ministros também abordaram o objeto central do tema da decisão, união homoafetiva, para a comunidade em geral e para a comunidade jurídica.

Percebe-se no discurso que a jurisdição e a questão central sofreram mudanças ao longo do tempo. Em cada voto o discurso apresenta um caminho argumentativo diferenciado, alguns mais próximos em suas premissas e fundamentos e outros mais distantes. Os votos definem a ideia de compreensão do direito e sua mudança.⁴²³

Especificamente na questão hermenêutica, os ministros podem dizer utilizar as mesmas interpretações, porém alcançam conclusões distintas. Isto ocorreu com a chamada interpretação sistemática. Por exemplo, o Ministro Ayres Britto concluiu que a CF88 não era taxativa em seu art. 226 e esta reconheceria a união estável homoafetiva com condição de igualdade em aplicabilidade direta do artigo 1.723 do CCB em interpretação com resultado extensivo do texto. Ao mesmo tempo, a Ministra Carmem Lúcia afirmou a taxatividade da CF88 para realizar uma interpretação sistemática para justificar apenas impossibilidade de desconhecer tal união, realizando uma aplicação do artigo 1.723 do CCB por analogia juris.

O Ministro Lewandowski deu destaque para a intenção do legislador, com base em dados históricos, e outros deram atenção para a intenção da lei, apresentando um comparativo com o desenrolar da questão da capacidade da mulher e do divórcio.

A interpretação sistemática foi fortemente sustentada em princípios sem conteúdo definido em lei e transferiu boa parte da discussão do tema para a teoria da argumentação. A teoria de Peter Haberle apareceu no procedimento, com a utilização do *amicus curiae*, e nominalmente na argumentação na sua teoria do pensamento do possível. Os conceitos dados aos princípios são trabalhados pelos ministros a partir de decisões passadas e da opinião da doutrina especializada para sustentar a verossimilhança de seu discurso e, assim, a tópica de Viehweg é aplicável.

⁴²³ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 119: “Ou seja, observando uma certa comunidade, nós podemos determinar (i) que normas são nela consensualmente reconhecidas como estipulando o que é direito e (ii) a que instâncias ou instituições atribui ela, também consensualmente, a legitimidade para levar a cabo esse reconhecimento do direito.”

Apesar da norma posta, os princípios positivados frente à situação fática hipotética em análise apresentaram o que os ministros denominaram de lacuna axiológica. Essa lacuna foi utilizada como espaço indeterminado que Kelsen diz próprio para criação do direito pela autoridade competente.

A hipótese que estabelecia uma relação direta entre direito e jurisdição foi, portanto, confirmada: não há direito sem que alguém o estabeleça e, neste sentido, não há um direito dado a ser descoberto. A relação entre direito e jurisdição é de autoria exercida nesta criação. A vigência do ordenamento depende da autoridade que lhe utiliza como fundamento:

O fato de a idéia jurídica não poder aplicar-se por si mesma, resulta que ela não dispõe sobre quem deve aplicá-la. Em toda transformação há uma *auctoritatis interpositio*. Uma determinação distintiva sobre que pessoa individual ou que instância concreta pode exigir para si tal autoridade, não pode ser extraída da mera qualidade jurídica de um princípio.⁴²⁴

Este atributo é, em tese, reconhecido pela comunidade a partir da noção já estabelecida do suporte não escrito. No positivismo esta autoria deve ser imputada à uma autoridade com competência estabelecida em lei. No pluralismo esta autoria deve ser imputada a um autor legitimado pela comunidade. Há uma própria inversão do pensamento: torna-se direito por ser utilizado como fundamento na decisão pela autoridade. Talvez, por isso mesmo, desde muito se utiliza o termo fontes de direito. E se autoridade e comunidade não dividem o mesmo suporte, a mesma fonte, haverá um senso recíproco de injustiça:

Porém, a comunidade revela também as hierarquias das suas creditações para dizer o direito direito. Haverá normas e instituições que aparecem creditadas mais enfaticamente, sendo seus mandatos reconhecidos como tendo maior peso.⁴²⁵

Tecnicamente, o que ocorreu nesta decisão foi que a interpretação do artigo 1.723 do CCB para opor-se ao reconhecimento da união estável seria inconstitucional. Este foi o recorte declarado por diversos ministros. Nesse sentido, o que teria sido identificado é que nesta

⁴²⁴SCHMITT, Carl. **Teologia Política.**, p. 29.

⁴²⁵HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático.** São Paulo: Annablume, 2013. p. 120

lacuna, existem um número finito e indeterminado de interpretações que não poderiam ser utilizadas.

Esta limitação à criação de um direito que é, supostamente, contrário à maioria seria coerente com a noção de legitimidade? Os ministros acreditam que a resposta é positiva. Sua justificativa é que na democracia existe em uma pluralidade de opiniões e de possíveis projetos, contudo a decisão não deveria substituir o legislador. A própria pluralidade política estaria expressa na CF88. Esse argumento convive dificilmente com a força normativa dada aos fatos da vida em diversos momentos do discurso, como no do Joaquim Barbosa, e, ainda, com o próprio poder jurisdicional de invalidar decisões tomadas no poder legislativo. A decisão contramajoritária é, então, traduzida em fazer valer uma outra vontade da maioria, sempre mais legítima, para a qual a maioria não estava atenta e também era de seu interesse. A proteção à intimidade, à felicidade e do preconceito são alguns exemplos.

É um problema, dada a já falada abertura dos princípios, estabelecer como o judiciário poderia realizar essas decisões sem incidir em mera atividade de ideologia pessoal sobre cada conceito. Embora mais distante da atividade da interpretação constitucional que a teoria de Häberle, a tópica de Viehweg parece contribuir justamente neste ponto ao forçar o desenvolvimento de um argumento. O trabalho envolvido na formação do conceito dentro da comunidade e, mais especificamente, dentro da significação objetiva, está relacionado com a rede simbólica do imaginário explicada por Castoriadis que a hermenêutica entenderá como o horizonte cultural do interprete.

A hermenêutica constitucional aberta, embora se aproxime do padrão científico da refutabilidade de fatos e argumentos trazidos, não expressa a questão da mudança da compreensão do direito de forma melhor que a tópica. Passando para a análise do casamento civil, o Relator demonstra que na égide da constituição anterior, “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (caput do art. 175, com redação da emenda constitucional n. 1, 1969). Houve um primeiro descolamento formal (texto jurídico) da proteção ao casamento para a proteção para a família diretamente.⁴²⁶ Em especial, a alteração da noção constitutiva da família com um enfoque patrimonial das relações para a noção declarativa com um enfoque afetivo das relações.

⁴²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. p. 2101.

O direito não é só produto, mas também processo e, muitas vezes, trata-se de um processo de experimentação, erro e correção que tem a sua legitimidade final medida pelo seu resultado prático no alcance das suas funções.⁴²⁷ O direito regula um espaço de convivência, realiza a acomodação de expectativas e viabiliza uma compatibilização de interesses, sejam estes convergentes ou divergentes.⁴²⁸

A questão da criação do direito na interpretação só existe efetivamente enquanto problema quando ele passa a se opor a norma. No caso estudado, do ponto de vista da literalidade, isto aconteceu e ofenderia as características do positivismo que foram apresentadas. Quanto ao pluralismo jurídico, a questão passa por observar se esta oposição normativa respeitou o procedimento pelo qual a comunidade identifica a produção do direito e trouxe maior estabilidade para as relações. Este sentido não poderia ser respondido sem uma pesquisa com dados concretos, a partir do discurso dos ministros é possível dizer apenas que eles acreditam que sim. A Ministra Carmem Lúcia menciona a questão da conquista histórica e Celso de Mello apresentou as diversas alterações sucessivas no tratamento legal do tema. O discurso de Lênio Streck, citado por um ministro, por exemplo, não identificou a decisão como uma produção de direito correta.

Apesar do forte peso doutrinário, verificamos que o procedimento utilizado para a determinação deste novo direito foi alargado. Não é um debate público no sentido que o parlamento poderia ser, mas o estabelecimento de um novo fórum em que:

Deste modo, verificam-se ganhos na transparência, objetividade, acessibilidade e legibilidade das opções normativas dos juristas, de modo que o debate sobre elas pode ser alargado à esfera pública e depurado das pré-compreensões e ideias feitas do grupo especializado dos juristas. Embora cada argumento, e suas regras de utilização, não possa ter uma validade objetiva geral, como pretende uma segunda corrente da teoria da argumentação, pois está envolvido em contextos culturais e antropológicos mais profundos que afetam o uso da linguagem e as próprias regras da lógica, pelo menos a discussão

⁴²⁷ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p.15.

⁴²⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 13.

é recolocada num plano em que os seus pressupostos implícitos são largamente partilhados, pelo que as opções tomadas podem ser avaliadas por um público mais vasto e contribuir para consensos também mais gerais e partilhados⁴²⁹

Esse alargamento é bem-vindo. Hoje, já há estudos no direito demonstrando que os consensos especializados podem causar um efeito prejudicial no direito ao desviá-lo de sua função estabilizante:

Num segundo livro [Infotopia: How Many minds produce knowledge], o autor [Cass Sunstein] parte de experiências empíricas que, combinadas com a substituição da influencia de J. Habermas pela de F. Hayek, um apologista da racionalidade do conjunto das escolhas no mercado, o encaminham para a posição de que a intervenção de especialistas tem um efeito nefasto na gestação de melhores escolhas, nomeadamente por poder da origem à formação de círculos de opinião modelados pela influência dos especialistas, mais dogmáticos e fechados ao diálogo ('information cocoons' e 'echo chambers') e acriticamente aceites pelos não especialistas.⁴³⁰

Um esboço de resposta alternativa pelo professor Hespánha é que o direito é aquilo que os destinatários – o povo – estiver, no momento relevante, a considerar como tal. Este consenso: tem que ter uma generalidade apreciável; tem que ser objetivamente observável.⁴³¹

Trata-se, portanto, de um processo interativo, em que o progresso se faz por tentativas. Na verdade, é assim que o direito evolui: estabelecimento de uma norma e sua substituição em caso de inadequação.⁴³²

[...]

Se vejo bem as coisas, os 'valores permanentes' de um sistema autopoietico são aqueles que o mantêm em funcionamento, no sentido do equilíbrio interno, face às irritações do ambiente. E não valores antecipadamente declarados como

⁴²⁹ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 126-127.

⁴³⁰ Ibid., p. 129.

⁴³¹ Ibid., p. 139.

⁴³² Ibid., p. 147.

‘constitucionais’. A constituição é um resultado, não um dado.⁴³³

Esta resposta é possível, no entanto, apenas *a posteriori*. Servindo melhor à proposta de revisão que a proposta de fundação. A propriedade do tratamento dado por este professor só pode ser tomada como uma contribuição parcial, pois entender o direito que é resolve apenas parte do problema do *gatekeeper*, aquele que diz o que o direito será.

Ainda, é preciso mencionar que o desenvolvimento das soluções jurídicas sofrem graves influências políticas de interesses diversos. Os votos apresentam uma intensa discussão sobre a função e a extensão do poder judiciário em face dos poderes executivos e legislativos. Os poderes se veem como complementares e, ao mesmo tempo, independentes e potencialmente opostos em suas competências. Desta forma, o estabelecimento de um procedimento de como o conflito irá ser resolvido influencia suas soluções possíveis. Vejamos que, similar a um plebiscito, o estabelecimento da pergunta direciona diretamente a resposta. No caso, a pergunta recortada fora: poderia o art. 1.723 ser utilizado como óbice ao reconhecimento da união homoafetiva? A conclusão fora unânime: não. Contudo, a pergunta não foi: a união homoafetiva é uma união estável? Caso em que, conforme registrado na própria ementa, a votação não seria unânime.

A arquitetura da decisão possui um papel importante no contexto em que as pessoas fazem suas escolhas. A existência de um padrão na ausência de uma especificação é uma maneira de influenciar um resultado ou entendimento. Um exemplo simples é o atual regime de bens, comunhão parcial, caso nenhum outro seja especificado. Antes do novo CCB, a maioria dos casamentos possuía o regime da comunhão universal e, após, a maioria dos casamentos passou ter o regime da comunhão parcial, o padrão. Contudo, o Estado poderia ter optado simplesmente por forçar a escolha, sem determinar um padrão. O importante é que a arquitetura ajude a melhorar a habilidade de mapear e selecionar opções para permitir ações.⁴³⁴

No contexto histórico, a decisão do STF estabeleceu as condições necessárias para a resolução do CNJ que estabeleceu a obrigação dos cartórios promoverem o próprio casamento entre pessoas do mesmo sexo. O CNJ não teve problema em agir como legislador positivo ou,

⁴³³ Ibid., p. 149.

⁴³⁴ SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H; BALZ, John P. **Choice Architecture**. Disponível em: <http://ssm.com/abstract=1583509>. Acesso em: 05.05.2013

mais sutilmente colocado pelos ministros, realizar interpretação com eficácia aditiva. Seja de forma consciente ou não, este resultado só foi possível pela forma em que essas diversas decisões sucessivas foram apresentadas.⁴³⁵

Outro fator que apareceu extensivamente nos votos foi a apropriação de direitos consagrados no exterior, sejam inseridos dentro do que poderia se chamar de direito internacional ou dentro daquele que os próprios votantes chamaram de direito comparado, trata-se da apropriação local de um catálogo exterior tido como universal. Em especial, necessário à crítica ao direito da busca à felicidade em que ficou extremamente ambíguo em que medida o Estado deve intervir para garantir este direito.⁴³⁶ Não só essa margem necessitaria futuros esclarecimentos, como também há a necessidade de uma conscientização de que o direito à busca não possui nada, nada, em comum com o direito à felicidade.

Neste tópico serão abordados os argumentos principais verificados na decisão selecionada que foram expressamente trabalhados pelos participantes no processo de decisão.

3.14.1 Necessidade

Uma justificativa para a inovação na jurisprudência é o argumento de que a decisão tomada foi necessária. A necessidade aparece no discurso como um permissivo. Uma condição para autorizar e aumentar poderes de forma temporária.⁴³⁷ A construção teórica no segundo capítulo estabeleceu que a necessidade é socialmente

⁴³⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 130: “Sunstein não deixa de aplicar esta conclusão a problemas práticos de política do direito, criticando a primazia de um direito modelado pela Supreme Court sobre o direito que corresponda à interpretação popular, embora docemente guiada (nudged) por “arquitetos de escolhas”(choice architects);”

⁴³⁶ *Ibid.*, 135: “De alguma forma, este requisito de apropriação ‘local’ de catálogos universais de direitos corresponde àquilo a que se tem chamado ‘glocalização’: o mais provável é que o direito funcione mal – que dê origem a maus resultados (insatisfatórios, perturbadores ou pouco estabilizadores das relações sociais) quando é estendido artificialmente, autoritariamente, para fora do seu ‘ambiente’ de origem.”

⁴³⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p. 40. “Mais do que tornar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção.”

construída. A necessidade será entendida sempre como de interesse daquele a quem a ação, quase sempre apresentada como alguma forma de sacrifício, é decorrente da necessidade imposta por algo superior e externo contra o qual não compensa ou não se pode opor.

E, na necessidade de transgressão, cria-se algo que pode constituir nova regra a partir do momento em que esta necessidade deixa de ser transitória:

O homem não é essa necessidade que comporta seu 'bom objeto' complementar, uma fechadura que tem sua chave (a encontrar ou fabricar). O homem só pode existir definindo-se de cada vez como um conjunto de necessidades e de objetos correspondentes, mas ultrapassa sempre essas definições – e, se as ultrapassa (não somente em um virtual permanente, mas na efetividade do movimento histórico), é porque saem dele próprio, porque ele as inventa (não arbitrariamente por certo, existe sempre a natureza, o mínimo de coerência que a racionalidade exige e a história precedente), portanto, que ele as faz fazendo e se fazendo, e nenhuma definição racional, natural ou histórica permite fixá-las em definitivo. 'O Homem é o que não é o que é, e que é o que não é', já dizia Hegel.⁴³⁸

A lacuna, para o direito, constitui-se não só na atenção consciente a um campo por ele negligenciado e dominado por outras instituições ao qual a autoridade que representa o direito deve, por algum motivo, agir introduzindo o direito. O resultado é expandir próprio o campo em que vige o direito em que, para restabelecimento da sua própria "normalidade".

3.14.2 Elaboração cultural

O processo de elaboração cultural é relevante para o direito, pois não há dúvida que o direito é uma obra cultural. Essa elaboração cultural foi relacionada com o processo descrito na argumentação tópica.

⁴³⁸CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Trad. Guy Reynaud. Revisão técnica Salinas Fortes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 164.

A normatização deriva de diversos movimentos comunitários, majoritários e contra majoritários, que unificam⁴³⁹ os interesses dos membros dessa comunidade. A relação passado-presente constitui uma noção de eu e outro em uma mesma sociedade. O direito de hoje é outro direito, ainda que textualmente o mesmo direito de ontem. Essa mentalidade aparece quando é apresentada a noção de família e as mudanças paulatinamente positivadas na lei e nas constituições brasileiras.

A convicção do que seria o correto relaciona-se com o imaginário social como elemento que sobredetermina as escolhas entre as alternativas possíveis e estabelece as conexões entre as instituições enquanto redes simbólicas.⁴⁴⁰ O direito, nesse marco, é uma rede simbólica socialmente sancionada, em que se combina em proporções e em relações variáveis um componente funcional e um componente imáginario.⁴⁴¹

Este caso apareceu na menção ao caso das da esposa e a companheira que pleiteavam a divisão da pensão. O tribunal local sancionou a interpretação daquilo que parecia correto considerando a construção social daquela região. Essa mentalidade não possui a mesma circularidade no resto do Brasil, culminando na reforma pelo tribunal federal que manteve, corretamente na perspectiva positiva, à superioridade da lei perante as demais fontes. A formação do conceito e sua relação com a decisão tornam difícil identificar o que foi imaginado de forma subjacente àquela definição ou conceito tratado na decisão.

O componente imaginário possui algo de irreduzível ao funcional com um sentido que não é ditado pelas circunstâncias materiais, enquanto é ele que confere a estas próprias circunstâncias materiais a sua importância e seu lugar no universo que a comunidade constitui para si mesma: seu conteúdo e sua forma de viver.⁴⁴²

De fato, as organizações só existem no simbólico, dito em segundo grau, por cada ter constituído sua rede simbólica, por exemplo:

⁴³⁹Ibid., p. 174-175: “*Para que esta junção entre as tendências dos inconscientes individuais possa produzir-se, para que o discurso do profeta não permaneça alucinação pessoal ou credo de uma seita efêmera, é necessário condições sociais favoráveis tenham moldado, numa área indefinida, os inconscientes individuais e os tenham preparado para esta ‘boa-nova’.*”

⁴⁴⁰CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Trad. Guy Reynaud. Revisão técnica Salinas Fortes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 175.

⁴⁴¹Ibid., p. 159.

⁴⁴²Ibid., p. 156.

uma organização econômica, uma organização jurídica, uma organização política, uma organização religiosa.⁴⁴³ Ainda que o represente, o imaginário se separa do real e, aí, abre-se ao menos duas possibilidades: a de colocar o imaginário no lugar do real ou a de colocar o imaginário a serviço do real.⁴⁴⁴

Este mundo no qual a lei é aplicada é cada vez constituído e articulado em função de um sistema de significações, e essas significações existem, uma vez constituídas, na forma do chamado imaginário efetivo (o imaginado) decorrente daquele imaginário radical, indeterminado. Há uma capacidade de inovar entre as coerções do real e do racional:

O simbolismo não pode ser nem neutro, nem totalmente adequado, primeiro porque não pode tomar seus signos em qualquer lugar, nem pode tomar quaisquer signos. Isso é evidente para o indivíduo que encontra sempre diante de si uma linguagem já constituído, e que atribui um sentido “privado” e especial a tal palavra, tal expressão, não o faz dentro de uma liberdade ilimitada, mas deve apoiar-se em alguma coisa que “aí se encontra”.⁴⁴⁵

3.14.3 Suporte não escrito

O suporte não escrito identifica-se com o tratado no pluralismo jurídico sobre a validação externa do que é direito. Em que pese o positivismo não reconhecer tal necessidade, há a ironia de considerar que o positivismo é uma forma de direito de determinada comunidade em determinado período histórico. Esta consideração permite considerar que o positivismo sofre uma validação externa, ainda que não a reconheça. A noção do suporte não escrito aparece na decisão nos momentos em que se discute como a conduta em questão saiu da marginalidade para a publicidade e que a comunidade se adaptou de forma estável à questão.

O estudo citado da obra “Gypsy Law” já confirmou que quando um argumento trazido está conforme um pressuposto oculto que passa despercebido ao ouvinte que também o possui, é comum o acolhimento da proposição enunciada. Já quando o acolhimento da proposição

⁴⁴³Ibid., p. 142.

⁴⁴⁴CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade.** Trad. Guy Reynaud. Revisão técnica Salinas Fortes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 154.

⁴⁴⁵Ibid., p. 146-7.

enunciada evidência ao ouvinte – e terceiros – o pressuposto escondido, há verdadeira resistência ao argumento trazido que reforçaria o pressuposto.

Um elemento essencial na estratégia de explorar as preconcepções do auditório, seja este uma corte ou um outro corpo decisório. Se isto fosse feito de maneira direta, seria recebido como um insulto ou ressentido. Se, entretanto, a argumentação for apenas insinuada, os pressupostos do auditório são confirmados e uma simpatia pela causa pela qual se argumenta é estabelecida. (tradução livre)⁴⁴⁶

O suporte não escrito refere-se às regras informais e pressupostas presentes em uma sociedade. Nos votos, falou-se em núcleo familiar, afeto, mas também em projeto comum e estabilidade. O que permite questionar: ainda que o afeto predomine sobre o sangue na constituição família e o projeto comum substitua o casamento, não estaria esta família inserida naquele pressuposto de unidade econômica e tal adaptação seria uma resposta à necessidade de segurança e previsibilidade dos negócios? Ora, esta nova família passa voluntariamente à sujeitar-se às regras de herança das demais famílias que foram constituídas dentro de uma ideologia própria, visto que há, ou ao menos, houve autores que foram terminantemente contra tal questão. Ainda, a decisão trouxe exemplos como a necessidade de reconhecimento dessa parceria para viabilizar financiamentos imobiliários, uma decisão que está estreitamente relacionada com a ideia de uma casa própria.

Essas questões eminentemente patrimoniais, ou seja, no âmbito das instituições econômicas, são reapropriadas pelo direito. O reflexo do discurso do afeto é patrimonial. Em verdade, a liberdade de realizar esses negócios é percebida como um reconhecimento da dignidade da pessoa humana e o direito à busca da felicidade. Este ponto é a já mencionada “ambiguidade” que, portanto, passam a ter seu significado dentro da sociedade coordenado por mais de uma organização, ou seja, são símbolos coordenados por duas ou mais redes simbólicas.

⁴⁴⁶ WEYRAUCH, Walter O. (Coord.). **Gypsy Law**: Romani legal traditions and culture. Los Angeles: University of California press, 2001. p. 71. :“An essential element of strategy is the exploitation of the preconceptions of the people who are addressed, whether they are part of a court or some other decision-making body. If this were done directly, it would probably be resented or considered insulting. If, however, the advocacy remains at the level of innuendo, it confirms the preconceptions of the addressee and thus establishes sympathy for the advocate and the cause.”

Esse suporte não escrito não é a moral. É um outro produto cultural de diversos campos, a que de forma inconsciente atribui-se uma função normativa e que é capaz de estabelecer um direito informal que constitui nosso senso de justiça e que podemos opor ao direito formal.

Essas considerações induzem a concluir que a alteração de sentido sem mudança de texto ocorre necessariamente pela interação de atributos informais de outras instituições, reconhecidas explicitamente ou não na hermenêutica utilizada pela jurisdição em análise. Essa interação não ocorre em um mundo abstrato, ela ocorre na cabeça do intérprete que decide o significado da norma e sua aplicação no caso concreto. Nesse sentido, é preferível tratar menos a questão como sistêmica, enfocando na perspectiva de que uma pessoa precisa de dar sentido ao seu contexto. É possível convir que se trata de ter uma outra perspectiva de um mesmo fenômeno:

A institucionalização produz uma seleção evolutiva na medida em que escolhe-se consensualmente quais projeções normativas são úteis em uma sociedade. E a identificação objetivo-sensorial produz a estabilização evolutiva dessas aquisições ao absorverem a norma em um sistema consistente de significados, sedimentando-a e, assim, esclarecendo que agora é ela que gera consenso, via interpretação e fundamentação, tornando-se, assim, capaz de atravessar as oscilações dos mecanismos institucionalizantes.⁴⁴⁷

Indo além, os sistemas de normatização paralela tendem a prevalecer na comunidade de sua origem na hipótese de uma antinomia. Contudo, sua força é igualmente sua fraqueza, pois o sistema jurisdicional dominante tende a tomar este poder paralelo de dar a lei sempre que ele se torna visível.⁴⁴⁸

Quando um sistema de normatização paralela é conhecido, ainda que não *reconhecido*, por uma autoridade estatal que entende ter para si aquela mesma comunidade, a referida autoridade irá buscar assumir o controle pela via da legislação e da regulação.⁴⁴⁹ Partindo do

⁴⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 76

⁴⁴⁸Walter O. Weyrauch and Maureen Anne Bell, *Autonomous Lawmaking*. In: **Gypsy Law: Romani legal traditions and culture.**, p. 15: “*If private lawmaking is more visible, the state will assume control by legislation and regulation.*”

⁴⁴⁹Ibid., p. 16: “*Private lawmaking also challenges the authority of the state*”

pressuposto que o aplicador do direito está estreitamente ligado com a comunidade e já é indiscutível que a sua decisão não é uma conclusão lógica, mas uma construção hermenêutica, trata-se de uma ação política.

O suporte não escrito então age de forma a determinar o direito não só pelo seu aspecto de legitimidade diante da elaboração cultural como ligada diretamente ao poder da autoridade que visa sua própria preservação e continuidade.

3.14.4 Confiança institucional

O precedente judicial estabelece uma referência que, em relação ao suporte não escrito, é válido ou inválido. Esta relação substancial que define, em grande parte, o sentimento de justiça ou injustiça irá estabelecer predominantemente se o rompimento com o precedente contribui ou não para a confiança da autoridade jurisdicional. É um jogo delicado de dar coerência para a faculdade de romper promessas e manter a confiança na faculdade de manter as promessas, o mesmo poder político que funda ambas faculdades.

A autoridade (*auctoritas*) é aquele que intervém para conferir validade – jurídica – ao ato de um sujeito que, sozinho, não pode realizar um ato jurídico válido.⁴⁵⁰ E é justamente aqui, mais do que em qualquer outro lugar, que vemos que a autoridade está sempre ligada a uma espécie de interdição. Este fenômeno foi relatado sob outra perspectiva quando se discutiu quem teria competência para estabelecer o direito no positivismo e no pluralismo.

A confiança enquanto critério para o estabelecimento da mudança jurisprudencial se verifica no discurso do abuso ou não dos poderes concedidos. Desviar dos limites de sua jurisdição, ou seja, abusar de seu poder ou desviar sua finalidade poderia ser percebido como uma traição e irresponsabilidade por aqueles que foram representados por aquele poder. Nesse ponto, a hermenêutica desempenha um papel essencial que foi desempenhado com destaque pelo Ministro Gilmar Mendes. Não bastou determinar se podiam ou não tomar aquela decisão, em seu voto procurou demonstrar por que estavam tomando aquela decisão e, ainda, por que aquela e não outra.

A decisão examinada foi clara em recuperar diversos discursos já existentes sobre os assuntos. Utilizou argumentos retomados de decisões, doutrinas, manifestações. Trouxe também argumentos apenas

⁴⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 117.

para serem afastados e outros sequer serão conhecidos, pois não foram mencionados. A questão destes discursos apresentados em diversos momentos, por vezes com a função de memória fática, outras com a função de técnico-científica, outras como representativo de um consenso existente na comunidade demonstra claramente que a questão do reconhecimento jurídico é uma questão de validade dos discursos que são esquecidos, recuperados ou reconhecidos pela instância jurisdicional. Não raro foram às vezes em que o reconhecimento jurídico foi questionado não em relação à uma norma constitucional ou em relação ao sistemas jurídicos autônomos, fontes de direitos e de valores, com os quais a autoridade se deparou. Houve uma preocupação séria com a função do órgão jurisdicional e a relevância da questão para a comunidade o que, a partir dos pontos analisados, permitiu identificar a possibilidade de se extrair conclusões teóricas para o direito sobre sua própria política.

CONCLUSÃO

A hermenêutica jurídica é utilizada como um instrumento legitimação da decisão. Ao estabelecer um critério para inserir e excluir argumentos, a mesma contribui para a formação da significação objetiva, no caso do positivismo. Em relação ao pluralismo jurídico, a legitimidade está na apresentação dos argumentos para a compreensão pelos destinatários dos fundamentos da decisão.

Este instrumento pode ser utilizado para legitimamente ou não, mas como aparece nos votos, não é garantia nenhuma para o estabelecimento de limites aos poderes jurisdicionais. Também é possível observar nos votos que a autoridade procura manter a confiança institucional. A adaptação do direito para atender uma minoria foi considerada necessária pela autoridade em relação ao seu papel no Estado. O conceito de família foi consolidado e, em grande parte, devido ao reconhecimento da força dos agentes políticos pelo Estado que, neste gesto, também reforça sua autoridade.

O direito na definição positivista, conjunto de normas posta por autoridade competente dentro do âmbito do Estado ou “conjunto de regras de conduta, impostas sob a forma de comando e garantidas pela coerção” seria uma visão reducionista e insuficiente para dar conta dos conflitos que se apresentam. Contudo, apresenta uma clareza maior das regras em válidas em relação ao pluralismo jurídico. Esses dois sistemas apresentam, cada um em sua medida, diversas aberturas que permitem sua adaptação constante ao redefinir os signos que compõem a norma. Em síntese, as conclusões retiradas foram:

O primeiro limite da ressignificação é a rede simbólica. Ela interfere impondo regras institucionais, reforçadas pelos seus participantes, que limitam a capacidade imaginativa do interprete em seu primeiro grau e, ainda, em segundo grau, estabelece um paradigma ou marco que compõe a racionalidade a ser seguida.

No caso brasileiro, a instituição possui regras formais, explícitas e implícitas, de controle do discurso produzido. Há uma arquitetura da decisão que estabelece a possibilidade de refutação entre as partes diretamente participantes, entre as partes interessadas, entre os peritos e as testemunhas, mas a autoridade jurisdicional não pode ser refutada, ela poderá apenas ser revisada, em uma outra oportunidade, que não comprometerá a decisão tomada.

O segundo limite é a necessidade. E, destaca-se que este limite aparece para aumentar o quadro normativo e não reduzi-lo. A ressignificação precisa ser considerada uma necessidade para prevenção de um dano em um futuro imediato ou já realizado.

O terceiro limite é o suporte não escrito. Este não se confunde com o costume, é as interações entre as redes simbólicas que definirão o que foi chamado de novos valores. Estes valores influenciam tanto a autoridade que decide, através de argumentos implícitos, como altera a eficácia de sua decisão na comunidade. Um exemplo extremo dessa questão seria a absolvição de determinada pessoa na instituição judiciária e o respectivo linchamento da mesma pessoa. Esses valores que se traduzem em novos direitos reconhecidos a um grupo de pessoas é a aproximação da distância existente entre os direitos reconhecidos no interior da esfera estatal e os direitos reconhecidos no exterior pelos destinatários que determinarão o *status* das partes envolvidas e determinarão, por consequência, os novos direitos decorrentes dessa revalorização.

A memória dos fatos só será suficiente para estabelecer um pressuposto a ser reconhecido na medida em que seu enunciante for capaz de fazer silêncio as “outras verdades” e restringir a difusão destas ao longo do tempo, incorporando a sua verdade na cultura através da educação ou de outras formas de violência simbólica.

A finalidade da norma possui dois graus, uma intenção imediata (o reconhecimento da entidade familiar), mas uma segunda intenção mediata que se relaciona com o cerne da própria instituição. A intenção mediata é o elemento funcional desta instituição de estabilizar as relações sociais e promover a confiança. Assim, ao contrário de como faz com a memória, deve ser capaz de dar voz a uma das possibilidades, apenas uma que terá como critério o menor desvio da sua própria função para suprir aquela necessidade relatada. Em uma metáfora, os cidadãos dão aos representantes um poder em troca de um dever. Na ação ou omissão que viole este dever, outros representantes de um poder distinto vem à luz garantir a satisfação dessa obrigação – quando válida. E, neste ponto, reside o interesse da autoridade em manter a sua legitimidade.

Em tempo, destacam-se questões intimamente conexas com desenvolvimento deste tema e que não serão aprofundadas pela necessidade de delimitar o objeto.

Este trabalho não se preocupou em analisar a criação das lacunas e antinomias jurídicas, seja em abstrato, seja como um instrumental teórico que confere à autoridade poder de judicializar situações da vida

que não estavam previstas no ordenamento jurídico de forma a dominar um espaço antes relevado para outras áreas, em especial, a política.

Nesse mesmo tópico, o reconhecimento da ação política da decisão questiona o mero critério técnico de seleção de juízes, sugerindo que cargos públicos de magistratura não têm considerado a necessidade de representação política da comunidade em que se inserem.⁴⁵¹

Também não podemos esquecer que a alteração normativa sem alteração de texto poderia implicar em uma retroatividade imprópria, levantando questões como a extensão da obrigação dos jurisdicionados de cumprir uma norma que até então não existia e o próprio dever do magistrado de aplicá-la.

No atual molde estatal, um sujeito de direito veicula sua pretensão resistida ao Estado para receber um provimento jurisdicional que, em tese, lhe reconhecerá o direito e procederá sua eficácia. Ou, num outro ângulo, um sujeito de direito veicula sua resistência à pretensão ao Estado para receber um provimento jurisdicional que, em tese, lhe reconhecerá o direito e garantirá sua eficácia. De qualquer forma, o provimento jurisdicional virá sempre a destempo para chancelar aquela aplicação que o sujeito de direito já “aplicou” em primeiro lugar.

O efeito declarativo da decisão constituiu um título que, pelo rito, é jurídico e, pelo conteúdo, paradoxalmente reconhece um direito que sempre fora, independente daquele próprio título.

Neste momento, a extensão da pesquisa foi a pergunta: o que está fora do possível em um lugar em que muito é possível? Um trabalho futuro seria necessário para apontar a dinâmica de ocupação dos espaços políticos pelas diversas instituições existentes que implica atribuir no hoje a qualidade de greve, movimento social, terrorismo ou revolução a um dado fenômeno quando admitimos que as instituições jurídicas não são nada mais que promessas até a sua aplicação por um agente político.

O reconhecimento da fluidez semântica do direito questiona a extensão e a rigidez das doutrinas da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos individuais e de qualquer outra que, em suma, trazem consigo a ideia de um mínimo irredutível do qual o direito não pode abrir mão. Trata-se da concepção da proibição de retrocesso social. Este

⁴⁵¹ Por outro lado, é preciso considerar que os tribunais utilizam a regra do quinto constitucional em sua composição, da qual é possível inferir que é considerado importante a representação de diversas partes de comunidade jurídica no tribunal.

posicionamento poderia ser restringido apenas à política. Não é possível rejeitar a noção de progresso sem rejeitar a noção de retrocesso.

É preciso esclarecer que o trabalho não pretende sustentar nenhuma noção de evolução do direito. Trata-se de mera adaptação e o resultado poderia ter sido muito bem o inverso. A decisão em sentido oposto também seria considerada uma adaptação do direito, pois consolidaria uma norma em um lugar em que, na perspectiva extrema do positivismo, não interessava ao direito. Até a decisão, o direito brasileiro poderia ser considerado indiferente na literalidade da lei.

Desta forma, até o presente momento, não parece coerente com o aporte teórico reconhecer a existência de um rol de conquistas que a partir de então passam a ser irrenunciáveis e irreversíveis. O direito é um sistema que existe no próprio paradoxo da garantia, vive para esta finalidade enquanto existe em decorrência deste próprio pressuposto de não existir garantias para as promessas. Ao tratar da apenas da legitimidade, optou-se por não tratar de teorias de justiça. A pesquisa sobre a justeza do sentido. Ou seja, literalmente um ajuste entre uma comunidade e o ordenamento que rege as suas condutas.

Há, no direito, um princípio: *da mihi factum, dabo tibi ius*. Em suma, ele sustenta que se for fornecido à jurisdição os fatos, a jurisdição dará o direito. No direito estatal positivo, isso implicaria na capacidade do julgador conhecer todas as normas jurídicas. É certo que é impossível ao julgador dominar todas as normas positivadas. Ainda, é necessário uma análise humana para determinar se uma norma é ou não aplicável ao caso concreto.

Supondo que essas duas questões estivessem superadas, a jurisdição ainda precisaria verificar a validade da norma dentro da esfera estatal, visto que não se trata meramente de uma possibilidade interpretativa entre norma inferior e norma superior, mas de uma possibilidade interpretativa aceita entre norma inferior e a norma superior. A validade da norma depende do entendimento dos ministros que possuem a atribuição de interpretar a norma superior em questão e, assim, determinar sua conformidade.

Outro ponto é a possibilidade de controle de constitucionalidade e modulação realizado pelo Supremo Tribunal Federal, com a concentração e pré-determinação dos conflitos, realiza-se uma negação da alteração de paradigma já operado na academia. É dizer que o desenho do sistema não é adequado para supor a normalidade da alteração do direito ao longo do tempo, induzindo a consolidação dos significados e a resistência a sua alteração.

Este é um tema de que o presente trabalho precisou se afastar. Não seria possível trabalhar a questão no tempo proposto para a conclusão deste. Nesse mesmo tópico, o reconhecimento da ação política da decisão questiona o mero critério técnico de seleção de juízes, sugerindo que cargos públicos de magistratura não tem considerado a necessidade de representação política da comunidade em que se insere.

Em uma época em que o direito é normatizado *a posteriori* com base em princípios, não podemos mais sustentar um esquema que possa, sem hipocrisia *GARANTIR* certeza e segurança jurídica. Contudo, enquanto política, não se pode falar que necessariamente seria ilegal ou ilegítima a supressão ou alteração de determinado direito *a priori*. Portanto, o direito em bom funcionamento se presta não para garantias, mas para a geração de confiança entre as pessoas e responsabilidade das ações do indivíduo perante a comunidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGÊNCIA BRASIL. Chile anula lei que proibia gays de doar sangue. In: **Última instância**. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/62412/chile+anula+lei+que+proibia+gays+de+doar+sangue.shtml>. Acesso em: 30.06.2013.

_____. Mesmo proibida a discriminação, gays não podem doar sangue. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/mesmo-proibida-a-discriminacao-gays-nao-podem-doar-sangue,a6abdc840f0da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 30. 06.2013.

ANVISA. Resolução-RDC N° 153, de 14 de junho de 2004. Determina o Regulamento Técnico para os procedimentos hemoterápicos, incluindo a coleta, o processamento, a testagem, o armazenamento, o transporte, o controle de qualidade e o uso humano de sangue, e seus componentes, obtidos do sangue venoso, do cordão umbilical, da placenta e da medula óssea. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resolucao_153_2004.pdf. Acesso em: 30.06.2013.

Assessoria de Imprensa do STJ. Pela primeira vez, STJ homologa anulação de casamento religioso decretada pelo Vaticano. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&mp.texto=110084. Acesso em: 20.06.2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BBC BRASIL. ONG critica aprovação de projeto que permite 'cura gay' no Brasil Disponível In: **Folha de São Paulo**. em: <http://www1.folha.uol.com.br/bbc/2013/06/1297350-ong-critica->

[aprovacao-de-projeto-que-permite-cura-gay-no-brasil.shtml](#). Acesso em: 30.06.2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone, 1995.

BRANDÃO, Helena Hathsue Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. 2ª ed. rev. Campinas: Unicamp, 2004.

BRASIL. Decreto n. 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7107.htm. Acesso: 30.06.2013.

_____. Portaria n. 1.353, de 13 de junho de 2011. *Aprova o Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos*. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353_13_06_2011.html. Acesso em: 30.06.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 491 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/1991, publicado em 25.10.1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, publicado em 28.05.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, publicado em 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 05.05.2014.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Trad. Guy Reynaud. Revisão técnica Salinas Fortes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

D'ÁVILA, Leonardo. **Inflação Normativa**. Excesso e exceção. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.
FALCÃO, Márcio; NUBLAT, Johanna; e ODILLA, Fernanda. Câmara dos Deputados arquiva projeto da 'cura gay'. In: **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1305219-camara-dos-deputados-arquiva-projeto-da-cura-gay.shtml>. Acesso em: 03.07.2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo (SP): Atlas, 2008. 346p

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. **A ordem do discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. **A verdade e suas formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FRANÇA, R. Limongi. **Direito Intertemporal Brasileiro**. Doutrina da irretroatividade das leis e direito adquirido. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968.

GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. IN:FRUCHON, Pierre (Org.). **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GIUSTI, Iran. Resolução que veta homens gays de doar sangue faz aniversário hoje, 14 de junho. Disponível em: <http://igay.ig.com.br/2013-06-14/resolucao-que-veta-homens-gays-de-doar-sangue-faz-aniversario-14-de-junho.html>. Acesso em: 30.06.2013.

Governo nega proibir gays de doar sangue, mas mantém veto a homem que faz sexo com homem. Disponível em: <http://noticias.r7.com/saude/noticias/governo-nega-proibir-gays-de-doar-sangue-mas-mantem-veto-a-homem-que-faz-sexo-com-homem-20100803.html>. Acesso em: 30.06.2013.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

H AidAR, Rodrigo; SCRIBONI, Marília. Constituição como cultura. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>. Acesso em: 20.09.2012.

HAURIOU, Maurice. **La teoria de La instituicion y de La fundacion** (Ensayo de vitalismo social). Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles, FRACO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Rafael. Gay diz que foi impedido de doar sangue em hemonúcleo de Santos (SP). Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/05/23/gay-e-impedido-de-doar-sangue-em-hemonucleo-de-santos-sp.htm>. Acesso em: 30.06.2013.

NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal. *Revista dos tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e ciência Política*, n. 23, ano 6, abril-junho, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: uma nova retórica. 5ª tiragem. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei**: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. 251p.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H; BALZ, John P. **Choice Architecture**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1583509>. Acesso em: 05.05.2013.

WEYRAUCH, Walter O. (Coord.). **Gypsy Law**: Romani legal traditions and culture. Los Angeles: University of California press, 2001.