



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

NATHÁLIA MARIÁH MAZZEO SÁNCHEZ

**A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA FILOSOFIA JURÍDICA
DE RONALD DWORKIN:
UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Londrina
2013

NATHÁLIA MARIÁH MAZZEO SÁNCHEZ

**A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA FILOSOFIA JURÍDICA
DE RONALD DWORKIN:
UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO-NA-PUBLICAÇÃO (CIP)

S211i Sánchez, Nathália Mariáh Mazzeo.

A interpretação do direito na filosofia jurídica de Ronald Dworkin: uma análise doutrinária e da jurisprudência do supremo tribunal federal / Nathália Mariah Mazzeo Sánchez . – Londrina, 2013. 138 f.

Orientador: Marcos Antônio Striquer Soares.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Ronald Dworkin, 1931-2013 – Crítica e interpretação – Teses. 2. Direito constitucional – Interpretação e construção – Teses. 3. Acesso à justiça – Teses. 4. Homossexuais – Teses. I. Soares, Marcos Antônio Striquer. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 342.7

NATHÁLIA MARIÁH MAZZEO SÁNCHEZ

**A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA FILOSOFIA JURÍDICA DE
RONALD DWORKIN:
UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Giovanne Henrique Bressan Schiavon
PUC – Londrina - PR

Londrina, 06 de agosto de 2013.

À minha família: meus pais, Adilson e Ligia, minha irmã Gabi, tia Lu e meu amado, André.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me proporcionar um ano de tantas conquistas: um novo título, uma nova família, uma nova casa, uma nova cidade, uma fé constante...

À Universidade Estadual de Londrina, seu corpo docente e funcionários (em especial ao Chico e à Natália), cujo trabalho e dedicação fazem desta Instituição um orgulho para quem dela já teve um dia o prazer de ser parte. Espero sempre voltar.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares, pelo caráter e postura irretocáveis, pelo respeito com que sempre se portou perante os alunos e pela confiança concedida a esta estudante, que teve a grata felicidade de ser presenteada com um tutor capaz de proporcionar a tranquilidade necessária a esta pesquisadora iniciante.

À minha família, pelo eterno voto de confiança e pela torcida incessante, com a certeza de que, mesmo com a distância, um pedaço do coração permanecerá sempre na Rua Cabo Frio, 411, com o Adilson, a Ligia, a Gabi, o Chewie e a Nina. Hoje e sempre.

À minha família de Bauru – Tião, Selma, Ivan e Lu – pela acolhida e pelo apoio.

Ao meu pequenino Andrezinho. Por saber amar de forma tão despretensiosa e tão livre de julgamentos. Deus te ama e a Nathi também.

A elas: Lívia, Edvania, Fernanda Raquel e Mayna. Não sei mais como viver sem. Absolutamente perfeitas em todas suas alegrias e tristezas. Mesmo longe, sempre perto; mesmo distantes, sempre presentes. Amo vocês.

À Professora Marlene, pela cobrança incessante (mas não excessiva) daquilo que ela vislumbrou sermos capazes de realizar. Aprendi muito. Obrigada.

Por último – mas não por menos importante, e sim por mais difícil de expressar –, ao André, meu amor, minha vida... Por acreditar, sempre que eu mesma não acreditava, por partilhar comigo todos os projetos de vida que sonhamos realizar e por estar sempre perto (mesmo longe). É com você. E é agora. Me espere que eu estou chegando.

“A atitude do direito é, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.”

Ronald Dworkin

“Ainda bem que acreditam em nosso taco. Ainda bem!”

Min. Marco Aurélio Mello

SÁNCHEZ, Nathália Mariáh Mazzeo. **A interpretação do direito na filosofia jurídica de Ronald Dworkin**: uma análise doutrinária e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2013. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial). Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

RESUMO

As decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro sob a égide da Constituição da República de 1988 têm gerado algumas discussões no cenário jurídico acadêmico e na prática perante os Tribunais. Quando se está frente a um caso controverso para a sociedade, qual deveria ser, fundamentalmente, a posição do Tribunal supremo do país? Na esteira deste questionamento foram desenvolvidos três eixos teóricos essenciais no trabalho. Em primeiro lugar discutiu-se a problemática da modificação de sentido das Constituições modernas, em especial no pós-2ª Guerra, com a mudança do paradigma de acesso à justiça (e de processo) que foi verificado. Conseqüentemente, o terreno torna-se mais profícuo à prolação de decisões de caráter cada vez mais político (decisões ativistas). Em segundo lugar analisou-se o modelo teórico interpretativo de Ronald Dworkin, desenvolvendo-se o comparativo do romance em cadeia para a delimitação do método adequado para a interpretação do direito. Numa última análise teórica, pretendeu-se expor o conceito de integridade, através do qual é melhor compreendido o paradigma do autor norte-americano. No derradeiro e quarto capítulo, assim, é feita uma análise da decisão proferida na ADI 4277/DF (julgada em conjunto com a ADPF 132/RJ), na qual o Supremo declarou a existência de entidade familiar e, conseqüentemente, da possibilidade de união estável entre casais homossexuais. A dissonância doutrinária acerca dessa possibilidade era grande, por conta do obstáculo imposto pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Assim, a pretensão final destaca-se em aprofundar os argumentos dos ministros para compreender qual a visão sobre o direito que lhes norteou a condução do acórdão, em comparação com a metodologia utilizada por Ronald Dworkin na realização do direito como integridade. Ao final, conclui-se pela inadequação da metodologia utilizada pelo Supremo, não pela conclusão prática, mas pela significância que demonstra na condução da interpretação da Constituição.

Palavras-chave: Intepretação do direito. Integridade. Teoria dworkiniana. Supremo Tribunal Federal. Homossexuais.

SÁNCHEZ, Nathália Mariáh Mazzeo. **Law's interpretation based on Ronald Dworkin's jusphilosophy**: a theoretical analysis and into the Federal Supreme Court's decisions. 138 p. Dissertation (Master's degree in Negocial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

ABSTRACT

The decisions of Brazilian Federal Supreme Court under the auspices of the 1988 Constitution have generated some discussion in academic and legal scenario. When facing a controversial case to society, which should be fundamentally the position of the Supreme Court of the country? Throughout this questioning were developed three essential theoretical areas in this work. First it was discussed the problem of the modification of modern constitutions' sense, particularly after World War 2, with the change of the paradigm of access to justice (and process) that has been verified. Consequently, it facilitates the overcoming of political decisions (activist decisions). Secondly it analyzed the theoretical interpretative model of Ronald Dworkin, developing the chain novel comparison for the delimitation of the proper method for interpreting law. In the final theoretical analysis, was exposed the concept of integrity, through which is best understood the paradigm of the north american author. In the fourth and final chapter is provided an analysis of the Supreme Court's decision in ADI 4277/DF (judged together with ADPF 132/RJ), in which it was declared the existence of a family unit and also the possibility of recognizing the "stable unity" between homosexual couples. The doctrinal dissonance about this possibility was great, because of the obstacle imposed by § 3 of art. 226 of the Federal Constitution. Finally, it pretends go further into the arguments of the ministers to understand what was the conceptions of law they were guided by on the judgment, in comparison with the methodology used by Ronald Dworkin in the realization of law as integrity. Finally, it is concluded by the inadequacy of the methodology used by the Supreme, not because of practical conclusion, but because it demonstrates the way court has been interpreting the Constitution.

Keywords: Law's interpretation Integrity. Dworkin's theory. Federal Supreme Court. Homosexuals.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CDHM	Comissão de Direitos Humanos e Minorias
CFP	Conselho Federal de Psicologia
CID-10	Classificação Internacional de Doenças
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CRFB/CF	Constituição da República Federativa do Brasil
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
OMS	Organização Mundial da Saúde
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PDC	Projeto de Decreto Legislativo
PPS	Partido Popular Socialista
PR	Partido da República
PSC	Partido Social Cristão
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PV	Partido Verde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – O NOVO CONSTITUCIONALISMO, O ACESSO À JUSTIÇA E O ATIVISMO JUDICIAL	15
1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO	15
2 O ACESSO À JUSTIÇA	22
3 O ATIVISMO JUDICIAL.....	31
CAPÍTULO II – A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	39
1 O CONCEITO DE DIREITO	39
2 DIREITO ENQUANTO PRÁTICA CONSTRUTIVA.....	42
3 AS ESTAPAS DA INTEPRETAÇÃO	47
4 INTERPRETAÇÃO LITERÁRIA E JURÍDICA: UM PARALELO POSSÍVEL	50
5 A CAMINHADA INTERPRETATIVA DE HÉRCULES	57
6 ALGUMAS OBJEÇÕES AO TRABALHO INTERPRETATIVO DO JUIZ HÉRCULES.....	60
7 O CONVENCIONALISMO JURÍDICO	62
8 O PRAGMATISMO JURÍDICO	66
CAPÍTULO III – DIREITO ENQUANTO INTEGRIDADE: UMA DESCRIÇÃO DA PRÁTICA JUDICIAL	70
1 O CONCEITO DE INTEGRIDADE	70
1.1 A ADEQUAÇÃO DA INTEGRIDADE À PRÁTICA POLÍTICA	73
1.2 A PERTINÊNCIA DA INTEGRIDADE À PRÁTICA POLÍTICA	74
2 A INTEGRIDADE NO DIREITO	76
3 OS ARGUMENTOS DO “ACORDO TÁCITO”, DO “DEVER DE JUSTIÇA” E DO “JOGO LIMPO”	77
4 A NATUREZA ASSOCIATIVA/COMUNITÁRIA DAS OBRIGAÇÕES POLÍTICAS	80
5 INTEGRIDADE E DEMOCRACIA.....	83
6 UMA OPÇÃO DE IGUALDADE.....	90

CAPÍTULO IV – ANÁLISE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO	
	TRIBUNAL FEDERAL: ADI 4277/DF C/C ADPF 132/RJ96
1	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE
	CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE HISTÓRICA99
2	HISTÓRICO DE RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES
	HOMOSSEXUAIS106
3	A PROPOSITURA DAS AÇÕES ABSTRATAS111
4	A FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.....114
5	DWORKIN E OS MINISTROS DO STF117
	CONCLUSÃO127
	REFERÊNCIAS.....132
1	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS132
2	REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS136
3	REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS.....137

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não tem muitos anos de vida (ao menos não em comparação com outras cartas tais como a norte-americana – mais de duzentos anos de vigência; ou a japonesa e a italiana – mais de sessenta anos de vigência, entre outras). Mesmo assim, acumulam-se sobre ela enormes expectativas. Organizada logo após muitos anos de regime militar, a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988 trazia a esperança de uma carta política verdadeiramente nacional e democrática, capaz de responder ao anseios da população por mais equidade e justiça.

Não é outro o motivo pelo qual as disposições constitucionais são minuciosas e extensas. Uma lista vasta de direitos e garantias individuais se encontra em toda a Constituição (em especial no art. 5º) e não faltam críticas e emendas sempre prontas a incluir um “novo” direito que não tenha sido expressamente mencionado ainda.

E, ao longo de todo o século XX (especialmente no pós Segunda Guerra Mundial), as constituições passaram a ser documentos mais úteis na vida concreta da comunidade. Passaram a ter força normativa superior às demais normas previstas no ordenamento; seus princípios foram proclamados à categoria de normas jurídicas, com aplicabilidade direta e imediata. E isso não passou despercebido pelo Tribunais. As demandas populares deixaram de contemplar casos individuais privatísticos de ordem exclusivamente patrimonial e passaram a incluir também pretensões de concessão de direitos sociais e concretização de direitos fundamentais.

No Brasil, a expansão do sistema de controle de constitucionalidade abriu de uma vez por todas as portas do Judiciário às reclamações sobre a inaplicabilidade da Constituição. E, numa era de inabilidade – ou inatividade – das legislaturas, as questões mais acirradas do meio social são enviadas ao Judiciário; em especial ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, o objeto de pesquisa deste trabalho constitui-se do estudo pormenorizado da interpretação do direito de acordo com a filosofia jurídica de Ronald Dworkin, numa confrontação prática com as decisões do STF. A partir daí, dois questionamentos centrais circundam o tema. O primeiro deles pretende esclarecer qual é a maneira através da qual Dworkin justifica sua forma de ver o

direito; como ele deve ser interpretado. O segundo destes questionamentos pretende responder à questão mais específica de qual teria sido a fundamentação utilizada pelo STF na decisão da ADI 4277/ADPF 132, se condizente ou confrontante com a ideia de interpretação construtiva e íntegra do direito (tal como propugnada por Dworkin).

No primeiro capítulo, portanto, pretende-se descrever os fatores teóricos e históricos que levaram à mudança de paradigma na visão das constituições nacionais e as consequências que essa postura trouxe. Após a descrição da mudança de paradigma na função das constituições (e da quebra teórica imposta por esse “novo” constitucionalismo), expõe-se a forma pela qual essas mudanças têm atingido o conceito de acesso à justiça. Não tanto ao formalismo (que impediria a proteção de direitos essenciais à formação democrática) nem ao substancialismo (que arriscaria a subtração de poderes das instâncias legiferantes representativas de poder), o que se pretende repensar é uma forma de acesso à justiça que seja capaz de conceder a efetiva tutela jurisdicional com a maior densidade possível de justiça. Uma postura diferente quanto a direitos fundamentais, no entanto, constitui terreno fértil ao nascimento de decisões ativistas, com forte ingerência do Judiciário nas demais esferas de poder.

Apresenta-se, então, uma plêiade de exemplos sobre as recentes atividades do Supremo Tribunal Federal na consecução dos fins constitucionais. O tema, a despeito de não constituir novidade na dogmática e prática jurídicas, é relevante à contextualização das opiniões (jurídicas e populares) sobre o que o Supremo deveria fazer em determinado caso, já que as temáticas abordadas pela Corte nos últimos anos têm sido cada vez mais polêmicas.

No segundo capítulo passa-se à análise do modelo teórico interpretativo escolhido para demonstração, o de Ronald Dworkin. O filósofo norte-americano, conhecido por sua construção do direito enquanto integridade, apresenta uma forma de se olhar para a norma jurídica (e, conseqüentemente, de interpretá-la) que seja suficientemente boa para aplicar na comunidade os princípios gerais de justiça, equidade e devido processo que a tornem a melhor possível, uma verdadeira comunidade de princípios.

Para isso, utiliza-se do paralelo, também aplicado neste trabalho, do romance em cadeia. A hipótese estética servirá ao autor para visualizar como a forma de interpretar o direito se parece em muito com a forma através da qual são

interpretadas obras literárias (mais especificamente a forma pela qual são escritos romances em cadeia). A interdependência de cada autor com a história que foi escrita antes dele (e que virá após a sua participação) é como as opções políticas do passado e a caminhada que se pretende para o futuro (no direito e na comunidade).

Ao final da seção, apresenta-se algumas objeções que poderiam ser feitas ao trabalho do juiz dworkiniano (Hércules) e demonstra-se também por que motivo as teses convencionalista e pragmática do direito não seriam adequadas à concepção que o autor faz da prática jurídica.

Já no terceiro capítulo, na tentativa de melhor localizar a teoria interpretativa do direito por Dworkin, apresenta-se a ideia de direito enquanto integridade. Nesse sentido, as concepções de comunidade e a relação que o indivíduo tem com esse grupo no qual se insere serão grandemente importantes para a compreensão (feita ao final do capítulo) sobre as escolhas morais realizadas pelo autor. Na tentativa de justificar a melhor resposta do direito, é enfrentado – ainda que simplificado – o paradigma “liberal igualitário” demonstrado por Dworkin.

No quarto e derradeiro capítulo é analisada uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união estável homossexual (ADI 4277/DF c/c ADPF 132/RJ). Inicialmente é feita uma análise histórica acerca da postura da Corte Suprema no controle de constitucionalidade de leis desde a Constituição do Império, o que demonstrará a evolução do papel do STF na interpretação da constituição. Em seguida passa-se à análise histórica do reconhecimento das uniões homossexuais no país, através das decisões dos tribunais de justiça e tribunais superiores sobre o tema. Logo após, é explicada a motivação da propositura das ações abstratas que serão objeto de análise no capítulo. Verificam-se os argumentos declarados nas petições iniciais e nas manifestações governamentais sobre a união estável de pessoas do mesmo sexo, além da apresentação dos pontos argumentativos principais do acórdão que julgou, por unanimidade, procedentes as ações, ainda que com argumentos distintos por três dos dez ministros julgadores. No tópico remanescente, passa-se à equiparação do caso com um caso ocorrido nos Estados Unidos e analisado por Ronald Dworkin em sua obra “Império do Direito”. Comparam-se os métodos utilizados e os argumentos invocados para a decisão mais “justa”.

Em conclusão, são reiterados todos os pontos teóricos observados no trabalho, com a percepção final de que – a despeito do resultado prático alcançado com a decisão proferida na ADI 4277/DF – os argumentos que são utilizados para se interpretar o direito são de grande relevância. Não só porque denotam a forma como se olha para o fenômeno jurídico mas também porque servirão de base a inúmeras outras decisões de casos polêmicos que certamente serão levados a conhecimento do Supremo Tribunal.

CAPÍTULO I

O NOVO CONSTITUCIONALISMO, O ACESSO À JUSTIÇA E O ATIVISMO JUDICIAL

1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO

Muitas tem sido as modificações implementadas no cenário jurídico nas últimas décadas, em especial no que diz respeito aos critérios de tomada de decisão por juízes e aos direitos declarados pelas Supremas Cortes ao redor do mundo. Essas mudanças, conforme se verá, advêm já de uma modificação de paradigma operada dentro da própria teoria do direito, em que o conceito e o papel desse complexo sistema de normas têm sido profusamente aumentados.

Assim é que, nos tempos atuais, muito se fala em novo (neo) constitucionalismo, uma – mais uma vez – mudança de paradigma sobre a função e atitude das constituições modernas.

Para que se explique melhor o recente fenômeno que invadiu o mundo contemporâneo nas últimas décadas, é importante ressaltar de onde veio essa tendência, o que ela significa e, em última análise, qual foi seu efeito sobre o entendimento do conceito de acesso à justiça.

A própria palavra “neoconstitucionalismo” não foi empregada nos debates jurídico-constitucionais dos Estados Unidos, Reino Unido ou Alemanha. A expressão, conforme Sarmiento¹, foi anunciada por ocasião da divulgação de uma coletânea de grande abrangência, intitulada “Neoconstitucionalismo(s)”, de organização do mexicano Miguel Carbonnel.²

Naquela oportunidade, Carbonnel afirmava que, no pós Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo contemporâneo então verificado com as constituições da Itália e da Alemanha – e, logo após, de Portugal e da Espanha – se modificou, evoluindo em muitos sentidos.³ Assim, o conceito de neoconstitucionalismo deve ser visto sob dois enfoques diferentes. O primeiro deles

¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.) **Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146. p. 114.

² Ibidem, p. 114.

³ CARBONNEL, Miguel (Org.). **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 9.

diz respeito a uma série de mudanças que tiveram profundo impacto no até então paradigma de Estado constitucional. Já o segundo enfoque diz respeito a uma terminologia que não relata propriamente as mudanças aplicadas no sistema jurídico, mas indica uma teoria do direito que pretenda justificar essas mudanças, na maioria das vezes de forma bastante positiva.⁴

Até meados do século XX o sistema teórico justificante da coerção do Estado – modelo positivista – dava grande importância às declarações parlamentares sobre o Direito, atribuindo nenhuma força normativa à Constituição. As garantias individuais defendidas eram aquelas que eventualmente houvessem sido “erigidas” à categoria de lei.⁵

Sobre essa transição do Estado de Direito, inclusive, Ferrajoli faz uma interessante análise de como o conceito propriamente dito foi aos poucos evoluindo.⁶ Para o autor, o uso corrente da expressão “Estado de Direito” contém em si dois sentidos diversos: um formal e um substancial. No âmbito formal, Estado de Direito seria aquele em que os poderes públicos tenham sido conferidos através de uma forma prescrita em lei, por meio de procedimentos igualmente lá estabelecidos. Já no âmbito substancial, Estado de Direito seria aquele no qual o poder público não só foi instituído por lei, mas a ela se sujeita, respeitando os conteúdos estabelecidos em norma constitucional, tais como a divisão de poderes e os direitos fundamentais.⁷

O primeiro exemplo (formal) de Estado de Direito corresponderia, segundo o autor, ao modelo juspositivista do Estado legislativo de Direito, enquanto o segundo exemplo (substancial) corresponderia ao modelo neo/pós-positivista de Estado constitucional de Direito.⁸

É verdade que já no primeiro exemplo de Estado de Direito (o Estado Legislativo de Direito) houve a quebra de pelo menos três paradigmas então incrustados no sistema jurídico anterior (pré-moderno), o que, conforme se verá, é em verdade uma consequência – em todas as áreas – da relevância que foi dada ao princípio da legalidade.

A primeira inversão relaciona-se às condições que outorgam existência e validade às normas jurídicas. Nas sociedades pré-modernas, a

⁴ Ibidem, p. 10.

⁵ SARMENTO, Daniel. Op cit. p. 116.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONNEL, Miguel (Org.). **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 13-29. p. 13.

⁷ Ibidem, p. 14.

⁸ Ibidem, p. 14.

justificativa jusnaturalista do direito considerava que este advinha de uma pluralidade de fontes (o Império, a Igreja, a doutrina e jurisprudência, etc.), e não de um sistema formal de fontes positivas. Assim, a existência da norma ficava dependente da análise da justiça de seu conteúdo, e não da certeza de defesa das liberdades individuais contra arbitrariedades. No Estado Positivist, no entanto, a pretensão de estabelecimento do princípio da legalidade como autoridade máxima de reconhecimento do Direito levou ao desligamento da necessidade de comprovação da justiça da norma para verificação de sua existência.⁹ Não é outra a representação de Hobbes quando afirma não ser a sabedoria o que faz uma lei, e sim a autoridade.¹⁰

A segunda inversão diz respeito à postura prevista para a ciência do Direito. Na justificativa jusnaturalista, a ciência do Direito era eminentemente normativa e com ele se confundia, já que este advinha da tradição e da sabedoria dos juristas; assim estudar este fenômeno era estudar o próprio Direito. Já com a premissa positivista, a ciência do Direito passa a ter um caráter explicativo, de análise e descrição de um objeto que está dela desligado. Assim, estudar o Direito cientificamente significaria analisar e interpretar aquilo que está posto (na lei).¹¹

O princípio da legalidade se estende ainda à função da jurisdição. Ela deixa de ser um campo de produção do Direito (como o era no sistema jusnaturalista) e passa a ter função eminentemente cognoscente. Seguindo a fórmula hobbesiana de que o Direito é aquilo convencionado pela autoridade, a jurisdição torna-se verificadora do cumprimento da lei.¹²

Quando resume as diferenças essenciais verificadas nos sistemas jusnaturalista e positivista, Ferrajoli enfatiza a importância que a forma teve para este último (ao contrário da importância que o conteúdo teve para o primeiro sistema). Ao comparar o Código Civil de Napoleão com as “Instituições” de Gaio, por exemplo, as diferenças substanciais podem parecer poucas. O que muda, para o autor, é a legitimidade. Ao invés da autoridade dos estudiosos, a da fonte do direito;

⁹ Ibidem, p. 15-16.

¹⁰ “[...] is not wisdom, but authority that makes a law”. HOBBS, Thomas. **A dialogue between a Philosopher and a student of the Common Laws of England**. London: University of Chicago Press, 1997. p. 55.

¹¹ FERRAJOLI, Op cit. p. 16.

¹² Ibidem, p. 16.

ao invés da verdade, a legalidade; ao invés da justiça, a forma dos atos normativos.¹³

Veja-se, no entanto, que, após a Segunda Grande Guerra (e de toda a barbárie perpetrada pelo Poder Político) a Constituição assumiu um papel nunca dantes aventado¹⁴. Numa aproximação com a visão norte-americana do papel da norma constitucional, os países europeus passaram a fortalecer a jurisdição constitucional, a fim de proteger direitos individuais mesmo em face do legislador, observação que já era feita por Hamilton, no Federalista nº 78, antes mesmo da aprovação da Constituição norte-americana: “[...] a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo.”¹⁵.

E, ao contrário da Constituição norte-americana, as Cartas europeias esmiuçavam as temáticas mais importantes do convívio humano, mesmo aquelas que tradicionalmente eram típicas da legislação infraconstitucional, carregando-as de força axiológica. Assim é que, a estrutura mais “aberta” da norma – composta em grande parte por princípios – exigiu dos intérpretes e aplicadores do direito a utilização de novas técnicas hermenêuticas para além da subsunção do fato à norma.¹⁶

Nesse sentido, a técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade ganharam relevo na esfera judicial, o que se refletiu no campo doutrinário, em que se procurava uma justificativa ao direito mais próxima de considerações de ordem moral, afastando-se das convencionais argumentações expostas pelo programa positivista.¹⁷ Assim é que as teorias “neoconstitucionalistas” apregoam o reconhecimento dessas mudanças pelas quais a cultura jurídica passou e pretendem defendê-las.¹⁸

¹³ “Si comparamos el código civil de Napoleón o el código civil italiano con las *Instituciones* de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer relativamente escasas. Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos.” *Ibidem*, p. 17.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Op cit.* p. 115.

¹⁵ HAMILTON, A. Da inamovibilidade do Poder Judiciário. In: JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. cap. 78, p. 163.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Op cit.* p. 118.

¹⁷ *Ibidem*, p. 118.

¹⁸ *Ibidem*, p. 119.

Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do direito.¹⁹

Chega-se, portanto, ao segundo modelo de Estado de Direito descrito por Ferrajoli: o modelo substancial. Nesse sentido, os paradigmas do sistema jurídico anterior – dantes enfrentados já pelo Positivismo jurídico – são igualmente atacados pelo (neo)constitucionalismo.

O parâmetro de existência e validade das normas passa agora não só pelo crivo do princípio da legalidade – que pressupõe a adequação aos procedimentos previstos pela lei e à autoridade responsável por sua edição – mas também pelo crivo da constitucionalidade. Lei válida (substancialmente) é aquela que se ajusta aos princípios constitucionais existentes. A validade, então, afasta-se de seu caráter meramente formal para adquirir, conforme anotado por Ferrajoli²⁰, um caráter substancial.

No que toca à ciência jurídica, esta deixa de ter um papel essencialmente explicativo/descritivo para adquirir uma função crítica. O desrespeito às normas constitucionais, as eventuais lacunas e antinomias entre elas devem ser constatadas e corrigidas pela ciência jurídica.²¹

A jurisdição, por sua vez, sofre também modificações importantes para a definição do Direito no futuro. Ao invés de somente aplicar a lei ao caso concreto, o juiz passa a ter a função de verificar a constitucionalidade de determinada lei, obrigando-se a afastá-la quando inconstitucional, ou a interpretá-la de maneira constitucional. Surge, assim, uma dimensão pragmática e de responsabilidade cívica nunca dantes outorgada à jurisdição. O papel do juiz estende-se para além dos códigos: obriga-se a apontar as antinomias e lacunas da lei, a superá-las por meio das garantias individuais e princípios fundamentais existentes e, ainda, a projetar as garantias faltantes.²²

¹⁹ Ibidem, p. 119.

²⁰ FERRAJOLI, Op cit. p. 18.

²¹ Ibidem, p. 18.

²² Ibidem, p. 18-19.

Vale ressaltar, nesse momento, uma quarta quebra de paradigma que Ferrajoli²³ atribui ao (neo)constitucionalismo: a inclusão de uma dimensão substancial não só às condições de validade da norma, mas também ao conceito de democracia. Ora, quando se fala em determinações constitucionais às quais todas as demais leis devem respeitar, então se está falando também de uma limitação ao poder da maioria, que não poderá agir com absoluta liberdade, ao menos no que toca a um núcleo rígido de “mínimos constitucionais”.²⁴

Nesse diapasão, as questões mais complicadas apresentadas aos tribunais (os chamados *hard cases*²⁵) passaram a ser também objeto de estudo pela teoria do direito. A razão prática passa a ter relevância no cenário jurídico, afastando a racionalidade jurídica tão somente da lógica formal das ciências exatas.²⁶ Conforme afirma Barroso, é preciso compreender que, quando se trata do Direito, “[...] a objetividade possível [...] reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.”²⁷

O afastamento que o positivismo promovera entre a ética/moral e a norma já não correspondia às pretensões humanitárias e civilizatórias enfrentadas no pós 2ª Guerra Mundial. O neoconstitucionalismo, assim, pretende reaproximar o Direito destes valores outrora relegados à categoria de extrajurídicos. Nesse sentido é que os princípios ganham papel fundamental.

²³ Saliente-se que o autor, a despeito das mudanças de paradigma apresentadas, tece ainda no mesmo texto alguns comentários sobre a crise a que ambos os modelos de Estado de Direito (legislativo e constitucional) foram submetidos: a) a crise do princípio da legalidade (retorno ao papel criativo da jurisdição): as leis estão cada vez mais numerosas (inflação legislativa) e a linguagem nelas utilizada é cada vez mais confusa e menos acessível. Assim, a racionalidade da lei tem sido substituída por uma discricionariedade cada vez maior dos juízes, com a formação jurisprudencial do Direito, o que leva a uma perda de certeza, de eficiência e de garantias; e b) a crise do papel garantista da Constituição: o fim do Estado nacional como único produtor de normas jurídicas, junto com a globalização (que deforma as estruturas democráticas nacionais) tem levado a um esvaziamento de Direito público, por uma incapacidade de imposição de limites, regras e controles frente à força dos Estados com grandes poderes militares e dos poderes econômicos privados. Esta temática é melhor desenvolvida pelo autor na obra “Jurisdicción e argumentación en el Estado Constitucional de Derecho”, escrita em co-autoria com Manuel Atienza. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

²⁴ FERRAJOLI, Op cit. p. 19-20.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 176-180 passim.

²⁶ SARMENTO, Daniel. Op cit. p. 119.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48. p. 9.

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.²⁸

Ressalte-se, nesse caso, o caráter normativo dos princípios²⁹, importante status diferenciador que os distinguiu dos princípios outrora encontrados no ordenamento jurídico positivista, que pouco diziam sobre sua aplicabilidade direta nos casos a serem enfrentados pelo Judiciário.

Nesse sentido, Mauro Barberis afirma que o neoconstitucionalismo aproxima-se do jusnaturalismo quando admite a “[...] conexão (identificativa) necessária entre direito e moral”³⁰, mas que se afasta daquela teoria e se aproxima do juspositivismo quando admite que tal conexão precisa se dar “[...] no nível dos princípios fundamentais ou constitucionais”³¹, e não numa justificativa metafísica impalpável.

Ainda sobre a normatividade dos princípios, importantes são as conclusões de Robert Alexy. Para ele, regras e princípios não são elementos completamente desligados um do outro, mas espécies do mesmo gênero, que é a norma.³² E a diferenciação entre essas normas (o que, para ele, é perfeitamente possível) não se dá no plano da gradação (princípios seriam mais genéricos e regras menos genéricas), mas no plano da qualificação. Para Alexy, portanto, princípios seriam “mandamentos de otimização”, que podem ser cumpridos/satisfeitos em graus diferentes, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas no caso, enquanto as regras são sempre ou satisfeitas ou não.³³

E essa percepção do Direito e daquilo que ele pretende serão essenciais na construção do novo conceito de acesso à justiça, mais comprometido com os instrumentos que possibilitam o alcance do jurisdicionado a uma resposta do Estado e – além disso –, mais preocupado com a justa e adequada tutela destes direitos individuais.

²⁸ Ibidem, p. 28.

²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-45 passim.

³⁰ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONNEL, Miguel (Org.). **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 259-278. p. 264.

³¹ Ibidem, p. 264.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p. Tradução de: Theorie der Grundrechte. p. 87.

³³ Ibidem, p. 90-91.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à justiça, a despeito de não constituir ineditismo no cenário doutrinário³⁴, evidencia-se bastante importante na percepção das regras que atendem à resolução dos casos levados ao Judiciário. Isso porque, conforme se verá a seguir, há inúmeras outras implicações (além da facilidade de propositura de uma ação judicial) que devem ser consideradas para a plena observância da garantia constitucional.

Já nos estudos de Cappelletti e Garth³⁵ pode se verificar que a pretensão de acesso à justiça teria sofrido uma mudança no decorrer da história mundial.

Num primeiro momento, a ótica individualista e liberal dos séculos XVIII e XIX impunha uma concepção do direito de acesso à justiça essencialmente ligado à ideia de possibilidade de propositura de uma ação em juízo ou de defesa quando atacado. Enquanto direito natural, o acesso à justiça era anterior mesmo ao Estado e, assim, independente deste. Ao ente estatal incumbia tão somente a tarefa de impedir quaisquer ameaças à referida garantia do cidadão.³⁶ A ideia de acesso à justiça, portanto, consistia em uma autorização formal de acionar o Judiciário ou de ter sua defesa ouvida, sem quaisquer preocupações com a igualdade (material) das partes em juízo ou com a possibilidade de pagamento dos custos de um processo.

Já com os movimentos socialistas dos séculos XIX e XX, a crítica à ideologia liberal e o aumento dos direitos sociais impõem uma transformação no que toca à concepção do direito de ação. Os novos direitos garantidos pelas Constituições – tais como direito ao trabalho, à saúde, à segurança e à educação – exigem uma ação positiva do Estado, mais do que negativa (quando a concepção liberal do processo e do direito material pretendia garantir os direitos de liberdade e

³⁴ Sobre o tema, veja-se: ARMELIN, Donaldo. O acesso à justiça. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: PGESP. n. 31, p. 171-182, jun. 1989.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.; RODRIGUES, Horácio Wanderley. **O acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. 168 p.

³⁶ *Ibidem*, p. 10.

propriedade dos cidadãos contra o Estado). Nesse sentido, Cappelletti³⁷ afirma que o próprio conceito de acesso à justiça se modifica:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.

Na pretensão de superação do paradigma reducionista de igualdade formal, portanto, as Constituições modernas estatuem o conceito de acesso à justiça no âmbito material, o que impõe a ampliação da pesquisa com relação ao acesso à justiça, para considerar métodos de análise sociológicos, políticos, psicológicos e econômicos, por exemplo.³⁸ Segundo Bedaque,³⁹ em referência aos trabalhos dos autores retro citados, essas ondas renovatórias se deram em três etapas: a) a primeira relacionada à concessão de assistência judiciária aos menos favorecidos; b) a segunda afeta à representação jurídica de interesses metaindividuais; e c) a terceira relacionada ao “novo enfoque do acesso à justiça”, que pretende englobar as ondas anteriores e garantir a proteção ao direito das partes.

A partir daí é que o direito de acesso à justiça tem sido relacionado como um dos mais fundamentais direitos individuais, haja vista que a “[...] titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.”⁴⁰

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso⁴¹, para quem, ainda que não haja consenso sobre o que seria exatamente o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível dizer que seu núcleo material essencial seria composto do chamado “mínimo existencial”. Ainda, para o autor, esse conjunto de bens e utilidades básicas indispensáveis à subsistência física e disfrute da liberdade do indivíduo deverá ser composto por, pelo menos: renda mínima, saúde

³⁷ Ibidem, p.11.

³⁸ Ibidem, p. 14.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 56.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op cit, p. 11.

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Op cit, p. 38-39.

básica e educação fundamental, além do elemento instrumental, que é o acesso à justiça⁴².

Diferentemente do que Cappelletti e Garth previram no âmbito do sistema judiciário europeu e norte-americano,⁴³ no entanto, a preocupação com o tema na sistemática latino-americana não coincidiria com a terceira onda de acesso à justiça prevista por aqueles autores. Nesse sentido é que Junqueira⁴⁴ afirma que não houve no Brasil e nos países latino-americanos a expansão de um Estado Social que proclamava a efetividade de direitos e garantias individuais. Após muitos anos de ditaduras militares⁴⁵ que sufocaram a participação jurídico-política da sociedade latina, a pretensão de acesso à justiça coadunava-se muito mais à expansão de direitos básicos a uma sociedade majoritariamente pobre e marginalizada do que ao reconhecimento de direitos advindos de lutas sociais históricas.⁴⁶

Veja-se que a construção do esquema jurídico dos países latino-americanos sempre demonstrou forte ligação com as bases europeias de se fazer justiça. Mesmo após terem adquirido a independência dos reinos de Portugal e Espanha, as colônias das Américas Central e do Sul mantinham a estrutura social, econômica e político-constitucional de seus dominadores.⁴⁷ Essa dependência, segundo Wolkmer,⁴⁸ não se manteve tão somente no plano dos ideários jurídicos, mas foi além, estendendo-se à formatação das Cartas Constitucionais dos países latinos.

⁴² Sobre o tema do conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo a questão do acesso à justiça, veja-se: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁴³ Veja-se que o movimento de reivindicação de acesso à justiça de diversos países do mundo (*access-to-justice movement*) deu origem ao projeto coordenado pelos mesmos autores mencionados, com financiamento da Ford Foundation em 1978 (*Florence Project*).

⁴⁴ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Brasil, 9, dez. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>. Acesso em: 30 ago 2012. p. 390.

⁴⁵ A exemplo de Isabelita Perón na Argentina, Salvador Allende no Chile e João Goulart no Brasil.

⁴⁶ JUNQUEIRA, Op cit, p. 390.

⁴⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst**. Curitiba: ABDConst., v. 9, p. 143-155, 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 21 ago 2012. p. 145-146.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 146.

Essa colonização e dependência da cultura jurídica latino-americana da época ao modelo hegemônico eurocêntrico de matriz romano-germânica não se realizou somente no âmbito geral das “ideias jurídicas”, mas, igualmente, em nível de construções formais de Direito público, particularmente da posituação constitucional. Isso se comprova no processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos que foram doutrinariamente marcados pelas Declarações dos Direitos anglo-francesas, pelas constituições liberais burguesas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791 e 1793), e pela inovadora Constituição Espanhola de Cádiz (1812).

Assim, as fontes originárias dos Direitos romano, germânico e canônico foram mantidas nas estruturas de jurisdicionalização dos conflitos, assim como o paradigma liberal de proteção aos direitos individuais e o modo de produção capitalista. No entanto, as sociedades advindas das estruturas coloniais latino-americanas em nada se pareciam com aquelas formadas no continente Europeu após séculos de história construída. A realidade latina, ao contrário (essencialmente agrária e escravagista), passava ao largo do desenvolvimento urbano e industrial do século XIX. Por isso é que as necessidades locais (que reuniam reivindicações dos grupos majoritários tais como índios, afro-americanos e camponeses) não eram atendidas pelas “[...] constituições liberais e pela doutrina clássica do constitucionalismo político.”⁴⁹

Assim é que, numa sociedade constituída tão originalmente (com influências indígenas, africanas e europeias) e tão carente ainda dos direitos que pretendiam igualar os cidadãos no além-mar, as pretensões de defesa dos direitos no âmbito processual precisam também seguir a mesma originalidade. Veja-se, portanto, que no Brasil a temática do acesso à justiça vai além da garantia do devido processo legal.

Conforme descrito anteriormente, o paradigma liberal do processo tendia à redução do conceito de acesso à justiça à possibilidade (meramente formal, não subsidiada pelo Estado) de propor uma ação e dele defender-se. Tal postura essencialmente reducionista do ordenamento jurídico levou à exacerbação do princípio da legalidade, segundo o qual o Direito se resumiria à norma jurídica, ainda que desligada do conceito de justiça. Essa acepção, conforme bem salienta

⁴⁹ Ibidem, p. 147.

Marinoni,⁵⁰ satisfazia aos proclames da sociedade burguesa de refrear os poderes do monarca absolutista, que acabou substituído pelo parlamento.

Para não violar a liberdade e a igualdade – formal – dos cidadãos, a lei deveria guardar as características da generalidade e abstração. [...] a generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos – que, por serem “iguais”, deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico.⁵¹

Veja-se que a modificação na visão teórica que se tinha do próprio ordenamento jurídico e da ação contribuiu para a possibilidade de modificação também do paradigma de processo.

Inicialmente, numa concepção unitária do ordenamento jurídico,⁵² as leis materiais não seriam capazes de gerar direitos subjetivos, mas mera expectativa de direito. É o juiz, quando profere sentença no caso concreto, quem cria o direito subjetivo através de sua função jurisdicional. O conflito (lide) surge da própria incerteza de existência do direito subjetivo. E essa visão se mantinha com base no pressuposto de perfeita cisão do ordenamento jurídico em direito material e direito processual. Os direitos só nasciam efetivamente com a sentença.⁵³

De outra sorte, pela concepção dualista⁵⁴ do ordenamento jurídico, o juiz/Estado, através de sua função jurisdicional, somente atua no sentido de reconhecer direitos pré-existentes. A sentença é o instrumento que garante o direito, motivo pelo qual o juiz atua a vontade da norma, que se manifesta no caso concreto. Nesse sentido, o processo visa apenas à atuação da vontade do direito, não contribuindo para a formação de normas concretas. O papel do juiz, nesse caso, é tão somente de aplicação do direito ao caso previamente verificado.⁵⁵

Ocorre que o próprio Chiovenda já vinha admitindo a existência de um direito processual material, no caso de dispositivos que, muito embora afetos ao processo e só nele pudessem ser completamente realizados, integrar-se-iam por um

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

⁵¹ Ibidem, p. 29.

⁵² Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999.

⁵³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45.

⁵⁴ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op cit, p. 45.

coeficiente intenso de elementos de direito material, interferindo na vida dos sujeitos e nas relações entre eles e os bens da vida. Seriam pontes de passagem entre o direito processual e o direito material. O direito processual, assim, teria normas de duas naturezas: *formais* e *materiais*. As primeiras (também chamadas *processuais puras*) operariam exclusivamente no interior do processo, não se estendendo ao meio externo, à vida das pessoas. Já as últimas (também denominadas *processuais substanciais*) seriam aquelas que outorgam aos sujeitos direitos exteriores ao processo e que neste repercutirão desde que seja instaurado.⁵⁶

Desta forma, após o completo sincretismo entre processo e direito material (pensamento predominante até o início do séc. XX), o processo adquire sua autonomia (alavancada sobretudo com a construção das doutrinas processualistas italianas). Com a independência científica do direito processual – em especial com a formulação de teorias acerca da natureza jurídica da ação, do processo, das condições da ação e dos pressupostos processuais – o processo adquire um fim em si mesmo, desligado das questões de fundo material que o suscitavam.⁵⁷

No entanto, é só numa terceira fase de observação do processo – a fase instrumentalista – que ele é visto em seu aspecto crítico, salientando o motivo último pelo qual existe: produção de justiça entre os membros da sociedade. Posto sob uma ótica finalística, o processo deve procurar observar os resultados que produz à população destinatária.⁵⁸

Nesse sentido, as novas pretensões de satisfação dos direitos materiais protegidos pela Constituição Federal e pelas legislações infraconstitucionais exigiram do processo (e conseqüentemente dos procedimentos por ele adotados) uma maior flexibilidade.

No Brasil, porém, o modelo jurídico processual, conforme afirmação de Trícia Cabral,⁵⁹ se sustenta na acepção formalista do procedimento. Para a autora, algumas características justificam a rigidez implementada. A primeira delas seria a escolha do modelo do *civil law*, em que a ordem social deriva diretamente do regramento de condutas previstas formalmente pelas leis. A segunda seria a pretensão de previsibilidade legislativa, com o estabelecimento de hipóteses

⁵⁶ Ibidem, p. 43-45.

⁵⁷ Ibidem, p. 48-50.

⁵⁸ Ibidem, p. 48-50.

⁵⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. v. 6, jul/dez 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2012. p. 137.

abstratas e gerais e, finalmente, haveria a pretensão de afastar arbítrios e preferências pessoais dos agentes públicos em face dos particulares, garantindo um tratamento isonômico entre as partes.

Nessa conjuntura, portanto, torna-se absolutamente indispensável discutir-se acerca do procedimento a ser adotado, já que em verdade será ele o instrumento que facilitará ou dificultará a consecução dos fins ultimados pelo processo.

Procedimento, conforme explanação do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, é uma “[...] série de atos coordenados a partir de uma iniciativa de parte (demanda) e direcionados a um provimento do juiz (no processo de conhecimento, sentença de mérito)”.⁶⁰ O procedimento (ou disciplina legal do processo) seria, conforme afirma Liebman,⁶¹ a relação entre os atos do processo que, conjuntamente com a relação entre os sujeitos, comporia o processo. Seria a manifestação extrínseca do processo, a forma pela qual ele se instaura, se desenvolve e termina.⁶²

No novo paradigma do direito processual civil, em que a adequada e efetiva tutela dos direitos assume importância fundamental, as antigas teorias sobre a ação (que a consideravam exercida somente quando do reconhecimento do direito material posto em causa⁶³ ou quando havia pronunciamento de mérito, fosse ele favorável ou desfavorável ao autor⁶⁴) já não satisfazem as pretensões constitucionais de acesso à justiça.

Assim é que o direito de ação, muito embora seja considerado exercido mesmo quando haja extinção da ação sem resolução do mérito (art. 267 do Código de Processo Civil brasileiro), para ser completamente efetivado necessita da previsão de instrumentos que possibilitem a efetiva entrega da pretensão de direito material da forma mais adequada possível, inclusive através de técnicas antecipatórias, cautelares e executivas, por exemplo.⁶⁵

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1. p. 66.

⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1. p. 47.

⁶² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op cit. p. 301.

⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti (1903). In: **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Dott A. Giuffrè, 1993. p. 14.

⁶⁴ LIEBMAN, Op cit. p. 136-138 passim.

⁶⁵ MARINONI, Op cit, p. 218.

Por isso é que Bedaque⁶⁶ discorre sobre a necessidade de adaptabilidade do procedimento, admitindo sua flexibilização para melhor atender às pretensões do direito material.

Nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem produzidos de maneira eficaz e efetiva no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual. Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto.

Augusto Jardim, nesse sentido, lembra que as exigências formais do processo destinam-se tão somente ao impedimento de abusos e proteção dos litigantes, conferindo-lhes a certeza de estarem submetidos ao devido processo legal. Não poderia, por tal motivo, o processo servir ao procedimento, mas este estar a favor da melhor eficiência daquele.⁶⁷

A absoluta rigidez formal do procedimento, portanto, coloca-se para Gajardoni como “regra estéril”, na medida em que, ao invés de proteger os jurisdicionados, solapa definitivamente os fins do processo, que são os de oferecer a melhor resposta para cada caso concreto. Pioneiro no estudo do tema da flexibilização procedimental, Gajardoni não afasta por completo a ideia de certo rigor formal, mas admite que o juiz tenha liberdade suficiente no processo para atuar da forma como lhe parecer mais adequado (efetivando direitos e princípios constitucionais), sempre sintonizado com as garantias fundamentais do devido processo e contraditório.

Não se nega que certo rigor formal é a espinha dorsal do processo, e que seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos. O que não parece certo é vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, conseqüentemente, segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual. [...] Ademais, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade e pelo já citado contraditório obrigatório, bem como pela possibilidade de reexame da decisão em sede recursal, até

⁶⁶ BEDAQUE, Op cit, p. 68-69.

⁶⁷ JARDIM, Augusto Tanger. **Das nulidades processuais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2012. p. 10.

porque as alterações do iter padrão ordinário, sumário ou especial – que como tal devem continuar a reger os processos em que não haja necessidade de variação ritual – deverão ser precedidas de convincente motivação pelo órgão condutor do procedimento.⁶⁸

Ao final, a maior participação judicial no processo deverá torná-lo (o processo) mais “justo e equo”, resultando num julgamento que se aproxime o tanto quanto possível da verdade.⁶⁹

E, ao contrário do que se poderia pensar, a flexibilização do procedimento, ao invés de enfraquecer o princípio do devido processo legal, acaba por fortalecê-lo, à medida que a sua concepção moderna não mais se ajusta às ideias outrora difundidas de tecnicismo imotivado. A ideia de devido processo legal liga-se immanentemente à existência de um fim (*telos*) a ser buscado; é um instrumento que serve à busca do resultado último da ação (prestação da adequada tutela jurisdicional).⁷⁰

A adequação do processo à realidade social e, principalmente, às exigências do direito material invocado pela parte em juízo não mais admitem um procedimento que não seja capaz de satisfazer a pretensão da melhor maneira possível.⁷¹ Trata-se, em última análise, do “acesso à ordem jurídica justa” de que fala Kazuo Watanabe⁷², e que se manifesta ainda mais indispensável numa realidade social em que as partes não raro se colocam em situação de absoluta disparidade de armas.

E é nessa pretensão de se fazer justiça que o ativismo judicial passa a ser cogitado como uma possibilidade de expansão do acesso à justiça, considerado em suas novas feições de efetividade de garantia dos direitos assegurados nas constituições modernas.

O fenômeno, conforme se verá, aproxima o “direito posto” do “direito justo” e – a par das críticas sobre legitimidade democrática e representatividade, não abordadas neste trabalho – acaba por promover uma resposta estatal às pretensões sociais. É verdade também que, por se tratar de uma forma relativamente nova de

⁶⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 86.

⁶⁹ BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 94.

⁷⁰ BEDAQUE, Op cit, p. 51.

⁷¹ GAJARDONI, Op cit, p. 100.

⁷² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 15 passim.

se fazer justiça, ainda não podem ser perfeitamente vislumbrados os efeitos de tais decisões nas estruturas do poder. Mas a tendência das decisões das Supremas Cortes – com especial atenção à brasileira – revela a necessidade de aprofundamento na questão.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

Sob o manto do neoconstitucionalismo (e, conseqüentemente, da nova percepção de acesso à justiça), a distinção clássica dos poderes – numa rígida limitação da atuação do Judiciário – perde lugar para uma visão mais favorável de democracias substantivas, que justificam a limitação do legislador quando se tratar de defesa de direitos fundamentais e proteção das minorias.⁷³

Durante os quase vinte e cinco anos de vida da Constituição da República Federativa do Brasil, publicada em outubro de 1988, não causa espanto – pelo menos na última década – a manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto a temas de natureza essencialmente política.

Isso porque, em especial após as trágicas conseqüências demonstradas pela 2ª Guerra Mundial, as Constituições modernas, ao contrário de serem apenas documentos políticos despidos de autoaplicabilidade (que outrora serviam mais de fundamentação ideológica, sem formatação normativa), passam a ser verdadeiras normas jurídicas, donde emanam não só os direitos subjetivos dos cidadãos como também os parâmetros de aplicação e interpretação (assim como de criação) das demais normas do ordenamento. Baseando-se nessa modificação das estruturas de poder é que alguns autores como Mauro Cappelletti⁷⁴ justificam o “agigantamento” do poder Judiciário.

Segundo Luis Roberto Barroso⁷⁵, as causas de tal fenômeno vão desde a necessidade de um Judiciário forte e independente (como conseqüência da democracia moderna), passando por uma descrença no poder Legislativo – o que ele chama de “crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral” –, até o descomprometimento das instâncias legiferantes, que se abstêm de trazer para si os debates mais polêmicos avocados no meio social.

Tais fatores, aliados ao princípio da garantia do acesso à Justiça, trouxeram ao órgão de cúpula do sistema jurisdicional brasileiro questões tais como a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), a verticalização das coligações partidárias (ADI 2626/DF e ADI 3685/DF), a vedação ao nepotismo (ADC

⁷³ SARMENTO, Op cit, p. 119-120.

⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 43.

⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo.** Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em: 10 fev 2013.

12/DF associada à súmula vinculante n. 13), a não recepção da lei de imprensa (ADPF 130/DF) e, recentemente, o reconhecimento da união estável e entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ).

É verdade que, ao lado dos fatores apontados por Barroso, o sistema de jurisdição constitucional utilizado no Brasil contribui em grande parte para o alargamento dessas competências do STF, uma vez que todo juiz é obrigatória e necessariamente juiz constitucional (autorizado à análise e interpretação direta da Constituição Federal, com poderes de declaração incidental de inconstitucionalidade da legislação ordinária em face da Constituição), além do fato de que o rol de legitimados à propositura de ação direta de controle de constitucionalidade expandiu-se consideravelmente com o advento da nova ordem constitucional.

No contraponto desse fenômeno da judicialização da política – como seu irmão “bastardo” – surge o programa do ativismo judicial, que encontrou forte manifestação no início do século XX, especificamente nos Estados Unidos, com as decisões do tribunal Warren⁷⁶, oportunidade inclusive em que a denominação passou a ter caráter pejorativo. Nas palavras de Ronald Dworkin o conceito de ativismo judicial se coloca da seguinte forma:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.⁷⁷

No mesmo sentido é o posicionamento de Barroso, para quem “[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”⁷⁸ Exemplos de atitudes dessa natureza seriam a aplicação da Constituição a situações não originariamente incluídas no texto expresso da norma, a imposição de obrigações de fazer ao Poder Público em sede de políticas públicas (tais como a concessão de

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In: **Temas de direito constitucional**, t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 144 et seq.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 215.

⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2012. p. 5.

medicamentos de alto custo sem previsão orçamentária), bem como a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com fundamento em critérios mais maleáveis do que a afronta direta ao texto constitucional.⁷⁹

Assim, enquanto a judicialização da política se coloca como um fato decorrente da própria característica constitucional brasileira, o ativismo judicial pode ser visto mais como uma postura dos tribunais, que audaciosamente autorizam-se a interpretações mais abertas de princípios tais como a “igualdade”, a “liberdade”, a “dignidade da pessoa humana”, entre outros.⁸⁰

Decisões quanto à segregação nos Estados Unidos em meados do século XX, por exemplo, foram decisões fortemente ativistas, porquanto a Suprema Corte norte-americana reconheceu um direito moral individual contra o Estado e determinou que fossem modificadas as imposições do Legislativo e do Executivo que discriminavam brancos e negros. Foi uma ingerência do Judiciário em decisões tomadas pelas outras funções do Poder e, portanto, uma decisão ativista.

Acontece que, não raro, os Tribunais são chamados a decidir questões cujo conteúdo ou repercussão política é um tanto quanto significativo, tais como os casos já mencionados anteriormente, julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Essa postura do Supremo, inclusive, é o que levou o Deputado Federal Nazareno Fontelles (PT-PI) a propor uma emenda à Constituição⁸¹ que pudesse de alguma forma limitar ou controlar as decisões do STF em casos de declaração de inconstitucionalidade de leis e emendas constitucionais, bem como de concessão de efeito vinculante a súmulas editadas por aquele tribunal, com a possibilidade inclusive de realização de plebiscito popular em alguns casos. A proposta, que foi considerada constitucional pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, seguiu para análise por uma comissão especial, após o que poderá ser levada a votação no plenário da Câmara. Em sua justificativa para a propositura da emenda, o deputado salienta o ativismo judicial

⁷⁹ Ibidem, p. 5

⁸⁰ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. *Ativismo Judicial, Auto-restrição Judicial e o Minimalismo de Cass Sunstein*. *Diritto & Diritti*, v. 1, p. 1-21, 2008. p. 4

⁸¹ PEC-33/2011, apresentada por um membro da Câmara dos Deputados Federais em 25/05/2011 e que, após enviada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa, recebeu parecer favorável do relator (Dep. João Campos / PSDB-GO) em 05/12/2012 e repercutiu fortemente na mídia por ocasião da aprovação deste parecer pelos demais membros da comissão, em 24/04/2013. **PEC 33/2011**. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

propugnado pelo tribunal supremo do país, o que, em suas palavras, é fundamentalmente prejudicial ao regime democrático:

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial. [...] O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador. [...] O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. [...] Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um “superlegislativo”.⁸²

O tema da posição ativa do juiz e do controle judicial dos atos das demais funções do Poder (Executivo e Legislativo) já foi objeto de estudos nas mais diversas esferas da prática judicial, a exemplo dos trabalhos de Guilherme Marinoni e de Mauro Cappelletti no âmbito do direito processual civil e dos trabalhos de Gilmar Ferreira Mendes em direito constitucional.

Em sua obra “Juizes Legisladores?”, por exemplo, Cappelletti trata o fenômeno do agigantamento do Judiciário como um acontecimento natural, que advém da sobrecarga do Legislativo. Denominando-o “Terceiro Poder”, coloca o Judiciário como um contrapeso necessário aos demais poderes políticos.⁸³

Para ele, essa ingerência do Judiciário não constitui, a nenhum tempo, um vício de legitimidade democrática:

Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.⁸⁴

⁸² BRASIL. Proposta de emenda à Constituição nº 33, de 2011. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, p. 26126, COL 02, 26 maio 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011> . Acesso em: 30 abr. 2013.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Op cit, p. 43.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 107.

Para Marinoni⁸⁵, o papel do Judiciário deve se dar no sentido de possibilitar o acesso à Justiça. Inócua seria o posicionamento do juiz que aplica a lei sem alinhá-la ao conteúdo do direito à sua época. Pelo motivo mesmo de que a noção de Estado é variável no tempo é que a Jurisdição deve também acompanhar tais mudanças.

Não podemos mais aceitar a ideia de que o juiz atua a vontade da lei, como se a lei fosse a expressão tranqüila da vontade geral. O escopo de atuação da vontade da lei, como concebido, reflete a ideologia do Estado liberal, que em determinado momento pretendeu até mesmo proibir o juiz de interpretar a lei, vedando a interferência do Judiciário naquilo que constituía a expressão da vontade geral e identificava-se com a liberdade.⁸⁶

Sobre o controle de constitucionalidade, salutares são as lições do juiz Marshall⁸⁷: “os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não possam se tornar confusos ou apagados, a Constituição é escrita.”⁸⁸

Ainda em estudo sobre a inconstitucionalidade substancial, Gilmar Mendes analisa um dos pontos que considera mais importante e divergente no que tange ao controle de constitucionalidade, qual seja, a inconstitucionalidade decorrente do desvio de poder, que é a incompatibilidade entre os objetivos da lei e os fins consagrados na Carta Magna, ou seja, a violação ao princípio da proporcionalidade (ou da proibição do excesso).

Sobre o tema, o autor cita o posicionamento de diversos ordenamentos jurídicos, tais como o alemão, que erige à categoria de norma constitucional os princípios da proporcionalidade (*verhältnismässigkeit*) e da proibição de excesso (*übermassverbot*), para constatar a adequação das leis com relação aos meios e fins, de sorte a evitar desnecessárias restrições a direitos fundamentais. Lembra, no entanto, a ressalva do Tribunal alemão no sentido de que decisões dessa natureza só devem ser tomadas em casos raros e especiais, tendo

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 185.

⁸⁶ Ibidem, p. 185.

⁸⁷ Juiz norte-americano Chefe de Justiça dos Estados Unidos e presidente da Suprema Corte daquele país no séc. XIX, notadamente conhecido por suas emblemáticas decisões que deram início à consolidação do poder de revisão do Judiciário.

⁸⁸ MARSHALL, John. (1755-1835). **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Série Arquivos do Ministério da Justiça. 432 p.p.25.

em vista que são juízos políticos, econômicos e sociais que necessitam uma posição cautelosa por parte da Corte Suprema⁸⁹.

Em análise ao direito português, o autor menciona a elevação que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo (ou princípio da proibição do excesso) teve também naquele ordenamento. Nos termos do estudo realizado por Canotilho, essa elevação à categoria de norma constitucional seria uma forma de vincular “[...] o legislador, a administração e a jurisdição”.⁹⁰

Desta forma, resta clara a implicação que o tema tem na interpretação do direito, até porque se tem evidenciado um posicionamento ativista do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, exposto em decisões de usual grande repercussão social, tais como as decisões relativas ao §2º do art. 5º da Constituição Federal⁹¹.

Vê-se ainda, no âmbito do direito processual, que a postura do juiz pela flexibilização do procedimento, adequando ao caso concreto as normas de direito processual existentes e, ainda, satisfazendo pretensões sem expressa (formal) previsão legislativa pode ser considerada por alguns como uma postura ativista. Isso porque confere ao magistrado um poder sobre a condução do processo que não estaria (ao menos em tese) suscetível de absoluto controle pelas partes.

Verificados todos esses pressupostos de natureza teórica, histórica e prática, um novo problema se coloca na construção do significado do direito: se *a*) a pretensão das constituições foi modificada pelo advento de um (novo) constitucionalismo; se *b*) o acesso à justiça exige mais do que a simples possibilidade de ajuizar ações e delas se defender; e, ainda, se *c*) o tribunal constitucional do país tem se manifestado pela concreção de direitos individuais mesmo em questões classicamente indicadas ao Poder Legislativo, então há uma forma de se ver o direito, e principalmente de interpretá-lo, que deve justificar bem este novo complexo de situações. O paradigma teórico escolhido neste trabalho, conforme demonstrado na introdução, foi o de Ronald Dworkin; não necessariamente pela defesa do ativismo (o que ele não faz), mas pela defesa de

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 36-44 passim.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 272.

⁹¹ A exemplo da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel (Súmula Vinculante 25) e da dispensa da exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo (RE 511.961/SP).

uma teoria do direito capaz de explicar bem estes “novos tempos”. É o que se verá nos próximos capítulos.

CAPÍTULO II

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Em primeiro lugar, antes de se imaginar qual a ideia que Dworkin faz da interpretação do direito, é de extrema importância que se esclareça a visão que o autor tem sobre o próprio direito. É, em essência, essa percepção (que não se confunde como uma simples questão de fato, como ele mesmo salienta e será visto em seguida), que admitirá o afastamento (ao menos no que assusta e apavora os estudiosos do direito) do “bicho-papão”⁹² da dicotomia subjetividade/objetividade.

E para tanto, passar-se-á à primeira distinção necessária: a de conceitos e concepções.

1 O CONCEITO DE DIREITO

Quando se fala em conceitos, faz-se referência ao padrão que se busca, àquilo que se entende como justo ou injusto, por exemplo. Não interessa o porquê do conceito, mas o que ele realmente é. Já quando se tem por conta a concepção, está-se diante da justificativa que cada um tem do conceito que estabeleceu.⁹³ Desta forma, os motivos que levam alguém a entender porque tal atitude é justa ou injusta é que formam sua concepção de justiça. Exemplificativamente: pessoas distintas podem entender que dar a filhos de mesmos pais presentes desproporcionalmente diferentes (ou melhores entre si) é injusto – acordam, portanto, com o conceito de justiça; mas podem divergir quanto aos motivos pelos quais essa atitude é injusta (seja porque não deve haver qualquer distinção entre filhos ou porque, mesmo que distinções sejam permitidas, não seria razoável presentear um deles com um carrinho elétrico e outro com um chocolate, por exemplo, por serem presentes que, mesmo respeitadas as diferenças de idade e preferência, estabeleceriam uma rivalidade não saudável entre os irmãos) – estariam discordando, portanto, no que diz respeito às suas concepções de justiça.

Feita esta distinção inicial, será possível compreender de que maneira as “forma de ver o direito” se diferenciam.

⁹² Em referência à expressão utilizada por Stephen Guest em sua obra “Ronald Dworkin”. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 27

⁹³ DWORKIN. **O império do direito**, Op cit, p.112-117 passim.

Segundo o autor, a prática judicial pode ser vista em diferentes níveis de abstração⁹⁴ (diferença entre conceitos e concepções). A primeira fase da interpretação leva em consideração o estabelecimento de conceitos específicos, sobre os quais não deve haver grande nível de discordância, a fim de possibilitar a etapa interpretativa do direito; seria a delimitação dos conceitos. Já numa segunda fase, observa-se a controvérsia latente, o que permite a elaboração de diferentes concepções ao conceito. É isso que pretende a integridade, oferecer uma concepção distinta do conceito de direito.

Para a compreensão de como ocorre a interpretação do direito é fundamental o entendimento do conceito de direito para Dworkin, conceito esse que inclusive poderá ser objeto de diversas concepções, mas todas ajustadas ao parâmetro objetivo inicial:

[...] o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado.⁹⁵

Para Dworkin o conceito de direito associa-se à justificativa da coerção do Estado. Qualquer concepção de direito plausível, portanto, deve ser capaz de explicar porque esse conjunto a que chama Direito oferece uma resposta coerente e aceitável para a coerção oficial. Vale dizer, há decisões políticas tomadas num certo espaço e tempo que, quando tomadas de forma correta, autorizam ou mesmo exigem essa coerção. As concepções do direito oferecerão, cada uma a seu modo de ver, as justificativas que acreditam melhor satisfazer essa relação.⁹⁶

Dworkin alerta para o fato de que esse conceito de direito foi por ele escolhido em razão de sua abstração e do relativo consenso que se tem em torno do mesmo. Algumas teorias jurídicas que poderiam contestar essa relação mesma entre direito e coerção do estado não seriam tão numerosas ou significativas a ponto de desprestigiar o conceito.⁹⁷

Ora, se o conceito de direito tem relação com a capacidade de, de forma coerente, autorizar a coerção do Estado, resta um questionamento a ser

⁹⁴ DWORKIN. **O império do direito**, Op cit, p. 86 et seq.

⁹⁵ Ibidem, p. 116.

⁹⁶ Ibidem, p. 231.

⁹⁷ Sobre uma objeção ao conceito de direito enquanto justificativa à coerção do Estado, negando qualquer ligação com convicções políticas: RAZ, Joseph Raz. Authority, law and morality. In: **The Monist**. Volume 68, Issue 3, July, 1985.

esclarecido: qual é este elemento que atribui coerência ao direito? De que forma ele pode ser reconhecido? Neste ponto é que reside a questão da interpretação do direito que, em última análise, revela os olhos através dos quais enxergamos esse conjunto de normas que regem a vida humana em sociedade.

2 DIREITO ENQUANTO PRÁTICA CONSTRUTIVA

Para que se passe então à perfeita compreensão do método interpretativo de Dworkin para o direito, é preciso ter em mente qual a natureza deste objeto sobre o qual se debruçará o intérprete.

Dworkin tem uma ideia interpretativa do direito. Isso significa dizer que não se pode considerar que no direito haja apenas descrição ou apenas normatividade. Descrições são feitas, em regra, quando se observa empiricamente o que é conhecido e se fala sobre essas coisas.⁹⁸ Por exemplo: pode-se descrever o computador em que uma aluna de Mestrado escreve sua dissertação; quantas teclas ele tem, se a tela encontra-se solta do restante do aparelho ou não, qual a sua cor predominante. Ainda, pode-se descrever o clima em determinado dia ou mesmo o modelo de uma bolsa de uma grife famosa ou de um novo ônibus colocado em circulação.

Já no que toca aos enunciados normativos, estes têm a função de dizer o que deve ou deveria ter sido feito⁹⁹, ou mesmo algo que devemos tentar alcançar¹⁰⁰, como uma utopia, ou ainda podem expressar um juízo de moralidade¹⁰¹ acerca dos atos que se deva ter com as pessoas em geral.

⁹⁸ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 28.

⁹⁹ A exemplo do art. 5º do Código Florestal: “Art. 5º Na implantação de reservatório d’água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana. (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).” BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, D.F., 28 mai 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

¹⁰⁰ A exemplo dos incisos do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

¹⁰¹ A exemplo do art. 422 do Código Civil: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé .” BRASIL. **Código Civil** (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

Veja-se, no entanto, que os enunciados descritivos não se prestam somente ao passado e ao presente, assim como os enunciados normativos não se dirigem somente ao passado e ao futuro.¹⁰² Pode-se descrever algo que ainda não existe ou que existirá no futuro, como novas civilizações em outros planetas do Sistema Solar ou métodos de teletransporte de pessoas. Da mesma forma, podem-se proclamar determinações normativas para o presente, sobre coisas que já existem e com as quais, por exemplo, não se concorda, tais como o tráfico de pessoas e o tratamento de dependentes de drogas no sistema penitenciário.

Com essas assertivas, Dworkin pretende demonstrar que o Direito não pode ser entendido nem como uma coisa (meramente descritivo) nem outra (meramente normativo). Isso porque há alguns conceitos que não podem ser entendidos senão de maneira interpretativa.¹⁰³

Assim, a verdade das proposições não decorre tão simplesmente da ocorrência do um fato histórico – existência de uma lei ou decisão anterior que justifique a afirmação. Nem são simplesmente valorativas (no sentido de que as proposições em verdade afirmam aquilo que o juiz gostaria que o direito fosse, ou aquilo que ele deveria ser, ao invés de afirmar o que efetivamente é).¹⁰⁴ O direito enquanto prática interpretativa, portanto, recorre tanto a afirmações de veracidade histórica quanto valorativas. Não se trata, no entanto, de descobrir a intenção obscura do legislador, nem de emitir opiniões pessoais desvinculadas de quaisquer limitações principiológicas. É mais uma atividade complexa e gradativa de interpretação contínua da norma.

Ocorre que a prática judicial é argumentativa, consiste em grande parte em discutir e analisar a verdade de proposições jurídicas, proposições essas que só adquirem sentido quando inseridas nessa prática do direito.

O intérprete do direito é, a primeiro, intérprete de uma prática social, motivo porque nesses casos, a intenção que se busca encontrar na prática é a de mostrá-la em sua melhor perspectiva.¹⁰⁵

¹⁰² Stephen Guest. Op cit, p. 28.

¹⁰³ Stephen Guest. Op cit, p.28

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 219-220 passim.

¹⁰⁵ PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Una Filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, p. 347-387, 2003. p. 366.

Dworkin trabalha sobre uma teoria utópica do direito, reconhece a distinção entre as formas pura e impura (conquanto ainda íntegra) do direito, de acordo com a respectiva maior ou menor coerência aparente do sistema jurídico numa relação adequada entre justiça, equidade e devido processo legal. Observa, muito embora, que o juiz intérprete não pode tolerar essa distinção, que a forma pura do direito sobre a qual o juiz deverá se voltar advém mesmo da melhor interpretação que fizer da prática jurídica, através da integridade.¹⁰⁶

O que ocorre é que, no processo de interpretação, o juiz, partindo de intuições determinadas sobre as quais há um certo grau elevado de consenso, extrai os princípios políticos eleitos pela comunidade a que pertence, princípios que justificam da melhor maneira possível a coerção do Estado. E essa decisão, esse resultado da interpretação, então, será considerado parte da cadeia coerente e coesa do ordenamento jurídico, sem que esteja, no entanto, adstrita a valores pré-determinados como no modelo jusnaturalista. Nesse sentido é que o conceito de direito apontado por Dworkin permite que os cidadãos participem do Direito de forma mais ativa, colaborando na tarefa de análise crítica das decisões judiciais.¹⁰⁷

Dworkin toma como exemplo o caso da prática da cortesia de tirar o chapéu diante dos nobres¹⁰⁸. Essa prática pode ser colocada num sentido meramente descritivo, informando o leitor sobre a angulação da curvatura da cabeça e dos momentos do dia (ou da conversação) em que tal prática é realizada. Mas essa descrição poderia para muitos soar insuficiente (ou fraca). Isso porque se poderia afirmar que, em verdade, a prática encerra em si um sentido mais relevante do que a simples mobilidade da cabeça e a retirada do chapéu em certo momento do dia. Poderiam dizer que significa respeito, admiração, apreço e educação, ou seja, que é uma prática com um propósito implícito. Assim como descrever uma obra de arte simplesmente por suas medidas geométricas ou pelas cores utilizadas poderia soar um tanto inútil. E, nesse caso, haveria uma preferência por citar as

¹⁰⁶ VERNENGO, Roberto J. El derecho como interpretacion e integridad. Ronald Dworkin: Estudios en su homenaje. **Revista de Ciencias Sociales**, Valparaiso, n. 38, p. 17-44, 1993. p. 20.

¹⁰⁷ “Las valoraciones y los principios que defiende colectivamente una sociedad son dinámicos. [...] El derecho como integridad es un enfoque que permite al ciudadano una actitud activa frente al derecho. Le recomienda que tome el derecho como un dato interpretativo y que colabore a la construcción de la tarea colectiva de justificación y crítica de las decisiones públicas.” CALSAMIGLIA, Albert. Dworkin y el enfoque de la integridad. Ronald Dworkin: Estudios en su homenaje. **Revista de Ciencias Sociales**, Valparaiso, n. 38, p. 45-68, 1993. p. 61.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Op cit, p. 57-58.

impressões e sentimentos que aquela obra pretende transmitir, ou seja, o sentido por trás do quadro.

E isso não significa que as análises descritivas não possam ser feitas em nenhum momento. Muito provavelmente elas serão inclusive necessárias quando a pretensão encerrar-se em informar, por exemplo, para um grupo de estrangeiros, de qual quadro se está falando ou a que tipo de cumprimento se refere o guia turístico numa explicação histórica do feudalismo.

A própria análise de quando a descrição e quando a interpretação serão necessárias, ou mesmo se existe uma visão interpretativa sobre o objeto é, em si, uma tarefa interpretativa¹⁰⁹.

O que importa salientar nesses casos é que, a partir do momento em que a prática deixa de ser vista sob uma perspectiva meramente descritiva e passa a ser vista sob um ponto de vista interpretativo (como se encerrasse em si um sentido, um valor, um propósito), entende-se que aquilo que se fazia (no caso da cortesia) deve ser compreendido, ampliado, modificado ou até mesmo limitado de acordo com essa percepção de sentido, e sempre em busca desse sentido.

Quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica; não é mais a deferência espontânea a uma ordem rúnica. As pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado.¹¹⁰

Assim, quando se põe frente a uma proposição jurídica, o juiz deve assumir que, por ser parte do direito, aquela proposição é dotada de sentido, ou seja, ela deve ser vista sob a sua melhor luz. E isso não significa, a nenhum tempo, que o juiz possa valer-se do direito para transformá-lo em qualquer coisa que ele acredite ser a melhor possível. Significa interpretar o direito de modo que o que se lhe atribui seja o melhor em termos morais.¹¹¹

A interpretação construtiva, conforme já anunciada, supõe a posição do intérprete numa atitude interpretativa, que requer dois elementos básicos: primeiro que o intérprete observe um valor (*point*) na prática, de forma a supor que a mesma serve a um interesse e propósito específicos, que está a cumprir a efetivação de um princípio e; em segundo lugar, que seja capaz de admitir que

¹⁰⁹ Guest. Op cit, p. 30.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Op cit, p. 58.

¹¹¹ Guest, Op cit, p. 33.

aquilo que a prática determina não se esgota naquilo que está nela expresso, mas inclui o valor (*point*), o objetivo a que se destina. Esse objetivo, então, não é necessário tão somente no momento de aplicar as regras exigidas pela prática, mas também no momento de saber quais regras são essas.¹¹²

¹¹² PÉREZ, Op cit, p. 365.

3 AS ETAPAS DA INTERPRETAÇÃO

De qualquer modo, ainda resta um tanto abstrata a ideia de aplicar conceitos morais à interpretação do direito fazendo-se dele o melhor possível. Assim é que Dworkin apresenta três etapas da interpretação pelas quais deverá passar uma prática social tal como o direito.

Na etapa pré-interpretativa a prática social é vista como descritiva. Analisa-se o que é a prática e o que ela exige, a regra de conduta que se encontra por detrás da prática. Assim, no exemplo do autor, os homens se curvam diante das mulheres não somente porque o fazem há tempos, mas porque reconhecem que essa prática é exigida pelas boas maneiras e que, quem não o faz, age com falta de cortesia. No caso da interpretação literária, seria o momento de se identificar quais são os romances, as peças, os poemas, etc.¹¹³ Não se atribui nessa fase nenhum sentido, nenhum propósito específico na regra que não a mera cortesia. No entanto, o próprio autor alerta para o fato de que não se deve considerar que mesmo nessa etapa não haja absolutamente nenhum esforço interpretativo. Isso porque o próprio ato de identificar a prática social impõe ao agente a captação de um alto grau de consenso da comunidade, o que de certa forma é já interpretativo em si mesmo.¹¹⁴

Na segunda etapa, a interpretativa, pretende-se somar significado, sentido à conduta da cortesia. Busca-se uma justificativa para os elementos encontrados na etapa anterior. Ressalte-se que aqui a justificativa encontrada deve passar por duas dimensões distintas de aprovação, quais sejam: i- dimensão de ajuste e; ii- dimensão de valoração, questões melhor abordadas no tópico seguinte.¹¹⁵

A primeira e a segunda etapas, como se vê, podem ser consideradas, conforme já explicado anteriormente, como formas diferentes de encarar a prática (meramente descritiva/normativa ou interpretativa). E essa mudança de paradigma (de pretender atribuir sentido a algo) é grandemente relevante na filosofia jurídica de Ronald Dworkin, porque parte de entender o direito é, em verdade, entender o seu sentido.¹¹⁶

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Op cit, p. 81.

¹¹⁴ Ibidem, p. 81.

¹¹⁵ Ibidem, p.81-82 passim.

¹¹⁶ Guest, Op cit, p. 34.

Conforme Guest,¹¹⁷ essa passagem – da etapa pré-interpretativa à interpretativa – pode ser assemelhada à passagem da sociedade pré-jurídica à jurídica, na filosofia de Hart. Na primeira forma de sociedade haveria somente regras de obrigação (regras primárias), enquanto na segunda forma há regras atribuidoras de poder (regras secundárias ou de reconhecimento), que são aquelas que efetivamente dão coesão à comunidade e justificam o aparelho estatal.

É na etapa interpretativa de Dworkin que podem surgir as mais diferentes concepções sobre o que a prática (direito) significa, qual o seu sentido e propósitos. Se, por exemplo, a regra da cortesia com as mulheres for tomada num sentido de respeito ao “sexo frágil”, então talvez mulheres que realizem um trabalho masculino não devam ser sujeitos dessa cortesia. De outra sorte, se for encarada como respeito à beleza feminina, uma mulher que não corresponda aos padrões estéticos da época pode igualmente não receber tal “galanteio”.

Já na terceira etapa da interpretação (a etapa pós-interpretativa), deverão ser aplicadas de modo coerente as justificativas encontradas na segunda etapa, de forma a tornar a prática judicial a mais atraente possível.¹¹⁸ Aí é que se permitem, conforme esclarecido acima, eventuais modificações da prática até então vigente, numa tentativa de ajustá-la àquilo que ela realmente pretende. Por isso também é que essa etapa é denominada por Dworkin de “reformuladora”.¹¹⁹

Nesse exato momento é que fica mais claro o motivo pelo qual a interpretação da prática social (e, por conseguinte, do direito) se assemelha mais à interpretação artística (literária) do que à científica ou mesmo à conversacional.

No caso da interpretação científica, não há o interesse nos objetivos ou princípios humanos por trás da norma. A análise científica da lei cinge-se à verificação do que ele chama de “direito aí no mundo”, o que efetivamente já existe por decisões passadas (fatos históricos do passado).¹²⁰ Já a interpretação conversacional é aquela em que o interesse repousa sobre a linguagem do falante, sobre o significado de suas palavras. O intérprete não é livre para construir o sentido do que o falante disse, mas somente para entender exatamente o que ele quis que suas palavras significassem.¹²¹ Veja-se quais são então as características da

¹¹⁷ Ibidem, p.35.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Op cit, p.81-82 passim.

¹¹⁹ Ibidem, p. 82.

¹²⁰ GUEST, Op cit, p. 37.

¹²¹ Ibidem, p. 37-38.

interpretação literária que permitem a elaboração do paralelo tão conhecido da filosofia de Dworkin.

4 INTERPRETAÇÃO LITERÁRIA E JURÍDICA: UM PARALELO POSSÍVEL

Interessa perceber nesse momento que a ideia de Dworkin sobre o paralelo entre interpretação literária e jurídica passa exatamente pela noção de que o direito deva ser visto sob a perspectiva da integridade. Muito embora tal aspecto tenha sido reservado para o próximo capítulo,¹²² importa salientar que “[...] segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.¹²³

Quando decide um caso controverso, portanto, o juiz passa a investigar qual a melhor interpretação da norma que se ajusta aos princípios políticos eleitos por aquela comunidade específica, tornando-a a melhor possível.

Por esse motivo é que o direito como integridade se diferencia tanto das demais concepções de direito como o convencionalismo e o pragmatismo. O primeiro exige do magistrado uma análise criteriosa das decisões passadas e o segundo, uma percepção daquela que parece ser a melhor regra para o futuro. A integridade, no entanto, exige uma constante interpretação da norma jurídica, todas as etapas do reconhecimento da melhor decisão devem passar pelo trabalho interpretativo.

E é para melhor compreender a interpretação do direito conforme a integridade que Dworkin compara a interpretação da lei à interpretação literária.¹²⁴

Para o autor, a discussão sobre se as proposições seriam meramente descritivas ou somente valorativas – aspecto relevantíssimo ao direito e já confrontado nos tópicos anteriores – foram muito mais exploradas, por exemplo, no campo da interpretação literária.¹²⁵

Isso porque as teorias sobre a interpretação estética estão ocupadas em sua maioria sobre o significado de uma obra como um todo. São afirmações

¹²² Para maiores informações, além do capítulo seguinte, ver: SÁNCHEZ, Nathália Mariáh Mazzeo; SOARES, Marcos Antônio Striquer. O ativismo judicial e o paradigma da integridade na filosofia jurídica de Ronald Dworkin. In: Vladimir da Silveira. (Org.). **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** - Vitória. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 20, p. 10162-10182.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Op cit, p. 272.

¹²⁴ Ibidem, p. 276-279 passim.

¹²⁵ Dworkin, Ronald. Como el derecho se parece a la literatura. In: **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997. p. 143-180. p. 148.

sobre um texto, por exemplo, que têm o condão de orientar um diretor enquanto monta uma nova encenação de uma peça, ou ajudar os leitores a melhor compreender o ambiente cultural em que estão inseridos.¹²⁶

Para demonstrar de que forma a interpretação literária se assemelha à interpretação da prática judicial, Dworkin estabelece o que chama de “hipótese estética”, ou seja, o pressuposto de que uma interpretação de uma obra literária tenta mostrar qual leitura revela o texto em seu melhor aspecto artístico, “[...] como a melhor obra de arte que ele pode ser”.¹²⁷

Ainda que possam surgir críticas a essa afirmação – no sentido de que a interpretação estaria criando a obra e, portanto, não há melhor interpretação, mas tão somente interpretações diferentes; ou que essa interpretação confunde-se com a crítica literária – tais objeções não constituem para o autor implicações irresolúveis. Isso porque ele afirma que o objetivo da interpretação é tentar mostrar a obra da melhor forma naquilo que ela já é, sem tentar transformá-la em outra.¹²⁸ Ora, haveria nesse caso algumas questões que não poderiam ser ultrapassadas sem que se observasse uma mudança brusca na essência do texto analisado. Tome-se como exemplo uma interpretação que desconsiderasse grande parte do texto tornando-o irrelevante ou que considerasse todas as métricas como meros acidentes; certamente ela seria considerada uma interpretação falha, equivocada, porque transformaria algo que poderia ser relativamente bom em um desastre.¹²⁹

No intuito, portanto de não modificar a obra, e sim interpretá-la à sua melhor luz, estarão presentes as convicções particulares do crítico quanto aos aspectos de integridade e coerência na arte. Assim, poderá haver grande discordância quanto a que tipo de unidade seria realmente desejável e qual é repudiada; mas como “[...] as opiniões das pessoas sobre o que constitui a boa arte são inerentemente subjetivas, a hipótese estética abandona a esperança de resgatar a objetividade na interpretação [...]”¹³⁰

É verdade que algumas outras objeções poderiam surgir quanto à escolha deste paralelo. Dworkin afirma neste caso que o maior teste a que se submete o paralelo da interpretação literária seria a questão de saber até que ponto a

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, Op cit, p. 221-222 passim.

¹²⁷ Ibidem, p. 223.

¹²⁸ GUEST, Op cit, p. 33.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, Op cit, p. 222-224 passim.

¹³⁰ Ibidem, p. 227.

“intenção do autor” efetivamente seria importante à interpretação do texto. Só se torna efetivamente importante saber qual a intenção do autor por detrás do texto analisado se considerar-se que o valor ou significado daquela arte deve ser primariamente vinculado exatamente ao que o autor quis dizer com ela.¹³¹

Ademais, veja-se que, ao tentar descobrir a intenção oculta do autor por detrás do texto, não se pode nunca ter certeza de que aquilo que foi imaginado corresponde exatamente ao que o autor imaginou ou se o próprio texto, no seu transcurso, fez o autor “mudar de ideia” sobre o que havia planejado. Pode ocorrer de ser feita uma suposição que, em verdade, jamais havia passado pela mente criativa do artista. Conhecido é o exemplo que Dworkin fornece acerca do romance “A mulher do tenente francês”, de John Fowles¹³². O próprio criador, nesse caso, dá um testemunho de que, enquanto escrevia a obra, seus personagens pareciam tomar vida e escolher rumos próprios, diferentes daqueles que ele mesmo já havia imaginado inicialmente. Essa “mudança de ideia” sobre como interpretar o romance pode advir também de uma nova versão para o cinema ou para o teatro que algum diretor tenha concebido, o que dará ao próprio autor uma percepção diferente daquilo que ele mesmo redigiu. E, mais importante: essas possíveis mudanças de ideia não são a descoberta de algo que o autor já sabia e que estava escondido em seu subconsciente; são na verdade novas interpretações da mesma obra.

Ainda uma observação preliminar é indispensável para que se adentre na seara da interpretação jurídica. Veja-se que, analisado todo o procedimento de interpretação da obra de arte, pode-se facilmente ver a diferença entre o autor da obra (que interpreta enquanto cria) e o crítico (que cria enquanto interpreta). O primeiro deles o faz porque, a cada passo, precisa decidir o que fica “melhor” para seu trabalho: se este ou aquele acontecimento com determinado personagem, se esta ou aquela palheta de cores na pintura de um quadro, etc. O segundo deles, por sua vez, cria porque precisa se decidir entre uma ou outra visão acerca da obra do artista. Se a vê do jeito “a” ou “b”, o que fatalmente importará numa interpretação melhor ou pior, a seus olhos.¹³³

No caso do direito, no entanto, pode-se perceber que essa dicotomia tão acirrada entre criador e crítico já não persiste.

¹³¹ Ibidem, p. 231.

¹³² Ibidem, p. 232-233 passim.

¹³³ Ibidem, p. 235.

Como ilustração, Dworkin utiliza o projeto do romance em cadeia¹³⁴. Suponha-se que há um grupo de romancistas aos quais é designada a tarefa de escrever um romance. Assim, sorteados em ordem crescente, cada um deles responsabiliza-se pela redação de um capítulo, ao que se sucederá a redação pelo próximo companheiro na ordem numérica, e assim por diante. O romance, portanto, será formado por diversos capítulos redigidos por diferentes pessoas, que não tiveram acesso prévio às ideias que cada autor tinha sobre o romance. Ainda assim, para que seja efetivamente considerado um romance, e não uma coletânea de contos, os escritores devem preocupar-se em fazer do conjunto o melhor que dele pode ser extraído, criando um todo coerente e coeso. O exemplo se adequa bem à resolução de casos difíceis no direito.

O juiz, quando se vê frente a um caso a ser solucionado, observa nas decisões passadas de seus antecessores tudo o que foi dito e decidido em casos similares. Toma conhecimento, portanto, do que já foi feito coletivamente, como se lesse o romance até o ponto em que ele se encontra. Olhando para trás, deve interpretar o que já foi realizado, de modo a poder retirar das decisões passadas uma motivação ou um propósito para a prática judicial ocorrida até então.

Mas de que forma o juiz realiza essa escolha? Como sabe qual o propósito que torna a prática a melhor possível?

Volte-se ao caso da interpretação literária. Nesse trabalho de análise de seu texto tentando encontrar a melhor redação que seja capaz de criar o melhor “romance” possível, o intérprete irá observar duas etapas da interpretação às quais deverá submeter seus escritos. A primeira delas será a fase da adequação, que se cinge à percepção de que não poderá ser escrito um capítulo com elementos que, dadas as circunstâncias a que foram submetidos os escritores, não teriam sido escolhidos por nenhum dos outros artistas:

[...] não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue.¹³⁵

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 275.

¹³⁵ Ibidem, p. 277.

Significa dizer que, nessa primeira etapa, deverá ser capaz de encontrar uma interpretação que, não necessariamente se ajuste a todos os aspectos do texto, mas que o trate de forma a poder explicá-lo genericamente, ao longo de todo o corpo do texto, e não somente para o capítulo que está sendo escrito. Por certo que, se forem entregues ao autor o início de um livro, então poderá ele escolher qual interpretação o texto poderá suportar, sem que sejam feitos sacrifícios muito grandes à trama ou coerência do texto.

Se encontrar, no entanto, mais de uma interpretação que acredite ser capaz de adequar-se ao texto, deverá passar à segunda etapa, procurando qual delas em verdade constitui a melhor interpretação para a obra. Nesse momento, irá utilizar-se de suas concepções e juízos estéticos mais profundos, pois precisará demonstrar a finalidade da obra e seu valor.¹³⁶

Toda interpretação jurídica deverá passar, assim como a interpretação literária, por duas fases/dimensões distintas, que garantirão sua plausibilidade frente à prática jurídica: a) dimensão de ajuste; e b) dimensão de finalidade ou valor.

O intérprete do direito deverá, portanto, observar se aquela prática jurídica anterior efetivamente se ajusta ao caso que lhe é apresentado, verificando a adequação e coerência da justificativa ao sistema jurídico. Veja-se, no entanto, que a possibilidade ou não desse tipo de ajuste se encontra na ocorrência, respectivamente, de casos simples ou difíceis (*hard cases*). Num caso difícil, muito provavelmente serão encontrados dois princípios políticos opostos capazes de satisfazer, para um e para outro lado, o requisito do ajuste às decisões passadas.

Na dimensão de valor, o juiz deverá verificar, na prática jurídica anterior, um valor que possa ser extraído do que já se fez anteriormente. Deverá ser capaz de dizer a que finalidade se destinavam as decisões políticas¹³⁷ do passado, extraíndo delas o melhor princípio político para o caso, encontrando a melhor resposta para a prática judicial, sistematizando-a, tornando-a um todo uno. Veja-se que, nessa dimensão, o *Civil Law* se beneficiaria em face do *Common Law*, haja vista que neste sistema legislativo é mais difícil (por conta da não profusão de

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, Op cit, p. 239.

¹³⁷ A palavra “políticas” é empregada nesse sentido em sinônimo de decisões judiciais exatamente pelo fato de que, para Dworkin, o Direito é um fenômeno político, no qual se pretende “[...] coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e o seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas”. DWORKIN. **Uma questão de princípio**, Op cit, p. 239.

dispositivos legais escritos) verificar qual seria o princípio político a ser extraído do caso, podendo haver maior discordância nessa seara do que haveria no *Civil Law*, em que a maioria dos princípios políticos estão de certa forma expressos na legislação¹³⁸, ainda que entre eles possa haver confronto.

Mas mesmo nessa fase em que analisa o conteúdo do texto, deverá o intérprete sempre voltar-se à questão de se esse conteúdo mesmo adequa-se ao corpo geral do romance, motivo porque as duas etapas estarão sempre interligadas. Desta forma, ainda que diferentes romancistas pudessem ter (como efetivamente espera-se que tenham) opiniões diversas sobre valores literários ou juízos estéticos, as concepções muito distintas anular-se-iam mutuamente, uma vez que devem respeitar aquilo que o romance comporta; devem guiar-se pelas interpretações que tornam o romance o melhor possível, tendo em vista que uma parte dele já está escrito, e – a menos que todo o projeto seja descartado para o início de um novo – não pode ser modificado.¹³⁹

Vale discutir nesse momento a questão de se o autor, quando tenta, na segunda etapa, oferecer a melhor interpretação do romance estaria livre “[...] para pôr em prática suas próprias hipóteses e atitudes sobre a natureza dos romances? Ou é obrigado a ignorá-las por ser escravo de um texto no qual não pode introduzir alterações?”.¹⁴⁰

Para Dworkin, nenhuma das duas hipóteses (total liberdade ou absoluta vinculação) é completamente verdadeira.

A liberdade do intérprete verifica-se na medida em que todas as suas convicções e opiniões sobre qual é a melhor interpretação do texto são subjetivas, ou seja, são ideias “[...] inerentes a seu sistema geral de crenças e atitudes [...]”¹⁴¹. Por exemplo, as convicções do intérprete de que um determinado personagem do romance deva ter uma personalidade *x* e não *y* são questões de opinião pessoal dele, das quais outros autores do romance em cadeia poderiam sem dúvida divergir; assim como a ideia que faz sobre qual das personalidades aplicadas ao personagem tornam a obra melhor do ponto de vista artístico também é uma

¹³⁸ É o que ocorre, pelo menos, no caso brasileiro, em que a Constituição e os Códigos e demais leis infraconstitucionais deixam claros muitos dos princípios norteadores da prática judicial.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 278.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 281.

¹⁴¹ Ibidem, p. 282.

convicção própria sua. Essa “subjetividade”, no entanto, não o torna completamente livre para agir da forma como bem entender.¹⁴²

Sua restrição encontra-se no âmbito *interior* ou *subjetivo*.¹⁴³ São restrições impostas pelo próprio intérprete, convicções formais que são para ele tão genuínas como se fossem incontroversas e que independem de suas opiniões pessoais sobre a estética ou sobre padrões literários.

Verificadas as etapas a serem seguidas pelo intérprete do direito, passa-se à caminhada com o personagem Hércules (figura mitológica utilizada por Dworkin para atuar como o magistrado no caso concreto) na sequência de atitudes que levam à conformação da resolução pretendida pelas partes nos chamados casos difíceis. Por se tratarem de situações mais complexas do direito, o magistrado deve atuar com maior atenção e tempo, motivos pelos quais lhe são atribuídos poderes sobre-humanos.

¹⁴² Ibidem, p. 282.

¹⁴³ Ibidem, p. 283.

5 A CAMINHADA INTERPRETATIVA DE HÉRCULES

A fim de trazer à seara do direito o exemplo da interpretação pela integridade, Dworkin utiliza-se da figura do juiz Hércules, analisando suas atitudes ao longo da tarefa interpretativa.

Assim, posto frente a um caso controverso – em que dois princípios opostos podem encontrar apoio suficiente nas várias decisões do passado para oferecer, cada um a seu ver, a melhor interpretação para o direito – Hércules tem o dever de encontrar, se for possível, a interpretação que se adequa ao sistema vigente fazendo dele o melhor; deve encontrar aquela interpretação que sustenta um princípio mais sólido de justiça.¹⁴⁴ Para tanto, elabora diversas hipóteses de interpretação que podem ser escolhidas por ele em sua decisão. Por serem diametralmente opostas, apenas uma poderá figurar como a resposta correta para o caso concreto.

Na primeira etapa de sua interpretação, então, Hércules analisa o critério da adequação, verificando se os princípios encartados nas hipóteses por ele levantadas estão presentes em quaisquer das decisões políticas anteriores. Vale dizer, além da exigência de que as hipóteses tragam em si princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, elas exigem ainda que esses princípios, quando aplicados às novas situações, produzam justiça, equidade e devido processo pelos mesmos parâmetros, pelas mesmas normas outrora promulgadas.¹⁴⁵

Importa ressaltar que, nessa etapa, a análise de Hércules sobre a adequação das interpretações aos demais casos da ordem jurídica se realizará nos círculos denominados “áreas do direito”¹⁴⁶; ele procurará no caso concreto uma justificativa capaz de adequá-lo ao direito civil (num caso de obrigações ou indenização, por exemplo).¹⁴⁷ Mas mesmo essa divisão do direito em compartimentos pode ser compreendida de forma completa, pois “[...] os limites

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, Op cit, p. 241.

¹⁴⁵ O que saliente-se, não significa que haja a obrigação de julgar sempre, de forma eterna e indefinida na história, os casos pelos mesmos parâmetros de justiça, equidade e devido processo. Os parâmetros de justiça de 20 anos atrás podem não ser – e é bem provável que não sejam – os mesmos que os de hoje. A integridade, ao contrário, aprova a ideia de diversidade.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 300-304 passim.

¹⁴⁷ A divisão do direito em disciplinas compartimentadas é uma prática já há muito difundida tanto nas escolas quanto nos argumentos jurídicos e uma prática de certa forma condenada pela integridade, já que a coerência de princípio deve ser analisada no ordenamento como um todo, para o que seria mais oportuna a eliminação de barreiras acadêmicas.

entre as áreas tradicionais do direito refletem princípios morais amplamente aceitos que diferenciam tipos diferentes de falta ou de responsabilidade [...]”¹⁴⁸. Assim sendo, a doutrina de Hércules da prioridade local estará bem aplicada, pois os limites entre as áreas do direito não estarão sendo simplesmente mecânicos ou arbitrários (caso em que devem ser afastados para que a integridade se faça), mas justificáveis e úteis, motivo porque sua busca pelos princípios justificadores dentro daquela área específica do direito é plenamente compreensível e, inclusive, recomendada.

Encontrando, porém, mais de uma interpretação que se adeque ao direito, o juiz irá, da mesma forma como agiu o autor ao encontrar mais de uma hipótese possível para a construção do texto, voltar-se à segunda etapa de sua busca: analisará o conteúdo das hipóteses. Ele verifica, nesse momento, se a interpretação justifica de forma coerente as decisões políticas do passado, mostrando-as à sua melhor luz. Acabará por escolher, então, a interpretação que lhe parecer mais importante, fundamental ou de maior alcance.

Essa atitude mesma de adequar a interpretação a alguma parte do direito, de modo a que os princípios que a justificam sejam os princípios norteadores do resto da prática judicial, acaba por limitar o papel do juiz que se poderia chamar discricionário: “[...] os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça.”¹⁴⁹

Num caso ainda mais fortuito, em que não haja sequer um princípio que possa localizar qualquer dessas interpretações como a melhor justificativa, que fará Hércules? A essa pergunta Dworkin responde da seguinte maneira: recorrerá à moral política. Analisará qual das duas interpretações mostra a comunidade da melhor forma, sob o ponto de vista da moral política. E nesse ponto, sua decisão levará em consideração suas convicções próprias sobre a moral política (justiça e equidade). Sem dúvida nesse quesito haverá sempre divergências entre os juizes e a comunidade ou dentre os próprios juizes, e etc., seja em razão de qual ideal político deva prevalecer, seja em razão do conteúdo da exigência de cada ideal.

Esses parâmetros advêm da ideia mesma de que o direito se funda sobre uma comunidade de princípios e que o juiz, quando outorga às partes direitos

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 302.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 305.

“novos” nunca antes reconhecidos, deve fazê-lo apoiado nos princípios que dão coesão ao sistema.

Então, quando Hércules se deparar com casos cujos princípios nunca houvessem sido anteriormente anunciados, seu problema assumirá uma posição política muito específica. O juiz nada mais fará, nesse caso, que tomar uma decisão que dará vida e efeito prático a convicções políticas já difundidas na comunidade; até porque as decisões judiciais são em si mesmas atos da própria comunidade personificada.

6 ALGUMAS OBJEÇÕES AO TRABALHO INTERPRETATIVO DO JUIZ HÉRCULES

Ao trabalho interpretativo de Hércules, podem ser formuladas algumas críticas, como por exemplo¹⁵⁰: a) ao assim decidir, não estaria Hércules ignorando o verdadeiro direito para substituí-lo por suas próprias concepções?; b) quando há divergência quanto à melhor interpretação, não se pode afirmar que a integridade exige a escolha de uma delas especificamente, motivo por que nesses casos Hércules não estaria fazendo nada mais que decidindo segundo seus próprios princípios de moral política, criando um direito novo compatível com suas escolhas; c) mesmo que se possa admitir que haja uma resposta correta ao caso concreto, não parece justo permitir que a resposta de um juiz singularmente considerado (ou de um grupo deles) seja a definitiva quando não se pode provar que sua tese é superior à daqueles que dela discordam; d) não há qualquer juiz que possa assumir a posição de Hércules, pois os poderes que se lhe exigem extrapolam a condição humana; e) mesmo que sejam aceitas todas as facetas da interpretação do direito como integridade, é uma concepção que se aplica tão somente aos casos difíceis.

A primeira objeção afirma que os juízes não poderiam chegar a uma decisão correta se utilizassem, na etapa da verificação do conteúdo da hipótese interpretativa, suas convicções pessoais sobre equidade ou justiça; isso porque as corretas interpretações devem sempre corresponder às intenções dos juízes do passado. A essa objeção Dworkin argumenta que em verdade ela mesma não rejeita a relevância da moral política para o direito, apenas diz que os princípios de moral que interessam são os afirmados pelos juízes em casos passados, e não os enunciados pelo magistrado no caso concreto. Essa crítica não se sustenta, portanto, em sua própria afirmação, pois não afasta aquilo mesmo que contesta.

A segunda objeção afirma que o princípio da integridade não força o juiz a escolher uma das interpretações possíveis ao caso concreto, já que ambas possuem bases de justificação. Afirma que não se pode dizer que há uma interpretação melhor que a outra quando mais de uma ultrapassa o teste inicial da adequação. Ocorre nesse caso que não há como Hércules descartar a possibilidade de uma melhor resposta que se ajuste melhor às decisões jurídicas do passado e as

¹⁵⁰ Ibidem, p. 309-317.

explique em sua melhor concepção; é que o juiz Hércules tem uma concepção de direito enquanto integridade, e isso não pode ser dele afastado, motivo por que tal objeção só tem lugar numa compreensão semântica do direito.

A terceira objeção questiona a justiça da decisão do juiz, no exato momento em que sua concepção do direito será tida como definitiva, a despeito do que possam pensar os que dele discordam, mesmo sem meios de prova de que a decisão é a melhor. Essa crítica também não se mantém, tendo em vista que a integridade exige que as decisões judiciais respeitem uma coerência de princípio tal que observem as decisões políticas tomadas no passado, a despeito das divergências entre os juízes.

A quarta objeção afirma ser humanamente impossível ao magistrado seguir uma linha de interpretação tal qual o faz o juiz Hércules, tendo em vista seu volume de trabalho e sua incapacidade de elaboração de tantas hipóteses interpretativas quantas formuladas por Hércules. A tal argumento Dworkin afirma que Hércules se destaca tão somente quanto ao tempo que teria disponível à resolução do caso e à rapidez com que o faz. Porque “[...] seus juízos sobre adequação e moral políticas são feitos da mesma matéria e têm a mesma natureza que os deles.”¹⁵¹

A última objeção restringe, na melhor das hipóteses, o direito como integridade tão somente aos casos difíceis, tendo em vista que os casos que não oferecem maiores controvérsias dispensam tamanha atividade interpretativa; os casos simples são resolvidos através do convencionalismo. Essa afirmação, no entanto é falsa, uma vez que os casos fáceis são tão somente casos em que já se conhece a resposta, o que não significa que a ele não se aplique o modelo de integridade.

Afastadas as objeções mais diretas que podem ser impostas ao trabalho de Hércules, importa ressaltar porque motivo outras concepções do direito não seriam mais adequadas à sua interpretação. Nesse sentido, apresentam-se duas vertentes distintas: o convencionalismo e o pragmatismo jurídicos. São ideias sobre a forma de se ver o direito e que – justificadamente, conforme se verá – não se adequam às pretensões atuais do direito (ou não o explicam satisfatoriamente bem).

¹⁵¹ Ibidem, p. 316.

7 O CONVENCIONALISMO JURÍDICO

Para contrapor seus argumentos a favor de uma teoria interpretativa do direito enquanto integridade, Dworkin apresenta as concepções que acredita serem diametralmente opostas ao conceito de direito enquanto completude¹⁵².

Para o convencionalista, aquilo que justifica as decisões do Estado contra o indivíduo – a força coercitiva do Estado – é a existência de decisões políticas do passado. Neste ponto não há qualquer modificação ao conceito de direito formulado pelo autor. O que difere nesse caso é que essas decisões anteriores devem ser baseadas em convenções sociais, vale dizer, convenções sobre quais instituições são autorizadas a elaborar as leis e de que forma; são, portanto, convenções jurídicas. O que está disposto nas convenções jurídicas, então, (leis e precedentes, por exemplo) são os direitos que o indivíduo tem contra o Estado.¹⁵³ Qualquer extrapolação dessas convenções importará em dizer sobre a inexistência do direito.

O respeito a essas convenções, no entanto, deixa uma margem de dúvida, pois de que forma deveria o magistrado agir quando inexistente convenção jurídica – casos que nunca foram objeto de lei ou sobre os quais ainda não há precedente judicial? Deveria ele deixar de julgar o caso, ficando sem resposta a pretensão dos litigantes? A corrente mais branda do convencionalismo defende que não; nesses casos, afirmam os convencionalistas, haveria uma lacuna no direito, o que levaria o magistrado a agir de forma discricionária, tomando por base aquilo que acredita serem os melhores valores de justiça e equidade em sua opinião pessoal. Para Calsamiglia¹⁵⁴, Kelsen, numa corrente mais rigorosa do convencionalismo, afirmaria que nesses casos a demanda seria improcedente ao requerente – o que significa que o direito, ainda que alegado inexistente, foi aplicado (mesmo negativamente). Já Hart, numa posição moderada, admitiria a discricionariedade judicial no caso de lacuna do direito.

¹⁵² APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 24, n. 47, p. 81-97, dez/2003. p. 83.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 141.

¹⁵⁴ “En el caso de que no exista una ley aplicable o un precedente, o una decisión del pasado, entonces el positivismo se divide. Kelsen afirmaría – por ejemplo – que el derecho siempre ofrece respuesta porque el juez debe rechazar la demanda cuando no encuentra en el derecho una norma aplicable. [...] El juez también aplica el derecho cuando rechaza la demanda. [...] Una posición más moderada será la defendida por Hart. [...] El juez se puede encontrar con lagunas y en este caso puede decidir conforme a su discreción.” CALSAMIGLIA, Op cit, p. 52 et seq.

Dois aspectos, portanto, podem ser retirados do convencionalismo.¹⁵⁵ O aspecto positivo: de que os juízes devem seguir fielmente o direito, e não substituí-lo por outro, ou seja, os juízes devem se ater às convenções predeterminadas, seguir a lei e o precedente em todos os casos que lhes forem apresentados. O aspecto negativo: de que nos casos em que inexistente lei ou precedente - ou seja, inexistente convenção - então inexistente também o direito, motivo por que o juiz é chamado a agir com discricionariedade.

Mas pode-se dizer que, quando criando esse novo direito em razão da ausência de outro aplicável, o juiz estaria limitado, ao menos inconscientemente, pelas decisões políticas do passado, ou pela doutrina? Tal afirmação não pode ser feita sem ao menos um pouco de desconfiança.¹⁵⁶ Ocorre que, se quisesse tomar decisões baseado no espírito das atuais legislaturas ou da população como um todo, realizando um trabalho que para ele pudesse ter a maior legitimidade democrática possível, o juiz só tomaria por conta essas decisões do passado como uma fonte de prova das convicções mais atuais. E ainda assim, se a procura é pelas convicções e decisões atuais, talvez essa fonte possa ser melhor explorada até na imprensa e em suas próprias experiências pessoais. Mesmo a procura na doutrina não teria para ele o caráter vinculante que tem para os juízes que procuram entre os doutrinadores de nossa época o melhor fundamento para suas proposições. Sua busca só seria frenética no sentido de tentar apresentar um direito que não seja de todo desconexo e absurdo aos olhos da legislação vigente, seria uma busca pela coerência do sistema.

Agora qual seria o tipo de coerência buscada pelo juiz nesses casos? Para Dworkin existem dois tipos de coerência: a coerência de estratégia e a coerência de princípio. A coerência de estratégia estaria fundamentalmente ligada à ideia de criar um direito que pudesse se ajustar de maneira satisfatória ao conjunto de regras já existentes que compõem o ordenamento jurídico. Para o convencionalista não haveria a necessidade de buscar dentro das regras e decisões anteriores um princípio fundamental que as unisse; importa tão somente averiguar se essas decisões políticas anteriores não impedem a existência do novo direito que está prestes a criar, pela observação imediata daquilo que o precedente estabelece.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 144.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 146-148 passim.

No que tange à coerência de princípio, no entanto, há que se buscar, como o próprio nome já revela, uma coerência entre os padrões de justiça utilizados para o uso da coerção pelo Estado. Vale dizer, as decisões políticas do passado (os precedentes e as leis, por exemplo) devem estar todos num padrão de coerência de tal modo que reflitam sem discordância uma ideia unificada de justiça. Um juiz preocupado com a coerência de princípio, então, deveria observar quais os princípios que regem as decisões políticas passadas, para poder resolver todos os casos posteriores através desse princípio extraído da norma.

E é aqui que se diferenciam de forma bastante clara os convencionalistas e os defensores do direito enquanto integridade. Para os convencionalistas, a coerência implícita não pode ser entendida enquanto fonte do direito. Para o direito enquanto integridade, as pessoas não possuem tão somente os direitos explicitados nas convenções, mas todos os direitos que de forma implícita (pelo ideal de justiça observado nas decisões políticas do passado) possam ser delas depreendidas.

E se afirmamos que não há direitos além daqueles advindos da convenção, não há como permitir que o convencionalista tente extrair da lei ou do precedente seu “espírito” – ocupando-se de encontrar uma correta interpretação para os mesmos. Isso porque não há nada que não seja essencialmente explícito na convenção. O que não está na convenção de forma explícita não é direito e, portanto, é objeto da criação judicial através da discricionariedade.

Tome-se como ponto de partida, portanto, a ideia de que realmente existam convenções jurídicas sobre a legislação e o precedente – o que é perfeitamente plausível, tendo em vista que as pessoas efetivamente reconhecem nas decisões e nas leis o nascedouro de seus direitos e deveres, e que os juízes mesmo quando decidem fazem grande referência a julgados anteriores. Ainda assim resta obscura a natureza dessas convenções, bem como qual seria o tipo de concordância necessária para declarar verdadeira uma proposição jurídica em razão da convenção jurídica.

Quando Dworkin pretende se afastar do convencionalismo, quer negar exatamente a ideia de que na ausência do direito prevalecerão as

preferências pessoais do juiz, que corresponde ao que seria a resposta positivista para os casos em que “não há direito”.¹⁵⁷

¹⁵⁷ HOFFMANN, Florian F. Reflexões sobre Ronald Dworkin e a jurisprudência contemporânea. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et. al. (org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 335-349. p.341.

8 O PRAGMATISMO JURÍDICO

No que toca ao pragmatismo, há uma rejeição bastante clara à ideia de que as decisões políticas do passado possam garantir de qualquer forma a legitimidade do uso da força pelo Estado. Para o pragmático, o juiz atrelado às decisões anteriores é um juiz emperrado pela estática das decisões tomadas em um passado muito distante da realidade. Outras virtudes tais como a justiça ou eficiência seriam justificativas muito mais plausíveis e muito melhores ao Direito. Na concepção pragmática, então, os juízes têm a pretensão de, mais do que se ater ao passado, administrar justiça.¹⁵⁸

Não é outra a postura das teorias realistas, que adotam uma concepção pragmática do julgar. Assim, a decisão seria explicável sociologicamente “[...] através do conceito do palpite judicial [*judicial hunch*], isto é, a ideia semiconsciente ou inconsciente que informa o juiz quando ele decide.”¹⁵⁹

Dessa forma o juiz estaria livre para julgar da maneira como melhor entendesse, da forma como, em sua visão pessoal, a comunidade seria mais beneficiada. É claro pensar que logo de início não haveria concordância, nem mesmo entre os juízes, acerca de qual seria a melhor decisão – seja porque não compartilham da mesma concepção sobre o que seria uma boa comunidade, seja porque não vislumbram da mesma forma os efeitos que aquela decisão poderia alcançar. Mas mesmo nesses casos o pragmatismo não deixa claro qual seria o melhor caminho a seguir; não estabelece conceitos de justiça ou bem-estar geral para guiar os magistrados na dúvida.¹⁶⁰

Do ponto de vista dos direitos que as pessoas possuem frente à comunidade, os pragmáticos são céticos, porque para eles não haveria nenhum direito individual que pudesse ser ofensivo à comunidade; legislação ou precedente algum poderiam estipular direitos e impô-los à sociedade.¹⁶¹

Para o pragmático, no entanto, há casos em que o juiz age como se o indivíduo possuísse direitos, declarando-os tão somente para evitar surpresas muito drásticas, preservando a previsibilidade do ordenamento, nos casos em que a comunidade não estivesse exatamente preparada para a mudança. Mas essa

¹⁵⁸ “[...] los jueces no deben quedar limitados por las decisiones del pasado sino que tienen que administrar justicia.” CALSAMIGLIA, Op cit, p. 53.

¹⁵⁹ HOFFMANN, Florian F. Op cit, p.341.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 186.

¹⁶¹ Ibidem, p.186.

previsibilidade poderia muito bem ser abandonada quando o juiz verificasse que se trata de leis ou precedentes muito antigos e em total discordância com a política atual, concepções já ultrapassadas no meio social. A obediência ao precedente ou à lei seriam tão somente casos de estratégia, pois na concepção pragmática, “[...] a única razão válida para aplicar leis de cuja sabedoria duvida consiste em proteger a capacidade da legislatura de coordenar o comportamento social”.¹⁶²

Poder-se-ia ainda alegar que o pragmático se sentiria atraído pela ideia de que outros juízes sigam sua decisão no futuro, a fim de melhorar uma situação social, já que suas decisões devem sempre tentar alcançar aquilo que é o melhor para a comunidade. No entanto, logo essa sedução é eliminada pela percepção de que o que leva certas pessoas aos tribunais é a crença em que seja possível convencer um juiz a modificar seu entendimento e aplicar uma regra nova caso a teoria apresentada pelos advogados em juízo seja suficientemente convincente. Esses casos (controversos) que são levados aos tribunais – e que demandam certa dose de coragem e investimento financeiro cujo retorno não é garantido – perderiam seu lugar na discussão judicial caso fosse admitida a tese da regulamentação prospectiva das decisões tomadas pelos juízes.

Por isso, quando há aplicação de novas regras – na atitude essencialmente pragmática de agir conforme o que parece ser o melhor para a comunidade – os benefícios alcançados pelas partes no processo individualmente considerado, bem como pela comunidade de forma geral, seriam muito maiores. Isso porque nesses casos o comportamento da sociedade antecipará a decisão que, no pensamento geral, poderia ser anunciada pelo tribunal. Ao invés de aguardar uma decisão, a comunidade – sabedora da possibilidade dos juízes em anunciar uma nova regra nunca antes declarada – passará a agir da forma como imagina ser o pensamento adotado pelos juízes. Dessa forma, antes mesmo de haver um litígio ou de ser anunciada uma norma pela via legislativa, a comunidade já incorporou a regra ao seu dia a dia. E é por isso que o pragmatismo seria mais eficaz ao controle das práticas sociais do que o convencionalismo.¹⁶³

Enquanto imagem da atitude interpretativa dos juízes, Dworkin afirma que o pragmatismo é falho. Falho porque quando decide de forma a respeitar o precedente judicial (o que se faria tão somente para resguardar a capacidade

¹⁶² Ibidem, p. 192.

¹⁶³ Ibidem, p. 190 et seq.

legislativa de coordenar o comportamento social, já que a comunidade não estaria preparada para uma mudança drástica), o pragmático não tem o objetivo de retirar das decisões anteriores qualquer *fundamento* ou *verdadeiro sentido* da norma jurídica. O precedente ou existe com relação ao caso específico, ou não existe. Em existindo, ficará a critério do juiz segui-lo por uma questão estratégica ou ignorá-lo, por ser extremamente obscuro ou incompatível com a realidade social (*nobre mentira*). Em inexistindo o precedente, poderá o juiz agir da forma como bem entender, criando o direito da maneira como melhor lhe parecer à comunidade.¹⁶⁴

E não seria plausível admitir que esse é efetivamente o comportamento dos juízes nos casos difíceis, porque para admiti-lo deveríamos considerar que o juiz tem as razões da *nobre mentira* para tratar de forma idêntica um novo caso e um caso do passado (inclusive considerando que ambos têm os mesmo fundamentos); desta forma, mesmo não acreditando que são situações iguais, o juiz agiria como se assim fossem, porque necessita resguardar o sistema de coordenação do comportamento social, evitando mudanças drásticas para as quais a sociedade ainda não estivesse preparada. Mas essa ideia é para Dworkin no mínimo tola, já que as pessoas não se sentiriam menos protegidas ou de alguma forma traídas se os precedentes se restringissem a seus verdadeiros sentidos. A desvinculação a um precedente com um sentido pelo menos obscuro não seria de maneira alguma uma ameaça à orientação do comportamento social. Nos casos difíceis, portanto, bastaria ao magistrado criar o direito que lhe parecer melhor à comunidade como um todo. Não haveria motivo para fingir uma adequação do novo caso com um caso antigo, tão somente como estratégia judicial. Aplicando a concepção pragmática aos casos difíceis deveríamos considerar que os juízes na verdade estão criando um direito para o futuro, decidindo livremente de acordo com o que acham ser mais adequado à comunidade, mas por quaisquer motivos não o declaram, fingem uma coerência entre decisões políticas passadas e atuais que simplesmente inexistem.¹⁶⁵

Enquanto justificativa ao conceito de direito, tampouco se adequa o modelo pragmático porque é uma ingenuidade acreditar que haja uma convenção da sociedade no sentido de permitir aos juízes que hajam de forma pragmática. Motivos

¹⁶⁴ Ibidem, p. 192-195 passim.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 198 et seq.

este todos que levam ao fortalecimento da questão do direito como integridade, conforme se verá no capítulo seguinte.

Verificadas então todas as condições ao entendimento da interpretação do direito tal como a propõe Dworkin, resta ainda uma questão necessária à complementação da teoria. Quando se coloca frente a casos difíceis o juiz é obrigado a escolher, dentre as interpretações disponíveis ao caso, aquela que faça do dispositivo legal o melhor possível; aquela que dê a ele o melhor sentido que ele pode ter. E nessa tentativa é importante que o romance, como um todo, guarde uma significância relevante, ou seja, que não se trate de uma concepção esparsa num conjunto de normas (capítulos) sem importância. E o que dá essa noção de unidade ao ordenamento é exatamente o conceito que se apresentará a seguir, qual seja: a noção de integridade.

CAPÍTULO III

DIREITO ENQUANTO INTEGRIDADE: UMA DESCRIÇÃO DA PRÁTICA JUDICIAL

1 O CONCEITO DE INTEGRIDADE

Para que se possa compreender a ideia de integridade, deve-se primeiramente salientar a existência, num Estado Democrático, de virtudes tais como equidade, justiça e devido processo legal adjetivo (reduzidos por Dworkin nesses três básicos em razão de sua importância e capacidade de resumir as demais virtudes morais). A equidade diria respeito à correta distribuição do poder político; a justiça, à justificação moral que uma decisão política é capaz de proporcionar; e o devido processo legal adjetivo, aos procedimentos que serão adotados para julgar algum cidadão que tenha infringido as determinações políticas; seria este último a segurança de que todos os acusados de alguma ilicitude serão tratados da maneira como devam ser tratadas pessoas nessa situação¹⁶⁶. Mas o que ocorre é que todas essas virtudes devem ser acrescentadas por mais um quesito específico, o quesito da integridade.

[...] Escolhi esse nome para mostrar sua ligação com um ideal paralelo de moral pessoal. No trato cotidiano conosco, queremos que nossos vizinhos se comportem do modo que consideramos correto. Mas sabemos que as pessoas até certo ponto divergem quanto aos princípios corretos de comportamento, e assim fazemos uma distinção entre essa exigência e a exigência distinta (e mais frágil) de que ajam com integridade nas questões importantes, isto é, segundo as convicções que permeiam e configuram suas vidas como um todo, e não de modo caprichoso ou excêntrico. É evidente a importância prática desta última exigência entre as pessoas que sabem que divergem sobre a justiça. A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção. Essa capacidade é uma parte importante de nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização.¹⁶⁷

A integridade coloca-se, portanto, ao lado dessas virtudes, enquanto exigência de que o Estado, ao agir com seus cidadãos, o faça de modo coerente e

¹⁶⁶ Ibidem, p. 199-201 passim.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 202.

fundamentado, estendendo a todos os indivíduos os mesmos padrões de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.

Entender a integridade enquanto uma virtude distinta ao lado das virtudes tais como a justiça e a equidade, por exemplo, é importante porque evidencia uma forte arma de combate ao pragmatismo: a afirmação da existência de direitos tutelados por decisões políticas anteriores – o que é claramente rejeitado pela corrente pragmática do direito. Aplicando-se o ideal de integridade nas principais virtudes já relacionadas, a conclusão a que se chega é a de que uma lei só será considerada equânime se a ela tiverem sido aplicados todos os princípios políticos estatais; uma decisão só será justa se a ela tiverem sido aplicados os princípios morais reconhecidos pelo resto do direito; e um julgamento só terá respeitado o devido processo legal adjetivo se a ele tiverem sido aplicados os procedimentos previstos para tal e tenha sido alcançado o equilíbrio entre exatidão e eficiência. E é por isso que a coerência de princípio é necessária¹⁶⁸.

Da integridade podem-se extrair duas exigências em áreas distintas: a integridade na legislação e a integridade no julgamento. A integridade na legislação exige que aqueles que criam as leis o façam de modo a manter uma coerência do direito com os princípios que o regem. A integridade no julgamento exige que os julgadores, ao declarar o que é o direito, o façam de forma a respeitar essa mesma coerência principiológica (dessa concepção advém a justificativa à vinculação – ao menos em “espírito” – do julgador às decisões políticas passadas; o pragmatismo ao dispensar qualquer conexão nesse sentido acabaria, portanto, negando a coesão do sistema e tratando o direito como um grande número de decisões esparsas que em nada se relacionam).

Desta forma, se há um valor moral – integridade – que exige que o Estado-comunidade aja de forma coerente em suas decisões, respeitando os princípios por ele mesmo encartado nas escolhas políticas passadas, então há que se compreender de que forma é possível exigir tais condutas de entes despersonalizados, e de que forma sua “violação” à integridade poderá acarretar implicações diretas e práticas para fins de responsabilização.

Para avançar no estudo do direito enquanto integridade, portanto, necessária se faz a compreensão de um dos pressupostos que essa concepção trás:

¹⁶⁸ Ibidem, p. 203.

a ideia de personificação da comunidade/Estado. Essa ideia de personificação pressupõe que o ente “comunidade” seja capaz de engajar-se com os princípios de equidade, justiça e devido processo da mesma forma que uma pessoa pode se engajar em convicções ou projetos.¹⁶⁹

Nessa figura de comunidade personificada, portanto, encontra-se um grupo bem delimitado, composto – mas não confundido – por seus cidadãos individualmente considerados; grupo esse que tem suas próprias responsabilidades morais.

Tal personificação, desvinculada das pessoas individualmente consideradas torna-se possível porque não se trata de encontrar, dentre o grupo, uma ou mais pessoas que possam ser diretamente responsabilizadas. Se essas pessoas forem encontradas poder-se-ia afirmar que, pelo princípio da solidariedade ou da divisão de benefícios e perdas, o grupo pudesse responder pelo erro da pessoa que causou o prejuízo; ocorre, porém, que nem sempre essa pessoa existe ou pode ser encontrada. Dessa forma, é necessária uma justificativa mais densa da personificação, que permita a responsabilidade do grupo até mesmo quando não há uma pessoa singularmente responsável. Por isso é preciso elaborar um raciocínio diverso; não partindo do indivíduo para o conjunto, mas diretamente do conjunto até o indivíduo.¹⁷⁰ É necessário tratar o conjunto enquanto um agente moral, que tem em si responsabilidades próprias.

É claro que com esse raciocínio não se pretende extrair a responsabilidade do grupo em si mesma, até porque a materialização dessa declaração de responsabilidade restaria impossibilitada, pela inexistência física do grupo. O que se pretende é a verificação da responsabilidade coletiva, que rege a forma como as pessoas devem agir no presente. São exemplos claros dos feitos dessa responsabilidade comunitária¹⁷¹: o sentimento de culpa que a comunidade normalmente sente por erros cometidos no passado, nos quais nem ao menos tiveram participação; o dever que se impõe ao Estado de prestação de serviços tais como saúde, educação e segurança; ou ainda, a exigência que se faz à própria comunidade – representada nesses casos pelos agentes políticos – para que haja conforme uma moral diversa da moral individual e mais rigorosa que esta última.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 204.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 207.

¹⁷¹ Ibidem, p. 210.

Desta forma, a integridade torna-se uma exigência real da comunidade que – por ser tratada enquanto agente moral autônomo, diverso dos indivíduos singularmente considerados – deve agir de modo a respeitar os princípios por ela mesma estabelecidos, dando às decisões um caráter coeso e coerente, de um sistema uniforme regido por normas morais de conteúdo abrangente e significativo.

1.1 A ADEQUAÇÃO DA INTEGRIDADE À PRÁTICA POLÍTICA

Entendida então a integridade no âmbito social, é necessário que se transponha o conceito à prática política, donde exsurgirá, posteriormente, a relação com a prática jurídica. Nesse tópico, passa-se à demonstração, através do argumento “a contrario sensu”, do motivo pelo qual a integridade justifica-se.

Para Dworkin, a integridade ajusta-se à prática política porque a comunidade aceita-a enquanto uma virtude distinta, capaz de resolver os casos em que há conflito de valores, tais como equidade e justiça. Para tal, o autor parte do pressuposto, baseado na observação da prática social, de que cada pessoa ou grupo da comunidade tem um controle mais ou menos igual sobre as decisões tomadas pelo Legislativo. Ainda que pessoas diferentes tenham diferentes opiniões sobre aspectos de ordem moral, se aceita que a lei não deva restringir-se a estas opiniões estanques, à vontade de uma maioria numérica simplesmente. É preciso que todos tenham suas opiniões representadas no resultado final.¹⁷²

Por essa razão, as decisões do tipo conciliatórias – que oferecem soluções “salomônicas”¹⁷³, no sentido de distribuir equanimemente o poder político entre os diferentes grupos da comunidade – não seriam adequadas. Ocorre que quando se trata de questões de princípio, todos os pontos de vista devem ser considerados na decisão política. O direito deve levar em consideração os princípios que regem o sistema e lhe dão coesão. Ainda que haja conflito entre esses princípios, a solução do caso se dará através da ponderação, e não pelo afastamento completo de uma norma e aplicação da outra. A dúvida se resolverá, portanto, através de um acordo quanto ao sentido de justiça (por exemplo) que o conjunto do ordenamento adota.

¹⁷² Ibidem, p. 216.

¹⁷³ Ibidem, p. 216-218 passim.

E as decisões do tipo conciliatórias não são afastadas porque produzem mais injustiça do que evitariam, nem porque lhes falta equidade (que é uma das virtudes mais presentes nesse tipo de decisões). São afastadas em razão da rejeição que se encontra quando o Estado age contra a coerência de princípio, quando toma decisões que não poderiam ser defendidas em conjunto, enquanto expressão do sistema único de justiça, equidade ou devido processo legal.¹⁷⁴

Ademais, decidir casos de forma conciliatória seria afrontar a igualdade formal.¹⁷⁵ Essa forma de igualdade torna-se particularmente importante quando se entende que a lei, para ser devidamente aplicada, exige não a observância do texto legal – numa acepção convencionalista de respeito estrito às decisões políticas do passado – mas a interpretação da norma por meio da integridade, ou seja, respeitando os princípios mesmos que justificam o ideal de justiça, equidade e devido processo legal da comunidade.

1.2 A PERTINÊNCIA DA INTEGRIDADE À PRÁTICA POLÍTICA

Observado, portanto, que a prática política é, aos olhos do autor, coerente com o ideal de integridade, passa-se neste momento, à análise acerca da pertinência da integridade enquanto virtude distinta dos demais valores da comunidade; vale dizer, analisa-se se a integridade efetivamente honra a prática política no sentido descrito.

Para defender o ideal da integridade é necessário inicialmente relembrar a personificação do agente estatal, considerando-o enquanto agente moral autônomo, detentor de responsabilidades específicas perante a comunidade.

Assim, a integridade poderia ter suas consequências observadas em diferentes aspectos: - a sociedade que aceita a integridade torna-se uma comunidade especial; - a integridade protege contra a parcialidade, fraude e outras formas de corrupção; - a comunidade que aceita e se acostuma à integridade reconhece que é regida não só pelas normas explícitas, mas também pelos princípios implícitos no ordenamento e, assim, habitua-se a investigar as exigências

¹⁷⁴ Dworkin admite, nesses casos, que a integridade possa ser de alguma forma violada, até porque é muito difícil reunir todas as regras da legislação e das decisões passadas num sistema único e inabalável de princípios; mas essas decisões eventualmente incoerentes com o sistema devem ser tratadas como equívocos. A regra geral deve ser a atuação conforme os princípios.

¹⁷⁵ DWORIKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 226.

dos princípios, sem que haja a necessidade de manifestação judicial sobre os mesmos e, dessa forma, vai se transformando organicamente.¹⁷⁶

Ainda, se considerarmos que o cidadão sente-se, em última instância, como o próprio autor das decisões políticas dos governantes, essas decisões não poderiam ser incoerentes. Daí resulta a justificativa da legitimidade do poder de coerção do estado. O cidadão que se sente em obrigação para com seu próximo em virtude, não de uma norma de caráter espasmódico, mas de uma norma de natureza regular e principiológica, contribui para a formação de uma comunidade orgânica, pois – ainda que não concorde com os princípios mesmos que regem a obrigação – agirá de forma a identificar o sistema da comunidade a que pertence, tentando permanecer fiel ao conjunto de princípios que aceita e reconhece.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 228-230 passim.

2 A INTEGRIDADE NO DIREITO

Para que a ideia de direito enquanto integridade resista enquanto concepção do direito, deve-se verificar se oferece uma justificativa plausível ao conceito de direito, ou seja, se pode trazer uma resposta coerente para a obrigação dos demais frente ao Estado, enquanto detentor do poder de coerção. Porque se os cidadãos não tiverem esse dever, então não há justificativa para o direito. Nesse sentido, o modelo do direito enquanto integridade é melhor, pois a integridade oferece uma justificativa melhor à legitimidade desse poder de coerção.

Para Dworkin, uma sociedade democrática deve respeitar não só os princípios de equidade, justiça e devido processo legal, já mencionados, mas deve também respeitar a integridade¹⁷⁷. A integridade política aqui se assemelha em muito à integridade das pessoas individualmente consideradas; significa dizer que as atitudes (no caso decisões) tomadas pelas pessoas (no caso os juízes) são pautadas por princípios morais que fazem parte de um todo coerente¹⁷⁸. Uma sociedade baseada nesses princípios será, então, uma sociedade que justifica de forma aceitável o poder de coerção do Estado.

Mas será que a integridade é realmente necessária? Não seriam princípios tais como a equidade ou a justiça suficientes para assegurar decisões corretas por parte do Poder Judiciário? Ocorre que não raras vezes, o procedimento equânime não gera uma decisão justa, ou vice-versa. Calsamiglia¹⁷⁹ exemplifica de forma bastante clara: numa sociedade de amigos composta por quatro pessoas (três homens e uma mulher) com cotas iguais de propriedade da empresa, decide-se que as decisões serão todas tomadas em conjunto através de votação simples, em que a maioria vence e impõe sua decisão sobre a minoria. Desta forma, observados todos os procedimentos previstos no contrato social, e supondo que não há excludentes de igualdade entre os membros, uma decisão da ala masculina que, por maioria (três contra um) decidisse que a mulher não poderia fazer uso das dependências da sociedade seria uma decisão de grande injustiça, porquanto equânime. Da mesma forma, uma decisão arbitrária de um dos membros (e, portanto, em infringência à

¹⁷⁷ CALSAMIGLIA, Op cit, p. 56.

¹⁷⁸ Por esse motivo torna-se tão importante a ideia de personificação da comunidade, como ente próprio capaz de elencar princípios regentes da vida comum e responder por sua inobservância.

¹⁷⁹ CALSAMIGLIA, Op cit, p. 57 seq.

equidade) que achasse por bem permitir que todos fizessem uso das dependências da sociedade de forma igual seria uma decisão justa.

Percebe-se, assim, que falta aos princípios supra mencionados um quesito capaz de dar coesão ao sistema, tornando-o o melhor possível. Esse quesito é a integridade. Isso porque a sociedade não pode ser regida por dezenas de concepções particulares de justiça e equidade, mas sim por um ideal que seja coerente à justiça e equidade públicas. É uma comunidade de princípios dinâmicos, que toma suas decisões à luz dos *standarts* políticos que a guiam.

Tratar o direito enquanto integridade é, conforme afirma Lênio Streck, admitir que a interpretação do juiz deva ser constrangida pelo “[...] princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura jurídica.”¹⁸⁰ Para o autor, pode se falar em “corresponsabilidade hermenêutico-social” entre o Supremo Tribunal Federal e a própria sociedade. A integridade assegura-se toda vez em que os princípios aplicados em uma decisão o forem também para outros casos idênticos reportados ao judiciário, de forma coerente.

A título de reforço às ideias apresentadas, serão demonstrados outros argumentos que poderiam justificar a legitimidade das decisões coercitivas do Estado, que não a integridade. O método, comumente utilizado por Dworkin em seus escritos, objetiva atacar as críticas opostas ao modelo apresentado pelo autor. É o que se verá a seguir.

3 OS ARGUMENTOS DO “ACORDO TÁCITO”, DO “DEVER DE JUSTIÇA” E DO “JOGO LIMPO”

Uma das concepções para explicar a legitimidade das decisões coercitivas do Estado é a ideia de que todos os cidadãos fazem parte de um acordo real no sentido de aceitar as decisões políticas da comunidade e obedecê-las enquanto obrigações legítimas¹⁸¹. Sob esse aspecto, portanto, poder-se-ia afirmar que os cidadãos efetivamente são regidos por esse contrato tácito, tendo em vista

¹⁸⁰ STRECK, Lênio. Ativismo judicial não é bom para a democracia. [15 mar. 2009]. **Revista Consultor Jurídico**. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 233.

que as pessoas não emigram de seus países-comunidade quando atingem a maioridade.

Mas esse argumento é frágil à medida que não há exatamente uma liberdade plena para a escolha de outra comunidade e, ainda, não é outorgada à pessoa a possibilidade de escolha de uma comunidade sem quaisquer soberanos.

Numa segunda acepção, conforme defendida por John Rawls¹⁸² em sua concepção de justiça como pacto social, haveria para as pessoas um dever natural de apoiar as instituições que passassem no teste da justiça abstrata, e mesmo as instituições que, ainda não totalmente justas, fossem esporadicamente justas, porque imparciais e majoritárias.

Tampouco se sustenta este argumento, tendo em vista que lhe falta a ligação necessária entre as obrigações assumidas pelo indivíduo e a comunidade específica a que pertence; não há no caso conexão entre a legitimidade do Estado e a cidadania. A integridade é mais pessoal, no sentido de que impõe a diferentes comunidades exigências também diferentes, de acordo com suas particularidades.

Em última instância, poder-se-ia dizer que o recebimento de benefícios em determinada esfera política obrigaria o beneficiado a aceitar determinados ônus dessa organização, dentre eles o de aceitar suas decisões políticas. Obrigação essa que permaneceria mesmo que o indivíduo não tivesse requerido pelos benefícios ou nem consentido com a assunção dos ônus de forma expressa.¹⁸³

Em contraponto a este argumento do “jogo limpo”¹⁸⁴, pode-se opor a ideia de que ninguém é obrigado a qualquer prestação pelo simples fato de ter recebido qualquer benefício – mesmo indesejado – que, se lhe houvesse sido dada a oportunidade, seria rejeitado.

Ainda, não se pode supor que a obrigação advenha do recebimento de benefícios, porque a organização política não traz necessariamente benefícios aos seus participantes. Isso porque é muito difícil comprovar que o cidadão está em melhor situação – sendo, portanto, beneficiado – do que estaria em qualquer outra organização que não a atual.

¹⁸² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 66 et seq.

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 235.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 235.

Se o argumento do jogo limpo, no entanto, for entendido sob outra forma, que não a do benefício simples, então haverá pelo menos uma condição justificadora da legitimidade coercitiva do Estado. Suponha-se que os indivíduos componentes de uma comunidade não tenham recebido os benefícios *em razão da* existência da comunidade, mas *através* da comunidade. Significa dizer que receberam tão somente aquilo que lhes cabia nos termos dos padrões de justiça, equidade e devido processo estabelecidos pelas decisões políticas do grupo. Dessa forma, o fato de ter sido tratado como um igual, sem discriminação, obriga essa pessoa ao cumprimento das decisões políticas da comunidade. Isso porque o fato de uma pessoa ser tratada com justiça – nos termos estabelecidos de justiça dessa comunidade – não assegura que tal pessoa receba qualquer benefício; vale dizer, ela se obriga porque foi tratada de uma forma que talvez não seja capaz nem mesmo de aumentar seu bem-estar (trazer-lhe benefício).¹⁸⁵

Além do afastamento dos argumentos trazidos acima (com exceção da segunda forma de se observar o argumento do “jogo limpo”), há ainda uma outra questão que justifica a aplicação da integridade às relações sociais e, portanto, às relações jurídicas: trata-se da natureza associativa das obrigações políticas.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 236 et seq.

4 A NATUREZA ASSOCIATIVA/COMUNITÁRIA DAS OBRIGAÇÕES POLÍTICAS

No tópico anterior foi discutida a questão de que poderia se aceitar uma concepção da legitimidade do Estado para coagir tendo por base a justificativa do jogo limpo se a ideia de benefício (bem-estar) fosse entendida sob um prisma diferente, do ângulo de uma prestação *através* da comunidade e não *em razão* da mesma.

Tal forma de obrigação – por benefícios não pleiteados – pode ser admitida se for considerada como uma obrigação do tipo associativa, que decorre da participação do próprio indivíduo em uma comunidade específica.

A maioria das pessoas pensa que tem obrigações associativas apenas por pertencer a grupos definidos pela prática social, o que não é necessariamente uma questão de escolha ou consentimento, mas que também pode perder essas obrigações se um dos membros do grupo não lhe estender os benefícios decorrentes do fato de pertencer ao grupo.¹⁸⁶

Dworkin sustenta ainda que, pela observação da prática, pode-se aferir que as obrigações do tipo associativas (tais como as decorrentes de parentesco, amizade, trabalho ou grupo partidário) são na maioria das vezes as obrigações mais significativas aos indivíduos. E os conceitos que advêm da explicação do que essas obrigações requerem ou determinam são conceitos retirados de uma prática interpretativa, tal como ocorre com o direito.¹⁸⁷

E para admitir-se esse tipo de obrigação comunitária, é indispensável rechaçar – pelo menos em sua abordagem mais simplória – a ideia de que os indivíduos não podem arcar com obrigações pelas quais não tenham escolhido. Pelo menos a natureza dessa escolha nas obrigações comunitárias é diversa.¹⁸⁸

Numa relação de amizade e, mais claramente ainda numa relação familiar, a liberdade quanto às obrigações a que os indivíduos se comprometem são raramente objeto de escolha deliberada. São deveres que advêm naturalmente, à medida que o relacionamento se desenrola e que as pessoas admitem e reconhecem a obrigação. São deveres normalmente resultantes da reciprocidade. A

¹⁸⁶ Ibidem, p. 237.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 238.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 239.

reciprocidade, enquanto conceito interpretativo, não pode ser compreendida enquanto a devolução ao outro daquilo que foi recebido na exata medida. É mais uma questão de obrigar-se a prestações que – pela ideia geral e abstrata que se pode ter dos direitos e deveres pressupostos numa relação dessa natureza – acredita-se também serem compartilhadas pelo outro (mesmo que de forma diversa).¹⁸⁹

Portanto, o tratamento despendido a um amigo e as obrigações que se acredita ter para com ele são decorrentes da interpretação que se faz dos deveres da amizade, mas não só; são decorrentes também da ideia que esse amigo faz das obrigações que ele acredita ter numa relação de amizade. Interpretação essa que pode não ser idêntica, mas que será ao menos parecida, em razão de quatro fatores indispensáveis¹⁹⁰: a) especialidade das obrigações do grupo; b) personalidade das obrigações do grupo; c) generalidade das obrigações do grupo e d) igualdade de interesses.¹⁹¹

Preenchidos os quatro pressupostos básicos, pode-se dizer que a comunidade é verdadeira, e que as obrigações deverão ser honradas por seus membros, queiram ou não, tenham ou não voluntariamente as escolhido.

O caráter interpretativo das obrigações comunitárias é o que permite, igualmente, a resolução de conflitos de obrigações. Pode ocorrer de colidirem obrigações antagônicas, advindas de grupos políticos diferentes como, por exemplo, as obrigações resultantes da condição de trabalhador sindicalizado ou mesmo de vizinho e as obrigações resultantes da condição de praticante de qualquer religião ou seita. Nesse ponto é necessária a interpretação construtiva da prática social, de modo a respeitar a coerência de princípio, ou seja, os demais princípios que informam e justificam as demais práticas.¹⁹²

Há casos, no entanto, em que – mesmo coerente dentro da comunidade e preenchendo todos os requisitos de uma obrigação comunitária – o dever é manifestamente injusto, no sentido repudiado por qualquer concepção de justiça. Se a injustiça é muito grave e profunda, há que se tomar uma posição cética quanto à obrigação, rejeitando-a por completo. No entanto, se o caso for de uma obrigação que está revestida dos quatro pressupostos já mencionados, então a

¹⁸⁹ Ibidem, p. 240-241.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 242 et seq.

¹⁹¹ Ibidem, p. 242-243.

¹⁹² Ibidem, p. 245 et seq.

obrigação não deverá ser rejeitada *prima facie*, mas poderá ser afastada através do apelo a outros fundamentos do direito.

Pontuadas, então, as características mais acentuadas das obrigações comunitárias, há terreno fértil para a apresentação da concepção do autor de defesa das obrigações políticas enquanto obrigações de natureza associativa.

Para a defesa mais substancial das obrigações políticas enquanto obrigações comunitárias é necessário subsumir a prática política às quatro condições já mencionadas acima.

A especialidade é preenchida na medida em que é reconhecida a obrigação como distinta das obrigações que se teriam com indivíduos não pertencentes ao grupo; cada cidadão respeita os princípios de equidade, justiça e devido processo que regem sua comunidade, mesmo sendo distintos (melhores ou piores) dos de outra comunidade. A pessoalidade se dá na medida em que os apelos políticos se dirigem às pessoas individualmente consideradas, de indivíduo para indivíduo, sem exclusão de nenhum membro. As obrigações são concebidas, ainda, enquanto obrigações gerais de bem estar do grupo, exigindo sacrifícios de todas as partes da comunidade (opressores e oprimidos). Ainda, exige que todas as pessoas devam ser tratadas com o mesmo interesse. Essa adequação é possível na medida em que as obrigações políticas da prática social são obrigações que se dão no interior de uma comunidade de princípios.

Desta forma, a melhor justificativa da legitimidade política do Estado para impor deveres e agir de modo coercitivo com seus membros está presente na comunidade que reconhece a integridade como uma virtude autônoma. Isso porque essa comunidade de princípios trata as obrigações de seus membros como obrigações associativas.

Resta agora uma pergunta final, de suma importância, ainda que não constitua o cerne deste trabalho: a integridade promove ou ofende a democracia?

5 INTEGRIDADE E DEMOCRACIA

Em caráter inicial, destaca-se que o questionamento acerca da promoção ou não da democracia pela teoria do jusfilósofo norte-americano poderia constituir, por si só, um trabalho inteiro. Os argumentos postos neste tópico, no entanto, destinam-se a levantar alguns questionamentos que não poderiam ser ignorados quando se está a tratar do modelo de integridade de Ronald Dworkin.

Assim, uma das primeiras críticas apontadas ao autor é a de que juízes não deveriam tomar decisões com base em fundamentos políticos, uma vez que decisões políticas devem ser tomadas tão somente por pessoas eleitas pela comunidade de forma democrática, que possam ser substituídas de tempos em tempos, através do controle popular. É compreensível – e inclusive recomendável – que juízes não sejam eleitos, para que sua atividade de aplicação da lei não seja obstruída por eventuais acordos ou discordâncias políticas, impossibilitando a autonomia no julgamento e a desvinculação política da prestação jurisdicional. No entanto, não se poderia permitir que decisões de caráter político, que afetam a comunidade como um todo, fossem tomadas por eles próprios, tendo em vista que não são submetidas ao crivo popular.¹⁹³

Esse argumento não resiste porque a concepção do Estado de Direito enquanto letra da lei é falha. Falha em todos os seus prováveis meios de resolução dos casos controversos. No caso da resposta semântica, não se pode afirmar com clareza que, só porque a significação dos termos da lei deva ser aquela que surge mais naturalmente da compreensão das palavras, a decisão da Legislatura seria também a de quem utiliza esse idêntico significado para as palavras (quem decide de uma forma *x* utiliza um conjunto *y* para a significação das palavras; mas quem utiliza o mesmo conjunto *y* para significação das palavras não terá necessariamente a mesma decisão *x*).

Já no caso da resolução pela intenção legislativa, ainda aí falha o argumento de que uma concepção estrita da letra da lei seria mais democrática. Isso porque não se pode dizer ao certo qual é a intenção do legislador no momento da elaboração da lei, se é que essa intenção efetivamente existe. O fato mesmo de não terem os legisladores escrito a lei de forma que sua intenção ficasse clara é um forte argumento no sentido de que não teriam quaisquer intenções.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, Op cit, p. 17.

Haveria ainda uma outra solução, contrária também ao direito como integridade: a de que em alguns casos não há exatamente uma resposta ao caso concreto – porque não há presunção da decisão de nenhum membro do legislativo nem se pode encontrar na lei a intenção do mesmo. É a solução contrafactual. Nesses casos, afirma, seria preferível impor a vontade “latente” do legislador (latente porque não existente, mas a mais provável caso existisse) do que outorgar ao juiz a imposição de sua vontade pessoal.

Tampouco essa solução resiste. Isso porque não se pode afirmar, de forma alguma, que a decisão do Parlamento teria sido uma e não outra, já que nenhuma delas realmente consta da lei. Pode ser que, por coerência, a Legislatura devesse ter tomado uma determinada decisão no caso concreto; mas não se pode dizer que por razões políticas tomaria a mesma decisão. Nesse caso, o argumento a favor da democracia, de que as decisões políticas devem ser tomadas somente pelos corpos legislativos não asseguraria a decisão mais coerente; seria contrária à solução contrafactual. Ainda, pode-se entender que a vertente contrafactual tem por objetivo encontrar as respostas que poderiam ser dadas pelos legisladores; respostas que estejam mais em conformidade com os princípios naturalmente depreendidos das leis aprovadas. Dessa forma, essa avaliação mesma feita pelo magistrado das respostas que se adaptam aos princípios elencados na lei não exige mais do juiz do que exige a concepção do Estado de Direito pelos direitos. A moralidade política do juiz está sendo revelada no momento em que faz a escolha por quais respostas se enquadram da melhor maneira ao ordenamento de forma geral.

Ainda resta o argumento de que as questões políticas de princípio não devam ser decididas por tribunais, mas por órgãos eleitos legitimados constitucionalmente para tanto. Isso porque a legislatura seria um método mais preciso e melhor para decidir quais os direitos dos cidadãos.

Mas seriam mesmo decisões mais precisas? Dworkin não vê porque as opiniões do legislador seriam mais precisas que as de um magistrado sobre os fatos relevantes à determinação dos direitos dos indivíduos. Além do mais, juízes têm muito mais afinado o senso de especulação sobre a plausibilidade dos direitos – capacidade de hipotetizar sobre os casos em que a reivindicação do direito sucumbiria ao teste do contra exemplo – do que os legisladores comuns ou mesmo

o povo. Isso não significa, no entanto, que Dworkin defenda uma “supremacia moral” do Judiciário face às demais funções do Poder.¹⁹⁴

Ademais, nos casos em que se discutem direitos morais individuais, frequentemente há oposição da maioria, motivo porque seria um contrassenso permitir que essa mesma maioria decida contra si. Os juízes nesses casos não estão na mesma condição em que estão os legisladores que, mesmo com autonomia, sofrem de maior apelo e pressão populares.

E seriam decisões melhores? Segundo o argumento democrático sim, porque quaisquer decisões legislativas de grande ofensa a um grupo da comunidade ou a ela inteira seriam decisões que trariam à baila todo o governo, o que levaria a uma substituição do corpo legislativo, o que já não é possível com os tribunais. Esse argumento falha, segundo Dworkin, porque pressupõe que as pessoas fazem uma distinção entre as decisões políticas da legislatura e as dos tribunais, dando por legítimas tão somente as daquele, e não as desses. Para Dworkin isso não existe, tendo em vista que as pessoas normalmente não perdem o respeito pelos tribunais à medida que cresce o número de decisões políticas por eles tomadas; muito pelo contrário, nos EUA e Grã-Bretanha, por exemplo, esse respeito só tem aumentado.¹⁹⁵

Há, ainda, sob esse mesmo argumento da democracia, a ideia de que seria antidemocrático permitir decisões políticas pelos tribunais em razão de que haveria um deslocamento do poder político dos indivíduos para os tribunais, o que seria injusto. A essa objeção Dworkin responde que, primeiramente, numa democracia sempre há grupos de indivíduos que acabam completamente destituídos de quaisquer privilégios. Esses grupos, com a transferência das decisões políticas

¹⁹⁴ Em clara defesa ao papel político do Judiciário, inclusive invocando argumentos do autor analisado, o voto do ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em ADI 3510-0/DF que pretendia a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da lei nº 11.105 de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Em posicionamento semelhante, porém menos radical, a ministra Ellen Gracie, em seu voto na mesma ADI em data de 05 de março de 2008. Mesmo admitindo a ingerência do Judiciário para a invocação de argumentos políticos na decisão de (in)constitucionalidade de leis, ela alerta para o fato de que o Supremo não deve ser visto como o “[...] árbitro responsável para declarar a vitória dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. [...] A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.” Para uma crítica mais veemente à ideia de “interferência” do Judiciário nas esferas de competência do Legislativo, ver MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’. In: FAULSTICH, Werner; GRIMM, Gunter E. (Org.). **Stürzt der Götter?** Frankfurt: Suhr-kamp, 1989. p. 183-202.

¹⁹⁵ DWORGIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados. In: _____. **Liberalismo, constitución y democracia.** Buenos Aires: Isla de La Luna, 2004. p. 40.

ao Judiciário, podem ter mais chances de ver seus direitos individuais reconhecidos, a despeito de ausência de imposição pelo Legislativo. Dessa forma, com o devido acesso à jurisdição, os menos favorecidos estariam em melhor situação, pois normalmente a força legislativa tende a atuar contra essas minorias, tendo em vista que as camadas mais abastadas da sociedade têm mais poder sobre o legislativo. Assim, as decisões dos tribunais tendem a promover a democracia ao invés de retardá-la.

Uma das colocações mais correntes é a de que seria inadmissível que funcionários não eleitos (juízes) tenham tanto poder, quando seria mais indicado que aqueles eleitos pelo povo e que respondem frente à população fossem os responsáveis pelas declarações políticas que tanto afetam a comunidade. A essa objeção Dworkin responde que o fato de não serem eleitos não faz tanta diferença, tendo em vista que ministros da Fazenda, Chefes da Casa Civil e alguns outros funcionários do governo também não o são e podem causar muito mais prejuízo à comunidade do que o faria um juiz.¹⁹⁶ Ainda, o juiz quando julga inconstitucional uma lei promulgada pelo corpo legislativo não estaria fazendo mais do que cumprir seu papel constitucional de mantenedor das garantias estabelecidas pelas Carta Magna de seu país, defendendo aquilo que é de interesse da comunidade como um todo.

Mas a verdadeira objeção que se impõe é a de saber até que ponto o método elitista de decisão dos valores elencados pela comunidade – determinação judicial – pode se sobrepor aos métodos democráticos – instituição legislativa. Isso porque a democracia não é um direito como outro qualquer, mas uma teoria mesmo acerca da forma através da qual a comunidade decide quais direitos individuais deverão ser respeitados. Por esse motivo é que Dworkin¹⁹⁷ admite que um sistema constitucional de restrições¹⁹⁸ deve tentar suavizar, tanto quanto for possível, seu caráter antidemocrático.

Para ultrapassar essa objeção, Dworkin apresenta sua concepção de democracia. Começa expondo que democracia pressupõe ação coletiva, ou seja, ação de várias pessoas em conjunto (povo) numa atitude que não poderiam realizar

¹⁹⁶ Ibidem, p. 43.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 44-49 passim.

¹⁹⁸ Sistema em que, além das normas estruturais que delimitam poderes, competências e a estrutura do Estado de forma geral, há normas de caráter restritivo, estabelecendo limites ao poder da maioria.

sozinhas. Mas mais do que isso, a democracia é para ele uma ação comunitária¹⁹⁹, em que o grupo social compartilha certos ideais que só poderão ser alcançados através da imposição de limites ao poder da maioria (cláusulas restritivas). Essa limitação seria, assim, uma limitação que promove a democracia ao invés de sufocá-la.²⁰⁰

A democracia não é tão somente uma questão da escolha da maioria. Quando se trata de questões em que as preferências pessoais não são suficientes ao julgamento, a resposta da maioria nem sempre oferecerá uma solução democrática. Seria equivocado supor que os direitos individuais das minorias estariam submetidos à aprovação da maioria.

Mas não se poderia dizer que só um sistema estadístico promove a igualdade política entre os cidadãos? Não estaria o poder político mais bem distribuído quando essas decisões não ficassem a cargo de um grupo restrito de juízes?

Depende de que tipo de igualdade política se tem em mente, se uma igualdade vertical do tipo “impacto” ou do tipo “influência”²⁰¹. Cabe aqui lembrar a diferença entre igualdade horizontal e igualdade vertical. A igualdade horizontal é a aquela que se dá entre os membros da comunidade; já a vertical é a que se dá entre os membros da comunidade e os funcionários do Estado, os representantes do povo. Nesse sentido, pretender uma igualdade de impacto vertical parece impalpável já que não há como um cidadão individualmente considerado alcançar, com seu voto singular, o mesmo impacto que causa um senador ou deputado federal com seu voto no Congresso Nacional. Já a igualdade de influência parece mais plausível, na medida em que é possível conceber que as pessoas tenham igual poder de induzir outros a que votem ou decidam segundo seus padrões do que seria melhor à comunidade. Assim, um modelo de Estado democrático que respeita a igualdade de influência vertical poderia ser aquele em que se exige que os funcionários públicos atuem sempre da forma como a maioria de seus eleitores deseja que atue.

¹⁹⁹ Em oposição à ação estadística, também coletiva, mas que restringe as cláusulas estruturais a questões eminentemente de procedimento e organização. Nesse caso a democracia só estaria sendo cumprida nos casos em que essas cláusulas fossem respeitadas – ainda que sejam incluídas algumas normas restritivas que claramente promovem a democracia (ex.: proibição de discriminação racial). A democracia só se realiza nesse caso se as decisões forem tomadas respeitando a escolha dos cidadãos individualmente considerados.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados. Op cit, p. 49 et seq.

²⁰¹ Ibidem, p. 54 et seq.

Mas Dworkin²⁰² refuta esse argumento salientando que nem sempre a igualdade de influência é um ideal que justifica a igualdade do poder político. Ainda que haja igualdade de condições suficiente para promover possibilidade de influências também iguais, existem outros fatores subjetivos específicos que podem fazer com que uns tenham maior influência que outros, como maior carisma, vida virtuosa, maior tempo de estudo e assim por diante. Da mesma forma poderia haver desigualdades de influência oriundas de desigualdades sociais extremamente arraigadas na comunidade.²⁰³

As pessoas são iguais no sentido comunitário integrado. Compartilham das mesmas responsabilidades do grupo, tendo em vista que fazem parte da comunidade, mas mantêm seus juízos pessoais. As convicções políticas de cada cidadão permanecem em sua esfera pessoal de opinião. Trata-se de uma democracia que supõe a responsabilidade coletiva, mas respeita o juízo individual.

Essa concepção de democracia está fundada em três pilares estruturais: a participação política, o interesse e a independência.

Pelo princípio da participação, deve ser dada aos cidadãos a possibilidade de voz e voto, que seja possível a cada um deles fazer diferença sem que seja limitado por regulamentos que neguem esse igual respeito. Por isso é que na maioria das vezes o princípio da participação é reduzido à ideia de sufrágio universal. Ainda que o sufrágio esteja necessariamente incluído na ideia de participação, há outras formas diferentes da concepção “um homem um voto” que sustentam da mesma forma o princípio.

No que diz respeito ao interesse, entende-se que as decisões de uma comunidade devem refletir a mesma consideração pelos interesses de todos seus membros. Enquanto membro de uma comunidade, o indivíduo deve ser tratado de forma que as consequências em sua vida da decisão tomada sejam tão importantes quanto as consequências na vida de quaisquer e todos os outros membros.²⁰⁴

Já o princípio da independência pressupõe que um governo democrático deve permitir aos seus cidadãos que formem suas opiniões próprias de

²⁰² Ibidem, p. 56-59 passim.

²⁰³ Ibidem, p. 57-59 passim.

²⁰⁴ “Cuando insistimos en que una genuína democracia debe tratar a todos con igual consideración, damos un paso decisivo hacia una forma de acción coletiva más profunda, en la qual la fórmula ‘nosotros, el pueblo’ se entiende que no incluye a la mayoría sino a todos, actuando comunitariamente.” Ibidem, p. 68.

juízo moral, político e ético, sem que utilize de meios ocultos ou coativos para impor determinada convicção a qualquer indivíduo.

Observa-se, então, que as disposições restritivas da Constituição não são em sua totalidade antidemocráticas, uma vez que o governo deve ser entendido como um governo comunitário, e não estadístico. Nessa observação, então, poder-se-ia afirmar que as decisões dos tribunais com relação a cláusulas constitucionais vagas (as que normalmente apresentam controvérsia em sua interpretação) são decisões democráticas.²⁰⁵

²⁰⁵ Ibidem, p. 74.

6 UMA OPÇÃO DE IGUALDADE

Aventadas todas as hipóteses sobre o que é o direito e de que forma ele deve ser observado (e até mesmo sobre o caráter democrático do agir conforme a integridade), pôde-se perceber que a interpretação íntegra do direito pressupõe que o juiz busque nas decisões do passado aquela que se adeque ao caso concreto e dê àquela prática o melhor sentido possível. Ou seja, o juiz trata o Congresso como um autor anterior a ele (romance em cadeia) e ele mesmo como um criativo colaborador que continua a desenvolver o sistema legal iniciado pelo Legislativo.

Mas quando se coloca frente a um caso difícil, é preciso que escolha qual interpretação da lei torna o sistema o mais íntegro e melhor possível. Nesse momento, inevitável que se indague sobre quais são, então, as ideias de Hércules sobre justiça e equidade. Quais são os fundamentos morais que o norteiam?

Ora, pelo raciocínio colocado pela teoria de Dworkin, a interpretação do direito mais correta seria aquela que, além de adequar-se bem à prática social, a justifica. Assim, se são concedidos e/ou diminuídos direitos, deve haver uma teoria moral que demonstre quais são as melhores escolhas que se pode fazer pela comunidade.

Pois bem. Num primeiro momento, o autor analisa o critério econômico de que grande parte da doutrina²⁰⁶ vem se valendo para justificar as decisões judiciais ou escolhas do legislador. Segundo esse ponto de vista, é preciso sempre agir de um modo que seja financeiramente menos dispendioso para o conjunto da comunidade²⁰⁷. De acordo com essa máxima, haveria duas obrigações morais a serem observadas: a) as pessoas têm o dever moral de promover o bem estar da comunidade em tudo o que fazem; e b) o bem estar da comunidade pode ser representado por sua riqueza geral; quanto mais rica, melhor²⁰⁸. Esse argumento, para Dworkin, é derrubado por um exemplo simples: suponha-se que haja um homem pobre e doente que necessita comprar remédios. Como não dispõe da quantia pecuniária necessária, decide vender seu único bem de valor: um livro raro, do qual gosta muito, com valor estimado de quinhentos dólares. Seu vizinho,

²⁰⁶ Na qual são expoentes as ideias de Richard Posner, jurista norte-americano conhecido pela encampação da Teoria do Direito e Economia. Sobre o tema ver: POSNER, Richard. **Law and economics**. The International Library of Critical Writings in Economics series. London: Edward Elgar Publishing, 1997. 2056 p.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, Op cit, p. 333.

²⁰⁸ Ibidem, p. 345.

por sua vez, é sobrinho-neto do autor do livro e sabe que, se autografá-lo, poderá conseguir pelo menos dez por cento a mais na venda do bem. Assim, se o livro na mão do senhor pobre vale quinhentos dólares, na mão do vizinho valerá pelo menos quinhentos e cinquenta. A comunidade, então, será mais rica (e, por consequência, melhor) se o vizinho detiver o livro, o que autorizaria um governante a tomar tal providência com base nos critérios acima estabelecidos. Mas isso, evidentemente, não nos parece correto, pois não seria justo e a comunidade não estaria melhor em nenhum aspecto.²⁰⁹

Será então que o argumento utilitarista (de melhoria da felicidade, ou do bem estar da comunidade) se adequa melhor à justificação das decisões judiciais/legislativas? Por essa máxima, são três as etapas da obrigação moral do indivíduo: a) ao tomar qualquer decisão, inclusive quando se trate da utilização de seus próprios bens, as pessoas devem agir como se os interesses de todos os demais fossem tão importantes quanto os seus próprios e daqueles que lhe são próximos; b) agir dessa forma leva ao aumento da felicidade média da comunidade; o que alguns perdem em termos de felicidade é compensado pelo ganho de muitos outros; e c) esse resultado de aumento da felicidade será alcançado se as pessoas agirem como se pretendessem aumentar a riqueza da comunidade (seguindo, portanto, as regras de simulação de mercado); não porque tenham esse dever, mas porque o resultado prático de agir desta forma acaba aumentando, a longo prazo, a felicidade da comunidade.²¹⁰

A tais obrigações Dworkin responde que em algumas circunstâncias efetivamente é importante que se tome decisões levando em consideração, na mesma medida, os interesses pessoais do indivíduo e de todos os demais membros da comunidade. Mas isso se dá quando os direitos da pessoa individualmente considerada e de terceiro são confrontados. Nas demais situações da vida, não seria condizente à realidade imaginar que o outro sempre será colocado em primeiro lugar, junto com os interesses da pessoa que deve decidir.

²⁰⁹ Ibidem, p. 346-347.

²¹⁰ Ibidem, p. 347-348.

Chamamos esses direitos de *prima facie* ou abstratos porque sabemos que podem entrar em conflito: o exercício de meu direito pode invadir ou restringir o seu, caso em que se coloca a questão de saber qual de nós tem o direito real ou concreto de fazer o que quiser. É nessas circunstâncias [...] que acreditamos ver surgir a responsabilidade igualitária. Devo decidir sobre meus direitos concretos de algum modo que respeite os seus e os meus interesses, não porque eu deva agir sempre assim, mas porque devo fazê-lo sempre que nossos direitos abstratos entrem em conflito. Quando isso não acontece, não tenho essa responsabilidade.²¹¹

Para Dworkin, a maior parte das decisões mais importantes da vida do indivíduo são tomadas com base no pressuposto de que se é moralmente livre para dar um pouco mais de atenção à própria vida do que à dos outros, ainda que isso não signifique que se possa ignorar totalmente os demais.²¹²

Mas, ao mesmo tempo em que se admite que tal atitude (de favorecer a si mesmo e a quem lhe é próximo no uso dos bens de sua propriedade, antes do que aos demais) pode ser considerada válida, não é a postura que se espera do Estado. No que toca ao governo, à comunidade personificada, há o dever de tratar todos os membros da comunidade com igual interesse e preocupação. “O governo tem a responsabilidade abstrata de tratar o destino de cada cidadão com a mesma importância.”²¹³

Pois bem, se o governo é obrigado a tratar todos de maneira igual, que igualdade seria essa? Uma concepção libertária defenderia a ideia de que todos têm direitos “naturais” sobre a propriedade, por exemplo, e que o governo agiria com igualdade quando protegesse essa posse e sua fruição. Já uma concepção mais utilitarista defenderia a ideia de que o governo deveria distribuir e regular a propriedade de modo a obter bem estar (ou felicidade) para todos.²¹⁴

Muitas outras teorias poderiam se apresentar, como a que defenderia uma igualdade de bens, oportunidades ou mesmo de outros recursos. Conceder os mesmo bens a pessoas distintas, no entanto, pode ser problemático, já que as pessoas fazem opções diferentes em questões de investimento e consumo. E a concepção utilitarista conflitaria, como se pode perceber, com a ambição privada, o que não ocorre quando se trata da igualdade numa visão libertária ou quando se fala de igualdade de recursos.

²¹¹ Ibidem, p. 353.

²¹² Ibidem, p. 353.

²¹³ Ibidem, p. 356.

²¹⁴ Ibidem, p. 357.

E entre as duas formas de igualdade, pode-se perceber que a igualdade de recursos exige que haja compensação por uma herança desigual que possa haver entre as pessoas sobre riqueza, saúde, ou talento, o que deverá ser feito através da redistribuição. A igualdade libertária, por sua vez, rejeita veementemente tal forma de redistribuição, por considerá-la uma forma de roubo. Dworkin afirma que a igualdade de recursos deve ser considerada superior à igualdade do tipo libertária: “[...] não demonstrarei, mas apenas admitirei que a igualdade de recursos é superior à concepção libertária: ajusta-se da mesma maneira a nossas práticas jurídicas e morais e é melhor em teoria moral abstrata.”²¹⁵

Demonstrada, assim, a opção do autor pela igualdade do tipo “igualdade de recursos”, é importante entender de que forma o Estado (enquanto ente obrigado a tratar todos os indivíduos da mesma forma) poderia recorrer a seu poder coercitivo para obrigar uma homogeneidade ética²¹⁶, por exemplo. Isso porque a opção a uma tendência liberal poderia rejeitar de plano a ideia de que o Estado tem essa autoridade. Segundo o autor, uma primeira compreensão da opção liberal afirmaria que essa atitude estatal destrói a comunidade (que tem em si um código de ética comum). Mas não é essa a concepção que ele pretende demonstrar. Para Dworkin, uma visão liberalista em consonância com a ideia de igualdade de recursos é suficiente para defender a concepção de comunidade apresentada até então.²¹⁷

Uma primeira concepção de liberalismo, aquele associado ao princípio do dano de John Stuart Mill, compreenderia que o Estado só tem o direito de restringir a liberdade de alguém no intuito de evitar que faça mal a outros, não a si mesmo.²¹⁸ Haveria no liberalismo, assim, uma diferença nítida entre o bem estar das pessoas e o bem estar da comunidade na qual estão inseridas.²¹⁹ Trata-se de um liberalismo, portanto, que vê com maus olhos a imposição pelo Estado, através de sua força coercitiva, de uma ética comunitária.

Contra essa ideia viria a concepção republicana de que a vida das pessoas individualmente consideradas e a vida da comunidade estão interligadas,

²¹⁵ Ibidem, p. 362.

²¹⁶ O conceito de ética, conforme o autor, é utilizado no sentido de expor convicções sobre “qual tipo de vida é boa ou ruim para a pessoa levar”, enquanto o conceito de moralidade exporia “princípios sobre como a pessoa deve tratar as outras pessoas”. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 291.

²¹⁷ Ibidem, p. 291-292.

²¹⁸ MILL, John Stuart. **On liberty**: annotated text sources and background criticism. New York : W. W. Norton, 1975. p. 68-69.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Op cit, p. 309.

integradas. Assim, o bem estar do indivíduo dependeria do bem estar da comunidade, motivo pelo qual deve, enquanto cidadão, preocupar-se com a saúde geral da comunidade como um todo, e não com um único aspecto dela. Daí adviria a possibilidade de uso da força do Estado.²²⁰

De fato o argumento de que o cidadão deve preocupar-se com o bem estar da comunidade é verdadeiro. Não porque se trate de um ser humano altruísta e desprendido de ambições particulares, mas porque “[...] ele deve interessar-se pelo próprio bem estar e, só devido a esse interesse, deve voltar-se para a vida moral da comunidade da qual é membro.”²²¹

E estar integrado na comunidade significa pertencer eticamente a um agente (comunidade) e partilhar do êxito ou fracasso de atos dos quais ele próprio (indivíduo) não participou diretamente. É essa ideia de comunidade personificada (já demonstrada anteriormente) que permite com que alemães nascidos após a 2ª Guerra Mundial, por exemplo, se sintam envergonhados/responsáveis pelos erros cometidos no passado.

O Estado assim, poderia ser considerado enquanto uma comunidade política que tem vida comunitária prática, ou seja, que realiza atos (por meio do Legislativo, Executivo e Judiciário) coletivos em nome de um ente coletivo.²²²

Ocorre que o argumento republicano admite que, além dos atos políticos formais, a comunidade política teria outras atividades que compõem sua vida. A exemplo, poder-se-ia dizer que a comunidade tem em si uma vida sexual comunitária, que é composta pela vida sexual de cada cidadão. Assim, seria necessário estabelecer um padrão sexual sadio, imposto a todos, pois “[...] cuidar da comunidade significa cuidar para que sua vida seja tão boa quanto justa.”²²³

Nesse ponto, no entanto, o argumento republicano é falho, motivo pelo qual Dworkin opta pela conjunção da ideia de integração (que extrai do republicanismo) e da ideia de liberalismo (donde extrai a ideia de limitação do poder estatal). Para o autor, se adotada a visão liberal proposta por ele, então “[...] o

²²⁰ Ibidem, p. 310.

²²¹ Ibidem, p. 311.

²²² Ibidem, p. 315-316.

²²³ Ibidem, p. 323.

liberalismo proporciona uma forma mais genuína de identificação do que seus críticos conseguem oferecer.”²²⁴

[...] a vida coletiva da comunidade política contém seus atos políticos oficiais: legislar, adjudicar, impor a lei e outras funções executivas do governo. O cidadão integrado considera que o êxito ou o fracasso de sua comunidade nesses atos políticos formais tem ressonância em sua própria vida, melhorando-a ou piorando-a. Na tese liberal, não se deve acrescentar mais nada. Deve-se considerar que esses atos políticos formais da comunidade toda esgotam a vida comunitária do corpo político, para que se entenda que os cidadãos agem juntos, coletivamente, apenas dessa forma estruturada.²²⁵

Assim, se a vida da comunidade (enquanto agente vital) será resumida às decisões políticas formais, então uma primazia ética da comunidade pode tranquilamente ser aceita, sem que se comprometa a liberdade individual e a neutralidade acerca do que constitui uma “vida boa”. O cidadão, assim, aceita as prioridades éticas da comunidade (porque se sente nela integrado), ainda que seja livre para proteger seus interesses próprios críticos (aquilo que ele considera que torna sua vida boa). “O liberal integrado não separa sua vida privada da pública dessa forma. Ele considera a própria vida desvalorizada – uma vida menos virtuosa do que poderia ter – se vive em uma comunidade injusta, por mais que tente fazê-la justa.”²²⁶

Em resumo, pode-se afirmar que a ideia de “liberalismo igualitário” defendida por Dworkin defende uma igualdade em termos de recursos e oportunidades, e não de bem estar; ser livre não significa fazer o que bem entender, mas fazer aquilo que se quer respeitando os direitos do próximo e, finalmente; a comunidade não tem seu fundamento na diminuição da liberdade e responsabilidade individuais, mas sim no respeito compartilhado por esta liberdade e esta responsabilidade.²²⁷

²²⁴ Ibidem, p. 322.

²²⁵ Ibidem, p. 322.

²²⁶ Ibidem, p. 324.

²²⁷ Ibidem, p. 331.

CAPÍTULO IV

ANÁLISE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 4277/DF C/C ADPF 132/RJ

A última seção deste trabalho destina-se à análise de uma decisão da Corte Suprema do país cujos efeitos talvez tenham sido os mais impactantes na atividade do STF pós Constituição de 1988, certamente por ocasião da temática abordada na ação.

Trata-se da ADI 4277/DF (inicialmente distribuída como ADPF, convertida em ADI e julgada em conjunto com a ADPF 132/RJ, conforme se verá a seguir), ajuizada pela Procuradora Geral da República e que pretendia a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, de forma que se impedisse qualquer interpretação do referido dispositivo que excluísse de sua incidência a união estável homoafetiva ou que pudesse de alguma forma restringir a unidade familiar àquela conformada por homem e mulher somente.

Sem dúvida o reconhecimento da união estável (e mesmo do casamento) entre homossexuais era questão de ordem na sociedade brasileira. De acordo com pesquisas do IBGE²²⁸, mais de sessenta mil casais vivem no Brasil em relação conjugal com um parceiro do mesmo sexo, realidade fática que a lei não pode ignorar.

E a simples manutenção da sociedade de fato entre os companheiros de mesmo sexo não lhes outorga direitos básicos reconhecidos a casais heterossexuais que mantêm a mesma seriedade na relação de afeto e compartilhamento de vidas em comum. Assim, direitos tais como alimentos, direitos sucessórios, previdenciários, direito de declaração de imposto de renda em conjunto, direito de manutenção de contrato de locação em nome do parceiro quando da separação ou falecimento deste, direito de retenção por moradia e de visitação íntima em presídios, por exemplo, eram reiteradamente negados.

Cabe neste tópico um parêntese sobre a força das manifestações populares pela defesa dos direitos dos homossexuais, uma pretensão democrática

²²⁸ Primeira sondagem do IBGE aponta 60 mil casais gays no Brasil. **Correio Braziliense**. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2011/04/30/interna_brasil,250267/primeira-sondagem-do-ibge-aponta-60-mil-casais-gays-no-brasil.shtml>. Acesso em: 11 jul. 2013.

amparada e reforçada pelos clamores dos cidadãos que se reuniram nas ruas do país em prol de melhorias nos serviços públicos e pela honestidade na política.

Os clamores populares pela defesa dos direitos dos homossexuais foram acirrados quando do conhecimento de que o Deputado Federal João Campos (PSDB-GO), por meio do Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 234/2011, pretendia suspender a eficácia de determinados dispositivos da Resolução nº 1 de 23 de Março de 1999 do Conselho Federal de Psicologia. A normatização, na esteira das correntes doutrinárias modernas da psicologia, pretende impedir os psicólogos de, por qualquer meio, agir de forma a favorecer a patologização da homossexualidade ou mesmo colaborar ou indicar procedimentos de cura da opção sexual. É verdade que a argumentação do Projeto de Decreto Legislativo não se ateve à questão de mérito da “cura gay”, mas afirmou que a restrição constante da Resolução do Conselho Federal de Psicologia extrapolava o poder regulamentar outorgado àquele órgão, motivo pelo qual a norma era de ter sua eficácia suspensa por ato do Poder Legislativo.

Ressalte-se que, antes de ser aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias na Câmara dos Deputados (na qual o Deputado Pastor Marco Feliciano – PSC-SP – é presidente), por meio do parecer do Deputado Anderson Ferreira (PR-PE), o referido projeto foi enviado à Comissão de Seguridade Social e Família, oportunidade em que o Deputado Relator Roberto de Lucena (PV-SP) também se manifestou favoravelmente ao projeto.

Na primeira comissão, o Deputado Roberto de Lucena, após uma longa explicação sobre os motivos que levaram à proposta de Decreto Legislativo, argumenta sobre a questão formal da extrapolação de competência do CFP para regulamentar o tratamento para homossexuais. No mérito, afirma que é inegável a existência de pessoas que pretendem afastar-se da homossexualidade porque não se sentem confortáveis com tal situação, e que a Resolução do CFP impede psicólogos profissionais de ajudarem nesses casos. Como exemplo, utiliza o caso de jovens rapazes heterossexuais traficados para o norte do país e obrigados a se prostituírem como travestis; em casos como esse – de acordo com a interpretação adotada pelo Relator – a Resolução do Conselho impediria a concessão de ajuda terapêutica a essas pessoas.

Logo, se existem métodos e técnicas para a abordagem desta forma de atração sexual, é injurídica a Resolução que proíba o desenvolvimento de atividade profissional para o auxílio de pessoas que voluntariamente desejam deixar a atração por pessoas do mesmo sexo. Insta frisar que nem mesmo a lei, que dirá uma Resolução, poderia restringir o direito fundamental à orientação psicológica, sob pena de ser taxada de inconstitucional.²²⁹

Em sentido oposto foi o parecer da Deputada Jandira Feghali (PCdoB-RJ). Para ela, toda a discussão acerca da limitação imposta pelo Conselho Federal de Psicologia é, no mínimo, irrelevante, já que a norma não tem, a nenhum momento, a intenção de diminuir a atuação dos profissionais habilitados pelo órgão de classe. Muito pelo contrário, objetiva tão somente impedir que se espalhe pela sociedade um projeto de “cura” da homossexualidade que há muito é repudiado pelas Escolas Psiquiátrica e Psicológica. Ressalta, ainda, que o conteúdo da Resolução está em nítida consonância com as determinações da Organização Mundial da Saúde que, desde 1990, excluiu o homossexualismo da lista de doenças.²³⁰

Referidos pareceres acabaram por não ser analisados em razão da redistribuição do projeto para a Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM).

E nessa segunda comissão o relator, Deputado Anderson Ferreira, afirmou que as restrições impostas pelo Conselho Federal de Psicologia seriam restrições inconstitucionais à liberdade intelectual e científica, parecer este que foi seguido pelos demais membros da comissão (com exceção do Deputado Simplício Araújo – PPS-MA) e aprovada pelo presidente, Marco Feliciano. Na exceção do Deputado Simplício foi bem apontada, além da perfeita legalidade das determinações impostas pelo Conselho Federal de Psicologia, a intenção do Conselho em seguir os ditames constitucionais de não preconceito e não discriminação. Afirmou ainda que as regras estabelecidas pelo Conselho estão em

²²⁹ LUCENA, Roberto de. **Parecer do Relator, Dep. Roberto de Lucena (PV-SP), pela provação. Inteiro teor.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1048492&filename=PR L+1+CSSF+%3D%3E+PDC+234/2011>. p. 25-26. Acesso em: 16 jul. 2013.

²³⁰ FEGHALI, Jandira. **Voto em Separado ao PDC 234/11 que susta a aplicação do parágrafo único do Art. 3º e o Art. 4º da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1/99, de 23 de março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. PELA REJEIÇÃO. Inteiro teor.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1052669&filename=VT S+1+CSSF+%3D%3E+PDC+234/2011>. Acesso em: 16 jul. 2013. p. 2-3.

perfeita harmonia com a orientação da Organização Mundial da Saúde (OMS) que, desde 1990, deixou de considerar a homossexualidade como uma doença/patologia.

Em dois de julho de dois mil e treze o Deputado João Campos, autor do PDL, sucumbindo à pressão das manifestações populares de repúdio à proposta, pediu a retirada de tramitação do projeto, o que foi aceito pelo plenário, tendo sido determinado seu arquivamento no mesmo dia.

A despeito, portanto, da inegável necessidade de reconhecimento jurídico destas uniões (o que se verificou nas manifestações populares em sua defesa), o que se estará a questionar neste capítulo não é, a nenhum tempo, se o Supremo Tribunal deveria ter julgado as ações procedentes ou não. O que será objeto de análise serão os fundamentos através dos quais o Supremo concedeu os pedidos requeridos. Quando se decidiu pelo reconhecimento da união estável homoafetiva, de que forma o STF o fez? Qual foi a linha argumentativa (e, conseqüentemente, qual foi a interpretação do direito) de que se valeu o guardião da Constituição para alcançar o resultado final?

1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

No primeiro capítulo abordou-se, de forma incidental e introdutória, a questão do ativismo judicial, uma temática corrente na doutrina constitucionalista e um vocábulo familiar em inúmeros trabalhos acadêmicos das faculdades de direito. Naquela oportunidade, foi descrita a atividade cada vez mais participativa da Suprema Corte brasileira na realização dos direitos e garantias fundamentais, mesmo à revelia de conteúdos mais ou menos explicitamente delimitados na Constituição, o que decorreria – conforme exposto – de inúmeros fatores, entre eles do amplo sistema de controle de constitucionalidade adotado no país.

Importa lembrar, no entanto, que nem sempre foi esta a postura do Supremo. Isso porque o próprio controle de constitucionalidade das leis no Brasil teve, em seu início, constituição bastante distinta da que se conhece hoje.

Antes da declaração de independência do Brasil-colônia, havia já, por determinação do Príncipe Regente D. João, a intenção de constituir *in loco* um tribunal que pudesse julgar os processos em última instância, definitivamente. A dificuldade de remeter todos os recursos a Lisboa, portanto, levou à criação da Casa

da Suplicação do Brasil em 1808,²³¹ mas seu alcance de julgamento encontrava-se bastante limitado em decorrência da situação de absoluta dependência em que o Brasil se encontrava em relação ao Reino de Portugal.

Já no Brasil independente, a competência do Supremo Tribunal de Justiça (denominação do órgão de cúpula da Justiça brasileira)²³² era bastante limitada. Isso porque ao Legislativo era outorgado o poder de “[...] fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “[...] velar na guarda da Constituição” (art. 15, nº 8º e 9º da Constituição do Império de 1824)²³³. Além disso, a existência do Poder Moderador implicava no absoluto controle de todas as esferas de poder pelo Imperador.

Na Constituição da República de 1891 (momento em que se estabelece a denominação até hoje utilizada: Supremo Tribunal Federal)²³⁴, a despeito da possibilidade de controle difuso de constitucionalidade²³⁵, o papel do Supremo enquanto guardião das questões constitucionais em caráter geral (*erga omnes*) era considerado intolerável. Nesse sentido a posição de Rui Barbosa, para quem “[...] os tribunais não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração.”²³⁶

Ainda limitando o âmbito de atuação do STF, a Constituição de 1934, muito embora autorizasse ao Senado a suspensão de ato normativo que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo (art. 91, IV)²³⁷, vedava

²³¹ MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República). 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/795929/PDF/795929.pdf#search='republica constituicao república constituição constituição república'](http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/795929/PDF/795929.pdf#search='republica%20constituicao%20rep%C3%BAlica%20constituic%C3%A3o%20rep%C3%BAlica')>. Acesso em: 15 ago. 2012. p. 9.

²³² *Ibidem*, p. 7.

²³³ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

²³⁴ MELLO, Celso de. *Op cit*, p. 8.

²³⁵ Nesse sentido o parágrafo primeiro do art. 59 da Constituição da República: “§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...] b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 17 ago. 2012.

²³⁶ BARBOSA, Rui. **Trabalhos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1965. (Série Obras Seletas de Rui Barbosa XI 1849-1923). p. 83.

²³⁷ “Art 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais

expressamente o pronunciamento do Tribunal acerca de questões políticas; deveria se ater, portanto, à análise jurídica (art. 68)²³⁸.

Não foi outro o posicionamento da Constituição de 1937. Sob a égide de um regime autoritário, o Judiciário, que já se encontrava submisso ao Poder Executivo na sua atividade de declaração de inconstitucionalidade de leis²³⁹, foi novamente expressamente proibido de conhecer de questões políticas (art. 94)²⁴⁰.

A inovação trazida pela Constituição de 1946, no entanto, parece ter incentivado os ministros do Supremo Tribunal Federal a se aventurarem nas declarações de inconstitucionalidade. O próprio art. 101²⁴¹ da Constituição (que tratava da competência do Supremo) alargou o âmbito de incidência da Corte. Ademais, a figura da representação interventiva (prevista nos arts. 7º e 8º da Carta Magna) condicionava a validade da lei de intervenção (em alguns casos) à verificação da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A proibição expressa direcionada aos órgãos jurisdicionais de conhecer de questões políticas é retirada do texto constitucional.

São desse período alguns julgados colacionados por Gilmar Ferreira Mendes²⁴². Em meados do séc. XX, por exemplo, o Tribunal se pronunciou com

pelo Poder Judiciário;" BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 17 mai. 2013.

²³⁸ "Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas." BRASIL. Constituição (1934). Op cit.

²³⁹ Um exemplo foi a imposição, pelo então Presidente Getúlio Vargas, do Decreto-Lei n. 1.564 de 5 de setembro de 1939 que confirmou todos os textos de lei sobre imposto de renda outrora declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁴⁰ "Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas." BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 18 jul 2013.

²⁴¹ "Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal." BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 jul 2013.

²⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. Op cit, p. 46.

relação à extrapolação da competência do Legislativo, em ofensa aos princípios de necessidade, adequação e proporcionalidade.

Foi da lavra do Ministro Orozimbo Nonato a decisão de 21 de setembro de 1951, quando se manifesta acerca dos limites do poder de taxar do ente público. Mesmo admitindo que o Judiciário só deveria proclamar a inconstitucionalidade que fosse flagrante, o Ministro afirma que essa própria inconstitucionalidade pode advir não de afronta expressa ao texto, mas de descumprimento do “espírito da lei”:

A propósito escreve Carlos Maximiliano, nos referidos ‘Comentários à Constituição’, que ‘só se proclama em sentença, a inconstitucionalidade, quando esta é evidente, fora de toda dúvida razoável’, acrescentando que ‘os tribunais só fulminam os atos dos outros poderes quando a ilegalidade é flagrante, não deixa margem à dúvida razoável.’ [...]. Pondera também Lucio Bittencourt, que [...] ‘há mister, para se afirmar a inconstitucionalidade, que ocorra conflito com alguma norma ou algum mandamento da Constituição, embora se considere, para êsse fim, não apenas a letra do texto, mas, também, ou preponderantemente, o ‘espírito’ do dispositivo invocado.’²⁴³

Da mesma forma, em decisão de 28 de março de 1984, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo declarou a inconstitucionalidade do art. 118 da Lei n. 383/80 do Estado do Rio de Janeiro, por considerar abusivos os valores para que foram elevadas as taxas judiciárias naquele ente da federação.²⁴⁴

Já na década dos anos 2000, na expansão da atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, tem-se verificado a incidência do método da “interpretação conforme a constituição”. Sustentando-se na concordância doutrinária e jurisprudencial acerca da supremacia da Constituição, o método impõe o reconhecimento de que todas as normas jurídicas hierarquicamente inferiores à Constituição devam ser interpretadas em consonância com a Lei Maior.²⁴⁵ De outra sorte, a presunção da constitucionalidade das normas (presunção

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 18331/SP**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119904>>. Acesso em: 19 ago 2012.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp 1077/RJ**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%40JULG+%3D+19840328%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 ago 2012.

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1430.

juris tantum) leva igualmente à pretensão de manutenção do ordenamento jurídico.²⁴⁶

O método, tradicionalmente, é de ser admitido sempre que a interpretação dele resultante não viole o texto literal da lei e não altere seu significado de modo a inverter completamente a concepção original do legislador ao editá-lo. É o limite, inclusive, estabelecido pela Corte Constitucional alemã (o *Bundesverfassungsgericht*) em decisões desta natureza.²⁴⁷

Dessa forma, o controle de constitucionalidade pelo método da interpretação conforme a Constituição constitui-se em forma hábil à manutenção do texto constitucional, por uma questão de segurança jurídica e respeito à construção constitucional, sem violação da norma que poderia ser retirada do ordenamento jurídico.

Ocorre que, por conta da indeterminação destes limites, a linha que define “interpretação conforme” e “alteração legislativa” é bastante tênue.²⁴⁸ A exemplo da utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição pode-se mencionar o julgamento da ADI-MC 2.332/DF²⁴⁹, de relatoria do então Ministro Moreira Alves (caso em que, inclusive, foi vencido o relator nesse ponto), quando o Tribunal decidiu que a expressão “de até seis por cento ao ano” constante do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365 de 21 de julho de 1941 (alterado pela Medida Provisória nº 2027-43 de 27 de setembro de 2000) deveria ser substituída pela expressão “diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença”. Tratava-se de caso em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil insurgia-se quanto à forma de incidência de juros compensatórios sobre a indenização devida aos proprietários desapossados de suas terras por força de desapropriação por necessidade/utilidade pública e interesse social. Assim, para adequar a interpretação da norma à pretensão constitucional, foi

²⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 145.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 261.

²⁴⁸ Por isso é que, nos casos em que a interpretação conforme a constituição extrapole os limites a ela estabelecidos e modifique ou alargue substancialmente as hipóteses de incidência do texto normativo, a doutrina italiana tem convencionado denominar tais decisões de “manipulativas”, podendo ser de “efeitos substitutivos” ou de “efeitos aditivos”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Op cit, p. 1430-1431.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar) 2332-2**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2332&processo=2332>>. Acesso em: 20 abr 2012.

substituída parte do texto original por outro, de acordo com a concepção exarada pela Corte Constitucional.

Notável também foi o caso da ADPF 54²⁵⁰, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que foi admitida a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de fetos comprovadamente anencefálicos, numa interpretação aditiva do art. 128 do Código Penal. Tratava-se de ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em que se pleiteava pelo reconhecimento da anencefalia, inviabilidade do feto e a consequente antecipação terapêutica do parto. Em decisão final de 12 de abril de 2012, o Tribunal, por maioria de votos, decidiu pela declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Esclareça-se que a propositura da ADI 4277 e da ADPF 132 com pedido de interpretação conforme a Constituição foi considerada um tanto equivocada, por haver igualdade de redação nas normas do Código Civil e da Constituição Federal. E, não havendo ambiguidade no texto da norma do art. 1.723 do Código civil, como poderia o Supremo manifestar-se sobre sua interpretação? Isso importaria, em verdade, uma revisão (releitura) da própria Constituição, o que foi destacado pelo Ministro Gilmar Mendes e logo ultrapassado pela necessidade de esclarecimento da situação dos homossexuais:

[...] 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. Mas me curvo – como já disse também – ao argumento trazido aqui de que essa norma tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união.²⁵¹

Decisões da natureza das dantes destacadas têm sido correntes na jurisprudência de países tais como a Itália, Espanha e Portugal. São decisões que

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (Med. Liminar) 54-8.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 01 mai. 2012.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** (Processo físico). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 20 jul. 2013. p. 728.

respondem, na opinião de Augusto Martín de La Vega²⁵², a anseios comuns em quaisquer sistemas de controle de constitucionalidade, por conta de alguns fatores inegavelmente comuns às ordens constitucionais modernas, como por exemplo: *a)* o caráter programático das Cartas Constitucionais, com maior natureza política e que objetiva o desenvolvimento social; *b)* a manutenção de um ordenamento jurídico-positivo infraconstitucional com resquícios autoritários; e *c)* a crescente incapacidade do Legislativo para responder prontamente às exigências constitucionais e à adequação do ordenamento preexistente à nova ordem constitucional. Em última análise, fatores já apontados no primeiro capítulo como causas de uma postura mais ativista das Cortes Constitucionais.

Vê-se, portanto, que, no transcurso do tempo, muitas foram as decisões proferidas pelo STF que trouxeram alguma discussão acerca da forma de interpretação do texto constitucional. Uma das mais emblemáticas será objeto de análise neste capítulo, o que requer, em caráter inicial, um retorno ao histórico de aceitação/reconhecimento da homossexualidade, bem como dos direitos destes indivíduos na sociedade brasileira, o que passa necessariamente pela verificação da postura dos tribunais pátrios em questões desta natureza.

²⁵² LA VEGA, Augusto Martín. **La sentencia constitucional en Italia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 229-230.

2 HISTÓRICO DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS

O reconhecimento da condição de homossexual enquanto pessoa humana, dotada de dignidade e de direitos fundamentais sempre foi uma batalha travada a duras penas. Por algum tempo (ainda com diversas restrições) a própria medicina acreditava que diagnósticos de doença mental ou distúrbio de personalidade eram plenamente aplicáveis aos casos em que havia uma negação pela heterossexualidade (considerada um padrão médico a ser seguido). O “homossexualismo” era considerado uma enfermidade capaz de diminuir as faculdades mentais da pessoa, um mal contagioso decorrente de uma anomalia genética²⁵³.

De acordo com Maria Berenice Dias²⁵⁴, até 1995, quando da décima revisão do CID-10 (classificação internacional de doenças), o “homossexualismo” era considerado “desvio ou transtorno sexual”. Deixando de ser doença, passa a receber o sufixo “dade” (homossexualidade) e é colocado na categoria de “transtornos da preferência sexual”, caracterizando-se como “modo de ser” da pessoa.

Mesmo para a psicologia e para a psicanálise a homossexualidade já recebeu abordagens no campo da psicopatologia, até que em 1973 a Associação Americana de psiquiatria a retirou da lista de distúrbios mentais.²⁵⁵

Assim é que inúmeras tentativas de cura da “doença” foram propostas (ou impostas) por juntas médicas ou mesmo por governos inteiros²⁵⁶, sempre assentadas na ideia tradicional de família.

E essa ideia formalista de núcleo familiar alcança também o campo das relações jurídicas, que em tempos de imperialismo estava fortemente atrelado à noção cristã do sacramento do matrimônio.²⁵⁷

²⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 87.

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 37.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 39.

²⁵⁶ A exemplo do governo nazista, que selecionava os “enfermos” e pretendia curá-los da doença que os “afligia”. **Unites States Holocaust Memoriam Museum**. Nazi persecutions of homosexuals: 1933-1945. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/museum/exhibit/online/hsx/>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

²⁵⁷ Isso porque o próprio Estado era declaradamente católico, proibida a manifestação de outro culto fora dos templos destinados a eles. A Constituição do Império, invocada sob a proteção da

É verdade que a vinculação formal entre Igreja e Estado enfraqueceu-se já na Constituição da República de 1891 quando há a oficialização do casamento na esfera civil, por exemplo.²⁵⁸ E, com o advento do Código Civil de 1916, a questão familiar é abordada novamente, com o estabelecimento de direitos e deveres na família. O modelo patriarcal e ruralista da sociedade da época ainda invocava uma noção de família embasada no casamento heterossexual e monogâmico, com a submissão da mulher às ordens do marido²⁵⁹, único titular do poder familiar. O casamento era indissolúvel perante a lei civil, uma herança nítida da influência do modelo tradicional cristão de família.

Já com as inúmeras conquistas do mundo moderno no século XX, tais como a decadência do campesinato e do patriarcalismo, o crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho e nos bancos das universidades,²⁶⁰ houve também uma renovação no modelo familiar. Na segunda metade do século XX os arranjos familiares básicos começaram a mudar drasticamente, o que se reflete no crescimento geométrico do número de divórcios nos países europeus (especialmente nos católicos), no aumento de pessoas que vivem sós e no grande número de mães solteiras nos Estados Unidos, por exemplo.²⁶¹ E essa tendência não passa ao largo do Brasil, que implementa uma visão nova de família na Constituição cidadã de 1988. Assim é que o art. 226 da Carta Magna reconhece a conformação da família monoparental e daquela composta por casais em união estável como verdadeiras entidades familiares.

E essas modificações na compreensão das estruturas sociais alavancaram a busca pelo reconhecimento jurídico da situação de fato vivenciada

Santíssima Trindade, era clara nesse sentido: “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.” BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 17 jul 2013.

²⁵⁸ “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.” BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 18 jul 2013.

²⁵⁹ “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.” BRASIL. **Código Civil de 1916** (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 jul 2013.

²⁶⁰ HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 289-305.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 317.

pelos casais homossexuais. Não raro muitos deles eram surpreendidos com o falecimento do parceiro (com o qual haviam dividido uma vida toda de sucessos e dificuldades) e, nesses casos, completamente preteridos em divisão de herança, recebimento de seguros ou mesmo de previdência social; uma situação na qual o Direito foi chamado a manifestar-se.

Num primeiro momento, sem atribuir ao casal homossexual a condição de entidade familiar, foi-lhe outorgado o reconhecimento de sociedade de fato, o que alocava o âmbito de incidência de tais relações afetivas ao campo estritamente obrigacional. Notória foi a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quando decidiu sobre os bens deixados por ocasião do falecimento do artista plástico Jorge Guinle Filho, que conviveu por dezessete anos com um parceiro do mesmo sexo.²⁶²

Essa vinha sendo, inclusive, a condição predominantemente outorgada pelo Superior Tribunal de Justiça aos casais homossexuais²⁶³. Em decisões sobre a dissolução de relações homossexuais, os acórdãos informavam a impossibilidade de se conduzir tais relacionamentos como uniões estáveis, haja vista o distanciamento deste instituto à situação dos casais homoafetivos:

A espécie em análise não tem por objeto a união estável entre o homem e a mulher, mas apenas uma relação homossexual, em que o afeto havido durante o período de convivência não constitui aspecto decisivo para o deslinde da causa. O que se busca é simplesmente a dissolução da sociedade de fato com a divisão do patrimônio amealhado. Não há falar, pois, em lacuna da lei, visto que esta é precisa ao restringir a união estável, como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, entre um homem e uma mulher.²⁶⁴

Até este momento, as ações entre casais homossexuais eram julgadas inclusive em varas cíveis, por não se tratar de relação afeta ao direito de família, mas ao direito obrigacional, nos termos do art. 981 do Código Civil²⁶⁵. A própria doutrina era clara ao expressar os limites de incidência das uniões

²⁶² Sobre o tema, consultar AC/RJ 731/89, de 08/08/1989.

²⁶³ STJ: REsp 148.897/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, julgamento de 10.02.1998; REsp 32.3370/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgamento de 14.12.2004; REsp 502995/RN, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgamento de 26.04.2006.

²⁶⁴ REsp 323.370/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14/03/2005 p. 340.

²⁶⁵ “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” BRASIL. **Código Civil** (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 jun. 2013.

homossexuais, afirmando que não haveria entre elas respaldo no direito de família, pelo que não haveria efeitos no que toca a alimentos, à utilização do patronímico nem tampouco à sucessão (excetuado o caso de disposição testamentária, mas sempre dentro dos limites legais). Ainda que pudessem, no plano fático, serem consideradas entidades familiares, não o eram no plano jurídico.²⁶⁶

No que toca ao direito de perceber proventos de aposentadoria e demais benefícios previdenciários, o posicionamento dos Tribunais Regionais Federais²⁶⁷ e do próprio STJ²⁶⁸ já vinham sendo no sentido de autorizar o recebimento do benefício pelo parceiro homossexual. Naquela oportunidade as fundamentações dos acórdãos sustentavam-se na necessidade de tratamento equânime dos beneficiários à luz dos princípios norteadores da Previdência Social, sem adentrar na questão da (in)congruência dos pedidos dos parceiros homossexuais com o §3º do art. 226 da Constituição Federal, por não se tratar de questão de família, e sim previdenciária. Em cumprimento a determinação judicial exarada na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0/RS, proposta pelo Ministério Público Federal, o INSS editou a Instrução Normativa nº 25 de 07/06/2000 e a nº 50 de 08/05/2001, regulando os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários (pensão por morte e auxílio-reclusão) ao companheiro ou companheira homossexual.

O Tribunal Superior Eleitoral também já se manifestou sobre o tema quando, em 2004, impugnou a candidatura de uma concorrente à prefeitura de Viseu/PA por manter relacionamento estável com a então prefeita do município. Aplicou-se a ela, extensivamente, a regra do art. 14, § 7º da Constituição da República, que prevê a inelegibilidade (na mesma circunscrição eleitoral) de cônjuge de chefe do Poder Executivo. A regra já vinha sendo aplicada, conforme fundamentação do acórdão, aos companheiros e companheiras em união estável e mesmo às situações de concubinato. A decisão, a despeito de não equiparar a relação homossexual à união estável entre homem e mulher, considerou que a regra da inelegibilidade constante do §7º do art. 14 da Constituição tem por objetivo impedir a perpetuação de uma mesma família no poder, evitando o continuísmo e a

²⁶⁶ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual – reflexões jurídicas. In: **Revista dos tribunais**/ Fasc. Civil, ano 92, v. 807, jan. 2003 p. 82-102. p. 96.

²⁶⁷ TRF4, AG 2000.04.01.044144-0, Sexta Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 26/07/2000; TRF4, AC 2000.04.01.073643-8, Sexta Turma, Relator Nylson Paim de Abreu, DJ 10/01/2001.

²⁶⁸ REsp 395.904/RS, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, DJ de 06.02.2006.

utilização da máquina pública para a realização de campanhas, em evidente prejuízo dos demais candidatos.²⁶⁹

Pioneiras, no entanto, foram as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando do reconhecimento da competência das varas de família para a apreciação de ações de dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo²⁷⁰, da autorização de direito de visitas à criança por companheiro homossexual e da adoção conjunta de criança por casais do mesmo sexo²⁷¹ e mesmo com relação ao reconhecimento de entidades familiares – e, por consequência, da união estável – entre casais homossexuais²⁷², antes mesmo do julgamento da ADI objeto de análise.

Muito embora todas essas experiências na jurisprudência levassem a uma compreensão (e uma tendência da própria sociedade) em admitir a necessidade de tratamento equânime das relações homossexuais e heterossexuais, nenhuma delas (à exceção das decisões mais radicais no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) se autorizava à declaração de equiparação da relação homossexual à união estável entre homem e mulher. A união entre parceiros do mesmo sexo sempre foi, como se viu, tratada como sociedade de fato, donde exsurtem direitos e deveres patrimoniais e até previdenciários, mas não familiares.

Daí a grande importância da mudança paradigmática alcançada com o julgamento procedente das ADI 4277 e ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal, análise que passará a ser realizada nos próximos tópicos.

²⁶⁹ REsp Eleitoral 24.564/PA, Classe 22ª, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento de 2.10.2004.

²⁷⁰ Apelação Cível Nº 70014928816, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 22/12/2006; Conflito de Competência Nº 70032730301, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 16/12/2009. No mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: TJPR - 6ª C.Cível em Com. Int. - CC 0523449-5 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Luiz Cezar Nicolau - Unânime - J. 14.10.2008; TJPR - 12ª C.Cível em Composição Integral - CC - 712804-3 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Rafael Augusto Cassetari - Unânime - - J. 27.10.2010

²⁷¹ Apelação Cível Nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009; Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007.

²⁷² Embargos Infringentes Nº 70039338587, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010.

3 A PROPOSITURA DAS AÇÕES ABSTRATAS

Em 27 de fevereiro de 2008 foi ajuizada perante o Supremo ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)²⁷³ pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, pedindo a declaração de inconstitucionalidade de qualquer interpretação dos arts. 19, II e IV e art. 33 do Decreto-Lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) que impedisse os parceiros de uniões homoafetivas estáveis de receberem os benefícios ali previstos. Naquela oportunidade a pertinência temática²⁷⁴ justificava-se, além do notável efeito de qualquer norma federal acerca do tema na vida dos cidadãos do Estado do Rio de Janeiro, pelo problema que se instalava na esfera do funcionalismo público daquele Estado-membro quanto à concessão de licenças por motivo de doença de “pessoa da família” ou para acompanhamento de “cônjuge”, além dos casos de aplicação de normas de assistência e previdência sociais.

Além disso, as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça daquele Estado vinham negando aplicação analógica do art. 226, §3º da Constituição Federal e do art. 1.723 do Código Civil aos casais em união homoafetiva²⁷⁵, o que gerava dúvida por parte do Poder Público sobre como proceder nos casos semelhantes submetidos por seus servidores.

Como fundamentos para o acolhimento da ação abstrata, o Governador do Estado (em petição assinada também pela Procuradora Geral do Estado, Lúcia Léa Guimarães Tavares) invocou o ferimento a preceitos constitucionais fundamentais tais como a igualdade, a liberdade (donde exsurge a autonomia privada), a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. E, para aplicação do instituto da união estável aos casais homossexuais, argumentou-se que a norma do §3º do art. 226 da Constituição Federal tinha por objetivo impedir quaisquer discriminações que pudessem ser feitas entre esposas e companheiras. Assim, uma norma que pretendia claramente realizar *inclusão* não poderia ser interpretada como *excludente* de outras relações afetivas distintas daquelas entre

²⁷³ Nos termos do art. 102, §1º da Constituição Federal, bem como da Lei Federal n. 9.882/99.

²⁷⁴ Requisito exigido dos legitimados especiais e já justificado pela jurisprudência: ADI 1151 MC/MG, Relator Min. Sepúlveda Pertence; ADI 1194 MC/DF, Relator Min. Maurício Corrêa; ADI 1507 MC-AgR/RJ, Relator Min. Carlos Velloso.

²⁷⁵ A título exemplificativo, conforme informado na petição inicial da ADPF 132: TJRJ, AC 59.677/2006, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte; TJRJ, AC 28.033/2005, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Renato Simoni.

homens e mulheres, motivo porque as relações homoafetivas eram de ser incluídas na disposição da referida norma constitucional.

E, ainda que não se entendesse pela aplicação direta do §3º do art. 226 aos casais homossexuais, ainda assim restaria a necessidade de integração do direito, para regulamentação de um caso pendente de tratamento jurídico.

Pois bem. Ainda que esse Eg. STF entenda impossível a aplicação direta dos preceitos fundamentais referidos para regular as relações homoafetivas, parece inegável que há uma situação de fato a exigir tratamento jurídico. Como referido, a existência de uma orientação homossexual, que é indiscutivelmente lícita, produz como consequência inevitável o surgimento de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, que são, portanto, igualmente lícitas. No âmbito de tais uniões ou, pelo menos, sob sua constância, relações existenciais e patrimoniais são travadas, com repercussão para os envolvidos e mesmo para terceiros. Seria no mínimo anacrônico fingir que tal situação não existe, mantendo os casais homossexuais e os indivíduos que com ele estabelecem relações em um verdadeiro limbo jurídico.²⁷⁶

E, nesse caso, a Procuradoria do Estado sustentou a tese de que, mesmo sem tratamento jurídico próprio, a situação dos casais homoafetivos seria em nada diversa daquela dos casais heterossexuais em união estável. Assim é que a analogia poderia ser plenamente aplicável, para estender os efeitos do art. 1.723 do Código Civil também aos casais de mesmo sexo, o que importaria tão somente em interpretação do referido texto de lei conforme a Constituição²⁷⁷.

Após a prestação de informações pelos Tribunais de Justiça dos Estados-membros da federação, foi requerida e deferida a inclusão como *amici curiae* de inúmeras associações civis, órgãos de proteção de direitos humanos e entidades afins.

Em sua manifestação, o então Advogado Geral da União, Sr. José Antonio Dias Toffoli, pugnou pelo julgamento procedente da ação, oportunidade em que ratificou todos os argumentos da inicial.

Concomitantemente ao transcurso da ação de descumprimento de preceito fundamental, foi ajuizada ação da mesma natureza (ADPF 178) pela

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132 - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 21 jul. 2013. p. 32.

²⁷⁷ Veja-se que a técnica utilizada para o pedido de declaração de inconstitucionalidade na referida ação abstrata constituiu-se na aplicação da “intepretação conforme a Constituição”, uma prática corrente no Supremo Tribunal Federal. A exemplo: ADI-MC 2.332/DF, Rel. Min. Moreira Alves; ADPF 54-8/DF, Rel. Min. Marco Aurélio; RMS 22.307, Rel. Min. Marco Aurélio.

Procuradora Geral da República, Sra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Também neste pedido prevaleceu a tese jurídica de aplicação direta de preceitos e princípios constitucionais ao caso da união estável homoafetiva, reconhecendo-a e aplicando-se a ela, por falta de regulamentação própria, os dispositivos referentes à união estável heteroafetiva. Os princípios invocados foram, da mesma forma, os da dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação de discriminações odiosas, liberdade e proteção à segurança jurídica.

Em decisão do então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, foi determinada a conversão da ADPF 178 em ADI (ADI 4277/DF), haja vista a inexistência de objeto específico e bem delimitado a ser impugnado, motivo pelo qual a ação abstrata passou a ter por objeto a interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.

Em sua manifestação o Advogado Geral da União repisou seu entendimento já esposado na ADPF 132, pela procedência da ação e, conseqüentemente, pela interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, de forma a aplicá-lo, mediante as mesmas exigências até então requeridas para a declaração de uniões estáveis heterossexuais, às uniões homossexuais.

Deferida a inclusão de inúmeros *amici curiae* a este processo, o julgamento transcorreu com as sustentações orais dos defensores de requerentes e requeridos, com julgamento conjunto das ações, sendo a ADPF 132 conhecida como ADI. Ambas ações foram julgadas procedentes, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração direta e indireta.²⁷⁸

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277** - **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** (Processo físico). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 20 jul. 2013

4 A FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO

Na construção dos fundamentos jurídicos necessários ao julgamento procedente da ação abstrata, foram levantados quatro pontos essenciais na argumentação dos ministros da Suprema Corte. O primeiro deles versa sobre a proibição do preconceito, tanto com relação ao sexo (homem e mulher) quanto à orientação sexual (homossexual ou heterossexual). Permitir qualquer tipo de preconceito relacionado a estas categorias seria incidir em afronta direta ao objetivo constitucional de “promover o bem de todos”, inserto no inciso IV do art. 3º da Constituição da República. Nesse sentido, o direito à preferência sexual se coloca como corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, por relacionar-se com a autoestima do indivíduo e à busca pela felicidade. Ainda, a orientação sexual deve ser vista como direito de intimidade e privacidade, direitos constitucionalmente protegidos e elencados como cláusulas pétreas.

Em segundo lugar salientou-se que, quando o *caput* do art. 226 da Constituição empresta especial proteção à família, não tem por objetivo restringir este conceito, mas sim considerá-lo em seu sentido coloquial/proverbial de núcleo doméstico, “[...] pouco importando se formal ou informalmente constituída [a família], ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos.”²⁷⁹ Família não seria somente aquela formada por casais heterossexuais, assim como não o é somente aquela que tenha sido submetida a formalidade civil ou religiosa. Assim, se a Constituição da República buscou o pluralismo como categoria sócio-político-cultural, não haveria como reduzir o conceito de família para impedir a inclusão dos casais homossexuais. E, se o Supremo Tribunal Federal detém a competência de intérprete da Constituição, detém também a responsabilidade de manter o texto da Carta da nação em seu atributo fundamental, que é a coerência, o que impõe necessariamente a eliminação do preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.²⁸⁰

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277** - **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** (Processo físico). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 20 jul. 2013. p. 1442.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277** - **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** (Processo físico). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 20 jul. 2013. p. 1442.

Em terceiro lugar, foi enfrentada a barreira constitucional imposta pelo texto expresso do § 3º do art. 226²⁸¹, que reconhecia a união estável entre “homem e mulher”. Naquela oportunidade, os ministros manifestaram seu entendimento de que a expressão dicotomizada no texto da Carta tinha por objetivo tão somente enfrentar a antiga referência patriarcal dominante na sociedade brasileira e colocar homens e mulheres em igualdade no âmbito da sociedade doméstica. Não havendo proibição da Constituição na formação da família entre pares homossexuais, não poderia também haver proibição do reconhecimento de união estável entre eles (que constituem, a final, família, entidade familiar). Isso porque “[...] 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*.”²⁸² E, ainda que tal garantia não houvesse sido expressamente estabelecida pela Constituição, pode se reconhecer que decorre do regime e dos princípios por ela adotados, conforme determinação do §2º do art. 5º da CRFB.

Finalmente, foi adotada a técnica da interpretação conforme a Constituição para leitura do art. 1.723 do Código Civil²⁸³, de forma a “[...] 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 heteroaferiva.”²⁸⁴

²⁸¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 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. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** (Processo físico). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 20 jul. 2013. p. 1443.

²⁸³ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” BRASIL. **Código Civil** (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 jul 2013.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** (Processo físico). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 20 jul. 2013. p. 1444.

A título de complementação ressalte-se que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça foi levado a manifestar-se sobre o pedido de duas mulheres que requereram sua habilitação para casamento em dois Cartórios de Registro Civil de Porto Alegre/RS, antes da decisão prolatada na ADI 4277/DF. Com o pedido negado, a pretensão foi levada à Vara de Registros Públicos daquela capital, onde novamente lhes foi indeferida a pretensão, sob o argumento de que casamentos eram autorizados somente entre homens e mulheres, não havendo regramento na legislação pátria acerca de casamentos homossexuais. A decisão de primeira instância foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado.

No STJ, porém, já sob a égide da decisão prolatada na ADI 4277/DF, a fundamentação para a concessão do direito de habilitação para o casamento de casais homossexuais assentou-se sobre o fato de que a Constituição Federal facilita a conversão da união estável em casamento; sendo a união estável entre homossexuais plenamente aceita, então sua conversão em casamento também deve ser facilitada. Ademais, inexistiria para o casamento o óbice de norma expressa em contrário, como ocorreu com a união estável (barreira esta transposta pela técnica da interpretação conforme a Constituição). Isso porque o objetivo da Constituição é a proteção da família e se é através do casamento que o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família, então é de se conceder aos casais homossexuais também essa proteção privilegiada.

Ademais, dever-se-ia considerar que o Judiciário não pode se esquivar de colmatar coluna que o legislador ordinário recusa-se a enfrentar, já que em casos como esse é de sua responsabilidade o exercício do poder contramajoritário, na proteção das minorias e de seus direitos fundamentais, garantindo a democracia substancial.

E, na esteira de decisões dessa natureza, visando conceder uniformidade aos procedimentos adotados em todo país, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em decisão de seu presidente Joaquim Barbosa, editou a Resolução n. 175 de 14 de maio de 2013, determinando aos Cartórios de Registro Civil a realização de casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

5 DWORKIN E OS MINISTROS DO STF

Passe-se a considerar agora todas as explicações já relatadas nos capítulos anteriores sobre a filosofia jurídica de Ronald Dworkin. A partir da delimitação dos conceitos descritos pelo autor para a interpretação do direito é que será realizada a construção do caminho concreto (e prático) de análise de casos difíceis.

O caso do reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal em muito se assemelha a um caso descrito por Dworkin em seu livro “Império do Direito”, o caso Elmer²⁸⁵. Naquela oportunidade (1889), o Estado de Nova Iorque discutia sobre se Elmer teria direito ou não ao recebimento dos bens herdados de seu avô por testamento. O que ocorreu no caso é que Elmer, em 1882, conhecedor de que o avô havia lhe contemplado com a maior parte de seus bens em testamento, ficou receoso de que, por ocasião do recente casamento do idoso, o testamento pudesse ser mudado e ele acabasse com muito pouco ou nada. Assim é que se decidiu por matar o avô por envenenamento, o que efetivamente realizou, sendo logo após descoberto pelas autoridades policiais e obrigado a cumprir alguns anos de prisão.²⁸⁶

Pois bem, a despeito da resolução do caso na esfera penal, restava a maior controvérsia sobre o tema: poderia Elmer receber os bens que lhe foram concedidos pelo avô em testamento? Isso porque o plano de Elmer em parte havia sido bem sucedido; apesar de descoberto seu crime, o testamento não foi modificado a tempo pelo avô e, conforme previsto pelo assassino, a maior parte da herança foi realmente destinada a ele.

Mas seria este um desfecho justo para o caso?

O problema seria simples se alguma lei do Estado, na época, impedisse assassinos de receberem herança da vítima. Nesse caso a aplicação da regra levaria à conclusão óbvia de que Elmer não poderia herdar os bens de seu avô, o que parece suficientemente justo.

²⁸⁵ **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**, Op cit, p. 20.

Acontece que as leis do Estado de Nova Iorque sobre testamento na época (leis sucessórias) não continham essa previsão.²⁸⁷ Disponham sobre a forma de um testamento válido: o número de testemunhas necessário, o estado mental do testador, os casos de revogação ou alteração de testamento, etc. Mas nada havia sobre o cometimento de crime, por um dos herdeiros, contra a vida do testador.²⁸⁸

Indignadas com a conduta do sobrinho e, cientes da possibilidade de que Elmer – mesmo depois de ter assassinado o autor da herança – recebesse a maior parte dos bens de propriedade do falecido, suas tias (Sra. Riggs e Sra. Preston, filhas do falecido) ajuizaram ação contra o inventariante do espólio, exigindo que a herança fosse outorgada a elas e não a Elmer. Isso porque, na falta de Elmer, o testamento previa que elas seriam as herdeiras contempladas. E sua argumentação consistia, como se esperava, na alegação de que quem mata o testador não tem direito a receber sua herança, pois não se pode perceber vantagem da própria torpeza²⁸⁹.

O advogado de Elmer, por sua vez, afirmava que, por não violar nenhum dispositivo da lei sobre testamento, este era válido e, portanto, a herança deveria ser atribuída a seu legítimo dono: no caso, seu cliente.²⁹⁰ Qualquer decisão em sentido contrário, afirmava, importaria em modificação do testamento validamente constituído e sua substituição pelas convicções morais da Corte.²⁹¹

E, em suas manifestações, nenhum juiz afirmava que o caso deveria ser decidido contra o direito e a favor da justiça. Todos aceitavam que, se a lei sucessória efetivamente autorizasse o recebimento da herança por Elmer, não haveria outra solução que não entregá-la a ele. A divergência entre os juízes,

²⁸⁷ Veja-se que, no ordenamento brasileiro, o fato constitui-se causa de exclusão da sucessão, conforme disposto no art. 1.814, I do Código Civil, previsão já existente no revogado Código de 1916 (art. 1.595, I): “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; [...]” BRASIL. **Código Civil** (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 24 jul 2013.

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**, Op cit, p. 20-21.

²⁸⁹ “They say that to permit the respondent to take the property willed to him would be to permit him to take advantage of his own wrong.” GRAY, J. **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

²⁹⁰ “The defendants say that the testator is dead; that his will was made in due form and has been admitted to probate, and that, therefore, it must have effect according to the letter of the law.” EARL, J. **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**, Op cit, p. 21.

portanto, era sobre o que a lei “realmente” determinava para aquele caso concreto.²⁹²

Os termos da lei sucessória que figuravam no caso Elmer não eram nem vagos nem ambíguos. Os juízes divergiam sobre o impacto destes termos sobre os direitos legais de Elmer, Goneril e Regan [as duas filhas do falecido] porque divergiam sobre o modo de interpretar a verdadeira lei nas circunstâncias especiais daquele caso.²⁹³

Antecipa-se que ao final a Corte decidiu pela procedência dos pedidos das apelantes, declarando-se que Elmer não detinha o direito de receber a herança do avô. Veja-se quais foram os fundamentos apresentados naquela época.

Em voto dissidente, o juiz Gray afirmava, pela teoria da “intepretação literal” da lei, que não havia a previsão da exclusão do herdeiro do testamento em casos de assassinato, motivo pelo qual não se poderia retirar de Elmer o direito à herança, sob pena de a Corte realizar outro testamento no lugar do falecido.²⁹⁴ Um testamento somente poderia ser revogado ou alterado pelas regras já predispostas na legislação pertinente²⁹⁵. A melhor interpretação da lei deveria considerar que os testadores precisam ter a garantia de como seus testamentos serão tratados quando de sua morte. E não se poderia afirmar com nenhuma certeza que o avô, ao saber dos planos do neto, teria preferido retirá-lo do testamento. Além disso, impor a Elmer sua exclusão da herança seria puni-lo de forma adicional à pena à qual já foi condenado, o que importaria em violação ao princípio da anterioridade da lei penal.²⁹⁶

²⁹² Ibidem, p. 21.

²⁹³ Ibidem, p. 22.

²⁹⁴ “I cannot find any support for the argument that the respondent's succession to the property should be avoided because of his criminal act, when the laws are silent. [...] Practically the court is asked to make another will for the testator. The laws do not warrant this judicial action, and mere presumption would not be strong enough to sustain it.” GRAY, J. **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

²⁹⁵ “Where, therefore, none of the cases mentioned are met by the facts, and the revocation is not in the way described in the section, the will of the testator is unalterable. I think that a valid will must continue as a will always, unless revoked in the manner provided by the statutes. Mere intention to revoke a will does not have the effect of revocation. The intention to revoke is necessary to constitute the effective revocation of a will; but it must be demonstrated by one of the acts contemplated by the statute.” GRAY, J. **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

²⁹⁶ “But more than this, to concede appellants' views would involve the imposition of an additional punishment or penalty upon the respondent. [...] We may not, in the language of the court in *People v. Thornton* (25 Hun, 456), ‘enhance the pains, penalties and forfeitures provided by law for the punishment of crime.’” GRAY, J. **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

O juiz Earl, por sua vez, em voto vencedor acompanhado por outros quatro componentes do tribunal, aceitava o fato de que a legislação sobre testamentos, se admitida em sua literalidade e se considerado que sua aplicabilidade e efeitos não podem, em nenhuma circunstância, serem controlados ou modificados, concedia a propriedade da herança ao assassino.²⁹⁷

Em sua justificativa para o afastamento de Elmer da herança, afirma que é preciso dar importância às intenções do legislador quando editou a lei. Para ele, é um conhecido cânone interpretativo o fato de que algo que esteja contido na intenção dos legisladores é tanto parte da norma quanto a própria letra da lei; e algo que está de acordo com a letra da lei não poderá ser considerado norma a menos que esteja em consonância com a intenção do legislador.²⁹⁸ Em última instância, o que Earl quer dizer é que “[...] uma lei não pode ter nenhuma consequência que os legisladores teriam rejeitado se nela tivessem pensado.”²⁹⁹

Ainda, ao interpretar uma lei, os juízes deveriam tentar ajustá-la ao máximo aos princípios de justiça verificados em outras partes do direito, e que o informam. Primeiro porque é bastante razoável admitir que os legisladores, ao editarem uma lei, pretendam fazê-la em respeito aos princípios gerais de justiça, e não o contrário. Em segundo lugar, ao considerar que a lei não está solitária no ordenamento mas participa de um sistema mais vasto (direito como um todo), é natural que se dê a ela uma interpretação que confira maior coerência a esse sistema. E, num contexto mais abrangente, ninguém poderá beneficiar-se da própria torpeza, motivo pelo qual a lei sucessória deve levar também essa máxima em consideração.³⁰⁰

Veja-se, então, que a disputa apontada entre os dois votos principais do caso indicaram uma contradição não sobre a (in)aplicabilidade da lei, mas sobre o que essa lei verdadeiramente queria dizer.

²⁹⁷ “It is quite true that statutes regulating the making, proof and effect of wills, and the devolution of property, if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the murderer.” EARL, J. **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

²⁹⁸ “It is a familiar canon of construction that a thing which is within the intention of the makers of a statute is as much within the statute as if it were within the letter; and a thing which is within the letter of the statute is not within the statute, unless it be within the intention of the makers.” EARL, J. **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**, Op cit, p. 24.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 25.

Lembre-se que não havia dispositivo expresso na legislação novaiorquina que impusesse qualquer restrição ao direito de Elmer. A regra escrita, então, impunha uma barreira ao pedido das demais herdeiras (apelantes): não há norma que impeça Elmer de receber herança.

Analogicamente, no caso do casamento e união estável entre casais do mesmo sexo, há dispositivo (constitucional e infraconstitucional) que autoriza a união entre casais de sexos distintos, mas não o faz para casais do mesmo sexo. Isso porque a regra do §3º do art. 226 da Constituição Federal e do art. 1.723 do Código Civil autorizam a união estável e casamento entre “homem e mulher”.

Abre-se aqui um parêntese para ressaltar que a regra jurídica não se compõe somente daquilo que diz, mas também do que deixa de dizer e das exceções que a ela se impõem. Então no caso Elmer, a regra jurídica era constituída pela afirmação: “Toda a pessoa que estiver em testamento pode herdar. Testamentos serão considerados extintos ou modificados nos casos *a, b, c* e *d*. No caso de Elmer, homicídio contra o testador (autor da herança) seria uma exceção do tipo “*e*” e, portanto, não prevista nas exceções da regra. O caso de homicídio, portanto, não poderia ser, *a priori*, considerado como uma exceção à regra.

No caso da união homoafetiva, a regra jurídica confrontada era a seguinte: “podem casar-se (e terem união estável declarada, desde que respeitados os requisitos legais), homens e mulheres. Casais homossexuais, portanto, não estão incluídos na autorização legislativa e, portanto, falta-lhes norma reguladora para casamento e união estável.” O silêncio da lei no caso, é parte também da regra. Assim como no caso Elmer não foi incluído o impedimento para homicidas, também no §3º do art. 226 da CF e no art. 1.723 do CC não foram incluídos casais do mesmo sexo.

Mas será que negar esse direito aos homossexuais é justo?

Certamente foi com base nessa premissa que o STF achou por bem declarar a inconstitucionalidade da interpretação que excluísse casais do mesmo sexo do art. 1.723 do Código Civil.

No caso *Elmer* o que aconteceu é que os juízes não reconheceram o impedimento porque era injusto ou imoral, mas tentaram incluir na interpretação da lei a exceção (que não havia). A mesma coisa foi feita pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ; não declararam a existência de um direito implícito na constituição em favor dos homossexuais com

base no § 2º do art. 5º da Carta Magna (caso em que estariam “inovando” na lei), mas tentaram realizar uma interpretação do §3º do art. 226 que incluísse os casais homossexuais.

No voto do relator, ministro Ayres Britto, após elucidação acerca da necessidade de tratamento sem discriminações entre homem e mulher – e conseqüentemente entre suas preferências sexuais – enfrenta-se a questão do § 3º do art. 226 de forma muito breve (se comparado ao extenso discurso sobre a nova formação das famílias e sobre a necessidade de reconhecimento da dignidade dos homossexuais). E, sobre a literalidade do referido dispositivo constitucional, argui da importância de que não seja considerado em desconexão de seu *caput*, que outorga especial proteção do Estado à família:

Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz.³⁰¹

A concepção do Ministro Luiz Fux (e de todos os que o sucederam na votação, com três exceções expostas a seguir) não foi diferente. Em seu voto ele cita Ronald Dworkin por mais de uma vez quando menciona o direito de igualdade que deve ser assegurado entre homossexuais e heterossexuais, bem como a necessidade de respeito, pelo Estado, das liberdades individuais, inclusive daquelas não expressas no texto. E defende, assim como o relator, uma interpretação do § 3º do art. 226 que não exclua os homossexuais. Apela à lembrança de que o texto que trata da união estável não quis excluir os homossexuais e que o legislador não se pronunciou especificamente sobre esse grupo social porque talvez tenha achado óbvia sua proteção:

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277** - **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** (Processo físico). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 20 jul. 2013. p. 653.

Eu também afiançaria que a Constituição Federal, quando consagrou a união estável, ela positivamente não quis excluir a união homoafetiva. Talvez o legislador constitucional tenha entendido até desnecessário - se ele estabeleceu que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, que há uma liberdade sexual consagrada como cláusula pétrea.³⁰²

Em aditamento ao voto, o Min. Luiz Fux deixa clara a motivação que leva ao julgamento procedente da ação:

[...] queria pedir vênia a todos os profissionais que intervieram para fazer uma homenagem específica ao Professor Luís Roberto Barroso, que conseguiu demonstrar exatamente aquilo que Piero Calamandrei, na sua obra "Nós, os juízes", afirma de forma muito singular o que distingue o advogado do magistrado: é que o advogado trabalha com a paixão e o magistrado trabalha, 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.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E não é por outra razão que a própria sentença significa aquilo que o juiz sentiu, aquilo que é o sentimento do juízo.³⁰³

Saliente-se que o voto dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso foram também no sentido de julgar procedentes as ações, mas por outros fundamentos. Consideraram que os casais homossexuais não poderiam se enquadrar na regra do § 3º do art. 226, pelo que haveria uma lacuna constitucional e legislativa no caso. No entanto, reconheceram que os princípios constitucionais obrigavam ao tratamento da situação de forma a determinar a aplicação analógica dos institutos que servem às uniões heteroafetivas para os casais homoafetivos. Assim que sobreviesse legislação sobre o tema, a questão estaria resolvida definitivamente.³⁰⁴

Ao fim e ao cabo, o que cabe salientar é que, pela teoria arquitetada por Ronald Dworkin – conforme exposto em todo o trabalho –, a decisão acerca dos direitos dos homossexuais seria também no sentido de reconhecer a garantia fundamental ao exercício da cidadania plena, o que incluiria a possibilidade de se relacionarem na mais plena liberdade, contraindo casamentos e uniões estáveis como todos os demais membros da comunidade. E isso teria sido reconhecido como uma questão não abordada pela Constituição de maneira direta; teria sido

³⁰² Ibidem, p. 691.

³⁰³ Ibidem, p. 683.

³⁰⁴ Ibidem, p. 719.

reconhecido como uma atitude judicial que protege o direito das minorias. Não porque a norma do §3º do art. 226 impede que homossexuais contraiam relações familiares afetivas duradouras com efeitos jurídicos (o que seria um absurdo diante da concepção liberal de direitos individuais), mas porque a Constituição é simplesmente omissa nessa questão.

O que diverge no caso – a fundamentação – é que Dworkin não poderia pretender alcançar na norma constitucional a intenção do legislador. E nem poderia pretender transformar o texto da Carta Magna do país naquilo que os juízes acham que ele deva representar (na esteira de suas emoções mais profundas, conforme afirmado pelo ministro Luiz Fux). Para o autor, interessam mais as intenções que estejam intensamente inseridas no texto (em decorrência dos princípios de moralidade política) do que as intenções dos legisladores originários.³⁰⁵ Muito se falou no conteúdo do acórdão proferido pelo Supremo sobre “o que o §3º do art. 226 realmente quer dizer”. É essa a tese, refutada por Dworkin, de que deve ser encontrado o “espírito da lei”. Na busca da intenção do legislador (ou do espírito da lei), o Supremo seria obrigado a necessariamente rejeitar qualquer possibilidade de reconhecimento do direito dos homossexuais à conformação de uma entidade familiar. Isso porque as exposições de motivo da Constituinte de 1988 foram muito claras sobre o referido artigo constitucional:

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 gays 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 showístico, 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 entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato 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 FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

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

³⁰⁵ APPIO, Eduardo. **Direitos das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 295.

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).³⁰⁶

E quando não encontre uma intenção do legislador que seja capaz de aplicar a norma a circunstâncias diversas (como é o caso dos relacionamentos homossexuais), então o tribunal precisaria “emendar essa norma às ocultas”³⁰⁷ para atualizá-la.

Isso porque se a lei é um ato de comunicação que deva ser entendido pelo simples modelo locutor-audiência, então a problemática maior reside em saber o que esse locutor (individual ou grupal) quis dizer. E isso converte para a hipótese dominante de que há um momento estante na história em que se fixa o significado da lei, um momento no qual “nasce” a verdadeira lei.³⁰⁸ Por isso pretender “mudar” sua interpretação ao longo dos tempos pareceria extremamente difícil, gerando – como gerou para o Supremo Tribunal Federal – a necessidade da construção de um raciocínio complicado e, na maioria das vezes, “forçado”.

Para Dworkin, pretender encontrar o sentido da prática, então, é algo muito diverso de encontrar o sentido do legislador. A lei, para ele, deve ser considerada não só no seu texto, mas também em sua vida, desde o processo que se inicia antes mesmo que ela se torne lei.

Uma interpretação íntegra da lei será sempre sensível ao tempo, porque deve considerar outras decisões que o legislativo e os tribunais venham tomando sobre o tema. As mudanças de opinião pública e as circunstâncias (econômicas, ecológicas, políticas, etc.) serão englobadas na interpretação da lei.

E isso não era muito difícil de ser encontrado na jurisprudência brasileira. Conforme exposto no item 2 supra, há algum tempo os tribunais vêm decidindo a favor do reconhecimento dos direitos dos casais homossexuais. Primeiramente em caráter financeiro e comercial, depois enquanto direito individual e até como entidade familiar. Esse é o verdadeiro romance em cadeia que vinha

³⁰⁶ **Anais da Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>. Acesso em: 10 jul 2013.

³⁰⁷ Em referência à expressão cunhada pelo autor. DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Op cit, p. 416.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 416.

sendo escrito pela jurisprudência brasileira e que abria caminho à declaração do Supremo acerca da efetiva existência do direito individual fundamental dos homossexuais em constituir uma família tanto quanto quaisquer outros casais heterossexuais.

Ademais, é da própria Constituição Federal brasileira a afirmação – donde poderia ter sido extraída a declaração de direitos dos homossexuais em expressar livremente sua opção – de que os direitos individuais a que se deve respeito não são somente aqueles expressamente declarados por decisões históricas, mas também aqueles que se pode inferir dos princípios justificadores dos demais direitos expressos. É o que consta do § 2º do art. 5º da Constituição Federal: uma postura legitimamente íntegra da Carta política do país; uma opção do legislador brasileiro pela construção de uma democracia substancial e mais justa (tanto quanto possível).

CONCLUSÃO

Até meados do século XX o sistema teórico justificante da coerção do Estado – modelo positivista – dava grande importância às declarações parlamentares sobre o Direito, atribuindo nenhuma força normativa à Constituição. As garantias individuais defendidas eram aquelas que eventualmente houvessem sido “erigidas” à categoria de lei.

Veja-se, no entanto, que, após a Segunda Grande Guerra (e de toda a barbárie perpetrada pelo Poder Político) a Constituição assumiu um papel nunca dantes aventado. Numa aproximação com a visão norte-americana do papel da norma constitucional, os países europeus passaram a fortalecer a jurisdição constitucional, a fim de proteger direitos individuais mesmo em face do legislador.

O parâmetro de existência e validade das normas passa agora não só pelo crivo do princípio da legalidade – que pressupõe a adequação aos procedimentos previstos pela lei e à autoridade responsável por sua edição – mas também pelo crivo da constitucionalidade.

O afastamento que o positivismo promovera entre a ética/moral e a norma já não correspondia às pretensões humanitárias e civilizatórias enfrentadas no pós-guerra. O neoconstitucionalismo, assim, pretende reaproximar o Direito destes valores outrora relegados à categoria de extrajurídicos.

E, na pretensão de superação do paradigma reducionista de igualdade formal, as Constituições modernas estatuem o conceito de acesso à justiça no âmbito material, o que impõe a ampliação da pesquisa com relação a este direito, para considerar métodos de análise sociológicos, políticos, psicológicos e econômicos, por exemplo.

Veja-se, então, que a modificação na visão teórica que se tinha do próprio ordenamento jurídico e da ação contribuiu para a possibilidade de modificação também do paradigma de processo. As novas pretensões de satisfação dos direitos materiais protegidos pela Constituição Federal e pelas legislações infraconstitucionais exigiram do processo (e conseqüentemente dos procedimentos por ele adotados) uma maior flexibilidade.

E é nessa pretensão de se fazer justiça que o ativismo judicial passa a ser cogitado como uma possibilidade de expansão do acesso à justiça,

considerado em suas novas feições de efetividade de garantia dos direitos assegurados nas constituições modernas.

Tais fatores trouxeram ao órgão de cúpula do sistema jurisdicional brasileiro questões tais como a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), a verticalização das coligações partidárias (ADI 2626/DF e ADI 3685/DF), a vedação ao nepotismo (ADC 12/DF associada à súmula vinculante n. 13), a não recepção da lei de imprensa (ADPF 130/DF) e, recentemente, o reconhecimento da união estável e entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ).

O paradigma teórico escolhido neste trabalho para enfrentar tais questões, conforme demonstrado na introdução, foi o de Ronald Dworkin; não necessariamente pela defesa do ativismo (o que ele não faz), mas pela defesa de uma teoria do direito capaz de explicar bem estes “novos tempos”.

Dworkin, como se viu, tem uma ideia interpretativa do direito. Isso significa dizer que não se pode considerar que no direito haja apenas descrição ou apenas normatividade. A verdade das proposições não decorre tão simplesmente da ocorrência do um fato histórico – existência de uma lei ou decisão anterior que justifique a afirmação. Nem são simplesmente valorativas (no sentido de que as proposições em verdade afirmam aquilo que o juiz gostaria que o direito fosse, ou aquilo que ele deveria ser, ao invés de afirmar o que efetivamente é). O direito enquanto prática interpretativa recorre tanto a afirmações de veracidade histórica quanto valorativas. Não se trata, no entanto, de descobrir a intenção obscura do legislador, nem de emitir opiniões pessoais desvinculadas de quaisquer limitações principiológicas. É mais uma atividade complexa e gradativa de interpretação contínua da norma.

E é para melhor compreender a interpretação do direito conforme a integridade que Dworkin compara a interpretação da lei à interpretação literária. Como ilustração, o autor de vale do projeto do romance em cadeia. Suponha-se que há um grupo de romancistas aos quais é designada a tarefa de escrever um romance; cada um redige um capítulo sem saber o que virá depois. O romance, portanto, será formado por diversos capítulos redigidos por diferentes pessoas, que não tiveram acesso prévio às ideias que cada autor tinha sobre o romance. Ainda assim, para que seja efetivamente considerado um romance, e não uma coletânea de contos, os escritores devem preocupar-se em fazer do conjunto o melhor que

dele pode ser extraído, criando um todo coerente e coeso. O exemplo se adequa bem à resolução de casos difíceis no direito.

O juiz, quando se vê frente a um caso a ser solucionado, observa nas decisões passadas de seus antecessores tudo o que foi dito e decidido em casos similares. Toma conhecimento, portanto, do que já foi feito coletivamente, como se lesse o romance até o ponto em que ele se encontra. Olhando para trás, deve interpretar o que já foi realizado, de modo a poder retirar das decisões passadas uma motivação ou um propósito para a prática judicial ocorrida até então.

E quando posto frente a um caso controverso – em que dois princípios opostos podem encontrar apoio suficiente nas várias decisões do passado para oferecer, cada um a seu ver, a melhor interpretação para o direito – o juiz Hércules tem o dever de encontrar, se for possível, a interpretação que se adequa ao sistema vigente fazendo dele o melhor; deve encontrar aquela interpretação que sustenta um princípio mais sólido de justiça.

Num caso ainda mais fortuito, em que não haja sequer um princípio que possa localizar qualquer dessas interpretações como a melhor justificativa Hércules deverá recorrer à moral política. Analisará qual das duas interpretações mostra a comunidade da melhor forma, sob o ponto de vista da moral política. O juiz nada mais fará, nesse caso, que tomar uma decisão que dará vida e efeito prático a convicções políticas já difundidas na comunidade; até porque as decisões judiciais são em si mesmas atos da própria comunidade personificada.

Isso porque Dworkin defende uma concepção igualitária de liberalismo, em que o cidadão aceita as prioridades éticas da comunidade (porque se sente nela integrado), ainda que seja livre para proteger seus interesses próprios (aquilo que ele considera que torna sua vida boa).

E para simplificar toda a plêiade de conceitos teóricos demonstrados no trabalho, foi realizada a análise do julgamento da ADI 4277/DF em conjunto com a ADPF 132/RJ. Lá, foi enfrentada a questão do óbice constituído pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal quanto à declaração da união estável entre homossexuais. Naquela oportunidade, os ministros manifestaram seu entendimento de que a expressão dicotomizada no texto da Carta tinha por objetivo tão somente enfrentar a antiga referência patriarcal dominante na sociedade brasileira e colocar homens e mulheres em igualdade no âmbito da sociedade doméstica. Não havendo proibição da Constituição na formação da família entre pares do mesmo sexo, não

poderia também haver proibição do reconhecimento de união estável entre eles (que constituem, a final, família, entidade familiar).

Ocorre que esta não é uma interpretação que se coaduna com a visão do direito como integridade – muito embora Ronald Dworkin tenha sido citado mais de uma vez nos votos dominantes no julgamento.

Em comparação com um caso emblemático citado por Dworkin em sua obra *Império do Direito* (o caso Elmer), verifica-se que a pretensão de encontrar uma saída interpretativa que inclua os casais homoafetivos no dispositivo do art. 226 retro mencionado é, ao fim e ao cabo, uma tentativa de buscar a intenção escondida da lei, a intenção do legislador. Não é à toa que por diversas vezes no acórdão do Supremo se mencionou “o que o § 3º efetivamente queria dizer”. A tentativa de descrição dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica (que tomou certamente mais de uma centena de páginas de fundamentação do acórdão – que contém duzentas e setenta laudas) é o que tornava o “sentido oculto” do § 3º do art. 226 uma norma efetivamente em consonância com o espírito da Constituição.

O que se retira da análise de Dworkin – e nisso é absolutamente inegável o mérito de sua teoria – é que não é necessário realizar uma manobra interpretativa tão dificultosa para se reconhecer que há direitos individuais que, muito embora não incluídos no rol expresso das leis nacionais, ainda assim são merecedores de proteção. Isso porque quando se fala em minorias, seria equivocado imaginar que a maioria democrática se interessaria pela facilitação dessas garantias. E a própria história jurisdicional do país apontava para uma aceitação e reconhecimento de legalidade e ampla declaração de direitos dos casais homoafetivos. Tribunais Regionais e Estaduais já declaravam direitos civis, previdenciários e no âmbito do direito de família aos homossexuais. Bastava ao Supremo Tribunal Federal escrever o próximo capítulo do romance, olhando para as decisões políticas do passado e proferindo aquela que mais se coadunasse com as opções delineadas pela comunidade nas últimas décadas, conferindo um caráter íntegro ao direito.

Reconhecer o direito dos homossexuais em se relacionar como bem entendem é uma decisão coesa com o paradigma liberal igualitário de comunidade. O que não pode ocorrer é uma miscelânea de fundamentações que, justificadas por um ideal maior de justiça – se apoie em uma teoria equivocada de que os juízes

podem remexer a Constituição e, de forma oportunista, lá “encontrar” o que antes inexistia. Isso sim é ativismo judicial; e é contra o direito.

REFERÊNCIAS

1 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p. Tradução de: Theorie der Grundrechte.

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 24, n. 47, p. 81-97, dez/2003.

_____. **Direitos das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONNEL, Miguel (Org.). **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 259-278.

BARBOSA, Rui. **Trabalhos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1965. (Série Obras Seletas de Rui Barbosa XI 1849-1923).

BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In: **Temas de direito constitucional**, t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 10 fev 2013.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2008.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. v. 6, jul/dez 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2012.

CALSAMIGLIA, Albert. Dworkin y el enfoque de la integridad. Ronald Dworkin: Estudios en su homenaje. **Revista de Ciencias Sociales**, Valparaíso, n. 38, p. 45-68, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. 168 p.

CARBONNEL, Miguel (Org.). **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti (1903). In: **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Como el derecho se parece a la literatura. In: **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997. p. 143-180.

_____. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados. In: _____. **Liberalismo, constitución y democracia**. Buenos Aires: Isla de La Luna, 2004.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONNEL, Miguel (Org.). **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 13-29.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HAMILTON, A. Da inamovibilidade do Poder Judiciário. In: JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. cap. 78.

HOBBS, Thomas. **A dialogue between a Philosopher and a student of the Common Laws of England**. London: University of Chicago Press, 1997.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFFMANN, Florian F. Reflexões sobre Ronald Dworkin e a jurisprudência contemporânea. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et. al. (Org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 335-349.

JARDIM, Augusto Tanger. **Das nulidades processuais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20formatado.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2012.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Brasil, 9, dez. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>. Acesso em: 30 ago 2012.

LA VEGA, Augusto Martín. **La sentencia constitucional en Italia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARSHALL, John. (1755-1835). **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Série Arquivos do Ministério da Justiça. 432 p.

MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/795929/PDF/795929.pdf#search='re publica constituicao república constituicao constituicao república'>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILL, John Stuart. **On liberty**: annotated text sources and background criticism. New York : W. W. Norton, 1975.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Ativismo Judicial, Auto restrição Judicial e o Minimalismo de Cass Sunstein. **Diritto & Diritti**, v. 1, p. 1-21, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Una Filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. Edición digital a partir de **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, p. 347-387, 2003.

Primeira sondagem do IBGE aponta 60 mil casais gays no Brasil. **Correio Braziliense**. Disponível em:
<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2011/04/30/interna_brasil,250267/primeira-sondagem-do-ibge-aponta-60-mil-casais-gays-no-brasil.shtml>.
Acesso em: 11 jul. 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.) **Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 113-146.

STRECK, Lênio. Ativismo judicial não é bom para a democracia. [15 mar. 2009]. **Revista Consultor Jurídico**. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual – reflexões jurídicas. In: **Revista dos tribunais**/ Fasc. Civil, ano 92, v. 807, jan. 2003 p. 82-102.

Unites States Holocaust Memorial Museum. Nazi persecutions of homosexuals: 1933-1945. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/museum/exhibit/online/hsx/>>.
Acesso em: 23 jul. 2013.

VERNENGO, Roberto J. El derecho como interpretacion e integridad. Ronald Dworkin: Estudios en su homenaje. **Revista de Ciencias Sociales**, Valparaiso, n. 38, p. 17-44, 1993.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: IX SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST. Curitiba: ABDConst., v. 9, p. 143-155, **Anais...** 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 21 ago 2012.

2 REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar) 2332-2**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2332&processo=2332>>. Acesso em: 20 abr 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** (Processo físico). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (Med. Liminar) 54-8**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 18331/SP**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119904>>. Acesso em: 19 ago 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp 1077/RJ**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%40JULG+%3D+19840328%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 ago 2012.

EARL, J. **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

GRAY, J. **Riggs v Palmer**, 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

PEC 33/2011. 2013. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

Riggs v Palmer, 115 NY 506. Disponível em:

<http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

3 REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

Anais da Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>. Acesso em: 10 jul 2013.

BRASIL. **Código Civil** (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. **Código Civil de 1916** (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916). Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 jul 2013.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 17 jul 2013.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 17 mai. 2013.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 17 mai. 2013.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 18 jul 2013.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 jul 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, D.F., 28 mai 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Proposta de emenda à Constituição nº 33, de 2011. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, p. 26126, COL 02, 26 maio 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+3>

FEGHALI, Jandira. **Voto em Separado ao PDC 234/11 que susta a aplicação do parágrafo único do Art. 3º e o Art. 4º da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1/99, de 23 de março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. PELA REJEIÇÃO. Inteiro teor**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1052669&filename=VTS+1+CSSF+%3D%3E+PDC+234/2011>. Acesso em: 16 jul. 2013.

LUCENA, Roberto de. **Parecer do Relator, Dep. Roberto de Lucena (PV-SP), pela aprovação. Inteiro teor**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1048492&filename=PRL+1+CSSF+%3D%3E+PDC+234/2011>. p. 25-26. Acesso em: 16 jul. 2013.