



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

LUCIANE YUKIE FUJIKAWA VIEIRA

DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE  
DO VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO NA ADPF/132 À LUZ DA TEORIA  
POSITIVISTA DE H.L.A. HART E DA TEORIA PÓS-POSITIVISTA DE RONALD  
DWORKIN

Brasília

2012

LUCIANE YUKIE FUJIKAWA VIEIRA

DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE  
DO VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO NA ADPF/132 À LUZ DA TEORIA  
POSITIVISTA DE H.L.A. HART E DA TEORIA PÓS-POSITIVISTA DE RONALD  
DWORKIN

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Barbosa  
Musse

Brasília

2012

LUCIANE YUKIE FUJIKAWA VIEIRA

DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE  
DO VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO NA ADPF/132 À LUZ DA TEORIA  
POSITIVISTA DE H.L.A. HART E DA TEORIA PÓS-POSITIVISTA DE RONALD  
DWORKIN

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Barbosa  
Musse

Banca Examinadora

---

Professora Dr.<sup>a</sup> Luciana Barbosa Musse  
Orientadora

---

Professora Aline Albuquerque Sant'anna de Oliveira  
Examinadora

---

Professora Leyza Domingues  
Examinadora

Aos meus pais, Alberto e Mayumi, que me deram todo o apoio e suporte, sempre ensinando o valor do esforço e do conhecimento.

Aos meus irmãos, de sangue e de coração, André, Tarcísio, Beto e Fábio, que sempre me incentivam e inspiram ao lutar pelos seus sonhos.

À minha irmã, Luísa, minha alma gêmea; razão de muitas alegrias, sonhos e aventuras.

## AGRADECIMENTOS

Este projeto nasceu em outubro de 2008 durante o Congresso ESTADO, DIREITO E CONSTITUIÇÃO organizado pela Seccional OAB-DF, com uma palestra ministrada pela professora Maria Berenice Dias. Apesar de ter sofrido inúmeras transformações, o projeto possui o mesmo espírito incendiado pelo entusiasmo da ilustre palestrante; o de lutar por um mundo melhor. Dessa forma, agradeço imensamente à Professora Maria Berenice pelo incentivo e pela atenção, sempre respondendo às mensagens com muita presteza, conhecimento e simpatia. Um exemplo para todos nós.

Agradeço à minha orientadora Luciana Musse por **tudo**; pela inspiração inicial na sala de aula, por todo apoio e compreensão, orientando sempre com muita paixão, até o último minuto. Este trabalho não seria o mesmo sem você.

Agradeço ao Professor Eliardo Teles, pela compreensão, dedicação e apoio; todos fundamentais para este projeto.

Aos meus chefes queridos do NUPRE - Superior Tribunal de Justiça, Gleice, Tiago, Romina, Rubens e, especialmente, Taísa, que além de terem proporcionado uma primeira experiência profissional maravilhosa, sempre foram fonte de inspiração e conhecimento; obrigada por toda paciência e aprendizado – muitas vezes verdadeiras aulas – por todo carinho e incentivo. Este projeto também existe devido a vocês.

E por último, mas igualmente importantes, aos meus amigos, Jorge, Paulo e Rafael, pelo incentivo, puxões de orelha, discussões acaloradas e companhia, às vezes até durante a madrugada, apoiando nos momentos de angústia; e especialmente à Sandra, um porto seguro, sempre pronta com uma palavra de incentivo e de apoio, nunca me deixando desistir. Nem eu seria a mesma sem vocês.

Muito obrigada.

“Quanto mais diferente de mim alguém é, mais real me parece, porque menos depende da minha subjetividade.”

Fernando Pessoa

“Nossos políticos são uma desgraça, e o dinheiro é a raiz do problema.”

Ronald Dworkin

## **RESUMO**

O presente trabalho propõe uma discussão acerca da questão da legitimidade democrática das decisões judiciais, partindo das teorias positivista e pós-positivista, elaboradas por H.L.A. Hart e Ronald Dworkin, respectivamente, aplicadas diretamente a um caso concreto. Questiona-se então, o caráter democrático do reconhecimento da união homoafetiva como instituto do ordenamento jurídico brasileiro e a decisão na qual foi proferido, analisando-se a ADPF/132 proposta pelo Governador do Rio de Janeiro. E a partir daqui, se é um caso de Ativismo Judicial ou Judicialização da Política.

Palavras-chave: União Homoafetiva. Legitimidade democrática. Judicialização da Política. Hart. Dworkin.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 8  |
| <b>1 JUSPOSITIVISMO EM H.L.A. HART</b> .....                                      | 11 |
| 1.1. Do Jusnaturalismo ao Juspositivismo: uma introdução .....                    | 11 |
| 1.2. O Positivismo Suave de H.L.A. Hart .....                                     | 14 |
| 1.2.1. <i>O Conceito de Regra</i> .....   | 14 |
| 1.2.2. <i>O Bom Direito versus o Direito Justo</i> .....                          | 15 |
| 1.2.3. <i>Casos Difíceis: o poder discricionário do juiz</i> .....                | 18 |
| <b>2 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO EM RONALD DWORKIN</b> .....                         | 20 |
| 2.1. Introdução .....   | 20 |
| 2.2. O Modelo de Regras de Ronald Dworkin .....                                   | 21 |
| 2.2.1. <i>Regras, Princípios e Políticas Públicas</i> .....                       | 22 |
| 2.2.2. <i>Casos Difíceis: uma questão de princípio</i> .....                      | 23 |
| <b>3 DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO INSTITUTO JURÍDICO</b> .....                       | 27 |
| 3.1. Pré-compreensão do tema: o direito do casal homoafetivo .....                | 27 |
| 3.1.1. <i>União Estável</i> .....   | 28 |
| 3.1.2. <i>União Homoafetiva</i> .....   | 29 |
| 3.2. ADPF/132: um caso difícil .....  | 32 |
| 3.2.1. <i>Breve Síntese do Caso</i> .....   | 32 |
| 3.2.2. <i>Voto do Ministro Relator: a solução do caso difícil?</i> .....          | 33 |
| <b>4 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS</b> .....                 | 37 |
| 4.1. O Princípio da Igualdade como base da Democracia: uma virtude soberana ..... | 37 |
| 4.2. Da Legitimidade Democrática .....  | 40 |
| 4.3. Ativismo Judicial ou Judicialização da Política? .....                       | 42 |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....  | 46 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....  | 48 |

## INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 deu à Família um novo significado e uma nova garantia; o núcleo familiar não mais se restringirá a marido e mulher, ascendentes e descendentes, unidos para constituir família.

Recentemente, a Lei Maria da Penha foi além e revolucionando os Direitos Civil e Penal, criou novas possibilidades. Famílias não são mais caracterizadas pelo patrimônio, pelo nome ou sequer pelo sangue; família é a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”<sup>1</sup> sendo “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”<sup>2</sup>, resumindo-se, portanto, em “qualquer relação íntima de afeto”<sup>3</sup>.

A ideia original para esta pesquisa era em torno da possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Investigaria os motivos legais e extraleais para o impedimento da paridade entre casais heterossexuais e homossexuais. No dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a união estável homoafetiva, culminando na perda do objeto da ideia original, motivo pelo qual foi escolhida a ADPF/132 como caso concreto para ser analisado sob uma perspectiva jusfilosófica.

Valendo-se de poesias e enumerando Princípios Fundamentais, o excelentíssimo Ministro Ayres Britto fez uma defesa contundente dos direitos dos homossexuais e da necessidade de tratamento igualitário; uma vitória para a transformação do ordenamento jurídico brasileiro. Mas, até que ponto esta fundamentação é feita com base no ordenamento jurídico, em um critério de justiça abarcada pelo Direito brasileiro? Pois também se vislumbra uma situação em que seria possível negar esse direito aos homossexuais utilizando-se de princípios constitucionais como argumentos, a falta de previsão no próprio texto constitucional como um dos mais importantes.

Com esse pensamento, por meio de uma análise breve da evolução do pensamento jusfilosófico acerca do que configura uma norma jurídica e como é reconhecida dentro de um ordenamento, a inserção dos princípios como espécies de normas e as transformações sofridas pelo constitucionalismo, o presente trabalho ganha forma.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 226, §4º.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei Nº 11.340, Lei Maria da Penha, art. 5º, II.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei Nº 11.340, Lei Maria da Penha, art. 5º, III

O juspositivismo, ainda que por vezes, inflexível e limitado, é responsável pela organização jurídica que temos hoje. O pós-positivismo, filosofia que reuniu o Direito aos ideais de valores e justiça, proporciona abertura para novos ângulos de análise. A partir deles, passamos à análise das teorias formuladas por dois jusfilósofos cujos trabalhos são de inegável importância para o Direito.

Herbert Lionel Adolphus Hart<sup>4</sup> e Ronald Dworkin<sup>5</sup> são considerados uns dos maiores responsáveis pela transformação do paradigma positivista, onde o primeiro, pioneiro na elaboração de um sistema de regras, concluiu pela existência de uma regra de reconhecimento capaz de identificá-las, separando as normas jurídicas das regras sociais. O segundo, que partiu do elaborado por Hart, realizou uma nova sistematização das normas, reconhecendo a normatividade dos princípios e a separação entre regras e políticas públicas, sendo um dos principais juristas pós-positivistas. O diálogo Hart-Dworkin se faz essencial por demonstrar a evolução do paradigma jusfilosófico e por abarcar duas questões fundamentais na análise da legitimidade democrática das decisões jurídicas: a discricionariedade do juiz e os argumentos das decisões judiciais.

Este trabalho é pautado por meio do método dedutivo, através de técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando o voto proferido pelo Ministro relator da ADPF/132, Ministro Ayres Britto, como caso concreto, analisado a partir das teorias positivista de Hart e pós-positivista de Dworkin, a fim de investigar se uma decisão judicial, especialmente uma decisão da corte constitucional, possui legitimidade democrática, ao julgar um caso cuja matéria não foi tratada pelo legislador.

Nos dois primeiros capítulos analisaremos as teorias positivista e pós-positivista, partindo de suas origens históricas até o seu desenvolvimento por Hart e Dworkin, respectivamente. No terceiro, a partir do Voto do Ministro Ayres Britto, será feita uma análise da fundamentação acerca do reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico já a partir do diálogo Hart-Dworkin. E no quarto e último, com os três primeiros capítulos como

---

<sup>4</sup> H.L.A. Hart (1907-1992), jusfilósofo inglês precursor no desenvolvimento de uma teoria juspositivista nos marcos da filosofia analítica, tendo assumido a cátedra de Jurisprudence (Teoria Geral do Direito) em Oxford. Publicou estudos sobre a responsabilidade jurídica (causalidade e imputação), o direito penal e a história do pensamento jurídico, tendo dedicado o período de 1969 a 1973 para investigar a obra de Jeremy Bentham. Sua principal obra, *O Conceito do Direito*, analisada no presente estudo, transformou a Teoria Geral do Direito.

<sup>5</sup> Ronald Dworkin (1931), jusfilósofo estadunidense é responsável por uma das principais visões contemporâneas da Teoria Geral do Direito, conhecida como teoria do direito como integridade. Foi sucessor de Hart em Oxford, e é professor de Jurisprudence e Filosofia do Direito na New York University e na University College London. Foi o principal crítico da teoria elaborada por Hart, motivo pelo qual o diálogo Hart-Dworkin é essencial para o desenvolvimento da Teoria do Direito.

embasamento teórico, analisaremos a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais.

## 1 JUSPOSITIVISMO EM H.L.A. HART

### 1.1. Do Jusnaturalismo ao Juspositivismo: uma introdução

Fundado na existência de um direito natural, o jusnaturalismo<sup>6</sup> consiste na ideia de que há um conjunto de valores que independem do direito positivado, do direito emanado pelo Estado<sup>7</sup>. Ao contrário do juspositivismo que é legitimado pelo Estado, o jusnaturalismo seria legitimado por uma ética superior<sup>8</sup>, de modo a estabelecer limites à própria norma estatal:

A crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta<sup>9</sup>.

Partindo das interpretações encontradas em Sófocles e Aristóteles, têm-se os primeiros casos do direito natural como lei natural. Nas fases das Idades Média e Moderna, a base do direito natural firmada como teológica começa a se modificar e as transformações sofridas pela sociedade a fazem buscar outras formas de organização. O seu apogeu, com o Iluminismo e o Estado Liberal, é também o início da transformação do pensamento; “considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”<sup>10</sup>:

As ideias desenvolvidas no âmbito da filosofia ocidental haviam se incorporado de uma forma sem precedentes à realidade jurídica. Talvez por isso mesmo, tendo absorvido os elementos propostos pela reflexão filosófica, o direito haja presumido demais de si mesmo, considerando que podia agora prescindir dela. De fato, curiosamente, a sequência histórica reservaria para o pensamento jusfilosófico não

<sup>6</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (primeiras lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 693-694: O direito natural, como Direito, possui duas acepções: é tanto teoria, uma forma de entender o fenômeno jurídico, quanto resultado da teoria. Dessa forma, enquanto teoria crítica da legislação, o jusnaturalismo é uma forma de filosofia do direito onde confrontados “natureza” e “autoridade”, é possível evidenciar os seguintes postulados: dualidade, derivação, caráter universal, cognoscibilidade e limite à atividade do legislador, sendo este último parte da crença de que o direito natural desautoriza a autoridade legislativa que o viola.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 6, setembro 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2012, p 22-23.

<sup>8</sup> SGARBI, op. cit., p. 693-694: Conceito elaborado por Santo Tomás de Aquino que dividiu a lei em quatro graduações: a **lei eterna**, sendo a ordem do universo, conhecida apenas por deus e os eleitos dignos por ele; a **lei divina**, para guiar os homens; a **lei natural**, que parte da lei eterna, com os deveres a serem seguidos pelos homens; e a **lei humana**, criada por um legislador, de forma derivada da lei natural. Para Tomás de Aquino, não seriam nem a lei natural nem a humana, mas sim a divina, aquela encontrada no Evangelho, a lei positiva de deus.

<sup>9</sup> BARROSO, op. cit., p. 24.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 26.

apenas um novo nome – filosofia do direito – como também mais de um século de ostracismo<sup>11</sup>.

Ainda na idade moderna, Thomas Hobbes, no limiar entre o naturalismo e o positivismo, é o primeiro a inserir a ideia de coação da lei; não negava a existência de um direito natural, mas defendeu que com o estado civil, a lei humana munida de coatividade, cujo poder de punir pertencia a um soberano, seria capaz de obrigar os homens. Sgarbi coloca que:

É exatamente o ideal de codificação, e a crescente assunção da produção normativa pelo legislativo, que conduzirá o jusnaturalismo moderno ao seu exaurimento, pois o conceito de ‘lei natural’ do racionalismo moderno é a matriz do modelo de ‘lei positiva’ das codificações oitocentistas<sup>12</sup>.

O Estado agora com a função primordial de “fornecer um padrão objetivo de resolução de conflitos, a lei”<sup>13</sup>, que passa a ser identificada como tal não pelo seu conteúdo, mas por ter origem no soberano, inicia o “império da lei” como condição de coexistência pacífica<sup>14</sup>. Cumprida a função de estabilizar a sociedade, o Estado Absolutista tornou-se obsoleto e um risco para a burguesia, que temerosa pelo seu poder de coação, fez surgir o Estado Liberal. Este nasce com a pretensão de garantir um ideal de segurança em nível superior ao que foi necessário no Estado Absolutista: as principais necessidades da sociedade estavam concentradas agora, na segurança e proteção do indivíduo contra as ações do Estado; a lei permanece como centro, mas a partir do direito e não mais da força; “o conceito positivista de direito nasce do esforço de compreensão do direito do Estado Liberal”<sup>15</sup>.

Um dos pensadores de maior importância desse período é Montesquieu que com base em John Locke, no Espírito das Leis elaborou a Teoria da Separação dos Poderes<sup>16</sup>, fundamental para o presente estudo. Daniel Giotti de Paula, ressalta, no entanto que a “preocupação inicial de Montesquieu era, antes, impedir que a mesma pessoa ou o mesmo grupo ocupasse mais de um poder; e não, propriamente a pretensão contemporânea de uma

<sup>11</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais. Revista Forense, 351/3, p. 10.

<sup>12</sup>SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (primeiras lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 711.

<sup>13</sup>BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo (Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart)**. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 14.

<sup>14</sup>Ibidem, p. 13-14.

<sup>15</sup>Ibidem, p. 18.

<sup>16</sup>Adiante retornaremos a esta teoria.

separação entre as diversas funções estatais”<sup>17</sup>. Como o foco deste trabalho não é examinar todos os períodos filosóficos, podemos resumir como principais características do Iluminismo: a separação dos poderes, a garantia dos direitos individuais, a representação política, a subsunção como interpretação e aplicação da lei ao caso concreto e a separação entre direito e moral<sup>18</sup>. Esta última será fortalecida no século XIX com a filosofia positivista, que na pretensão de dar ao direito características das ciências exatas, com “a busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais<sup>19</sup>”.

No Estado Liberal, “a criação do direito, porém, não fica ao arbítrio daqueles que exercem o poder soberano, mas deve ocorrer no modo previsto pelo próprio sistema”<sup>20</sup> e será este direito o tema do positivismo, que tem como um dos principais representantes Kelsen, Ross e Hart.

Adrian Sgarbi separa o positivismo jurídico em três teses centrais: a de que o direito é produto de atividade humana, a de que ele impõe obrigações e a de que estas não são deveres morais. Diz ele:

O interessante é que apesar da relativa clareza dessas teses não raro tem-se dito mais do que é possível se dizer sobre o positivismo jurídico com o intuito de rechaçá-lo. Isso porque, e este é um aspecto relevante do debate, tem-se afirmado, muito inadvertidamente, que da tese da “separação entre direito e moral” apenas se pode concluir que o positivismo jurídico “defende uma postura valorativamente neutra” ou, mesmo, postula serem os aplicadores que “aplicam qualquer coisa” apenas porque o legislador assim produziu.<sup>21</sup>

Hans Kelsen com seu normativismo jurídico e Teoria Pura do Direito foi o ponto culminante do positivismo, baseando-se em duas teses fundamentais: enquanto teoria positivista do direito, a separação do direito da moral, sendo independente dos preceitos morais do direito natural, o direito deveria ser independente da teoria da justiça; e por outro lado, enquanto teoria normativista propriamente dita, distinguir o direito do poder<sup>22</sup>. Aqui, o

<sup>17</sup>DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p.275.

<sup>18</sup>SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (primeiras lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 722.

<sup>19</sup>FASSÓ, Guido. **Neojusnaturalismo**. In: BOBBIO, Norberto (Org.). **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: UnB, 2000, p. 657.

<sup>20</sup>BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo (Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart)**. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 16.

<sup>21</sup>SGARBI, op. cit., p. 716.

<sup>22</sup>BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005, p. 199.

ordenamento jurídico é uno e completo, contendo conceitos e instrumentos suficientes para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas<sup>23</sup>.

Ross, por sua vez, defende que o direito deve ser uma ciência empírica, voltada a estudar os fenômenos sociais. Fortemente antimetafísico, tem como preocupação “a norma suprema do ordenamento, que ele chama de norma básica, [que] é vista simultaneamente como um fenômeno ideológico e como exigência epistemológica”<sup>24</sup>.

A compreensão do direito por Hart, destoando do positivismo de Kelsen e Ross, assume uma “postura teórica que considera todas as mais relevantes teorias do direito e da ciência jurídica do nosso século, pretendendo distinguir-se de cada uma delas”<sup>25</sup>. Gianluigi Palombella faz uma abordagem original de Hart e o descreve assim:

A teoria e a filosofia do direito de Hart constituem uma guinada no que diz respeito à contraposição e, em certa medida, à incomunicabilidade entre civil Law e common Law e entre pensamento continental e pensamento anglo-saxônico. De fato, fica bem evidente que jurisprudence analítica e kelsenismo, heranças austrianas e positivismo normativista, na obra de Hart, são entrelaçados e submetidos a revisões. Sobretudo o discurso sobre o direito não tem nenhuma relação com a metodologia formalista que parecia ter-se tornado um pré-requisito de sua cientificidade. Por fim, o direito em Hart ganha fisionomia mais contemporânea, vem a refletir, em múltiplos aspectos, as modificações históricas que afetaram o Estado do século XX, tornando-o diferente do Estado que servira de ponto de referência a Kelsen.<sup>26</sup>

Vislumbra-se assim, um positivismo jurídico diferente dos demais. Hart explicitamente se denomina um “soft positivist” (positivista suave), esclarecendo que “enquanto possam existir alguns sistemas jurídicos nos quais o teste fundamental para o direito seja uma questão de fato social, existem outros que necessitam de um julgamento moral”<sup>27</sup>.

Feita uma introdução para entendermos a construção do seu raciocínio, passemos a ele.

## 1.2. O Positivismo Suave de H.L.A. Hart

### 1.2.1. *O Conceito De Regra*

<sup>23</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 6, setembro 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2012, p. 28.

<sup>24</sup>BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo (Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart)**. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 27-28.

<sup>25</sup>PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 243.

<sup>26</sup>Ibidem, p. 243.

<sup>27</sup>GREEN, Leslie. **The Concept of Law Revisited**. Michigan Law Review, Vol. 94: 1687. Michigan: May, 1996. Disponível em: <[http://osgoode.yorku.ca/osgmedia.nsf/0/eab814622fd687b8852571cd006f34f5/\\$file/michigan-v94.pdf](http://osgoode.yorku.ca/osgmedia.nsf/0/eab814622fd687b8852571cd006f34f5/$file/michigan-v94.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2011, p. 1705 (tradução livre).

Em *O Conceito de Direito*, Hart logo no início questiona um ponto que será crucial para o resultado desta pesquisa: “O que são regras? Os tribunais realmente aplicam as regras ou meramente fingem fazê-lo?”<sup>28</sup>.

Primeiramente, Hart defende que as regras são divididas em **primárias**, que seriam aquelas que impõem os deveres, e que por força delas é que se exige a abstenção de certas ações<sup>29</sup>, e em **secundárias**, que seriam as que estipulam os critérios de criação e modificação das regras primárias<sup>30</sup>.

As regras secundárias seriam obrigatórias porque um determinado grupo de pessoas as aceita como padrão de conduta, condenando quem não as observa, e as primárias, porque, ao observarem as regras secundárias, tornar-se-iam válidas por obedecerem às normas. Hart argumenta que um sistema constituído apenas de regras primárias não é um sistema jurídico. Que apenas com a existência de regras que estipulem sua aplicabilidade é que teremos um conjunto de regras, sendo, portanto, necessária uma regra secundária fundamental que seja capaz de reconhecer as regras primárias.

### 1.2.2. *O Bom Direito versus O Direito Justo*

Uma das perguntas importantes, no entanto, é outra: “o bom direito exprime algo diferente e mais abrangente do que o direito justo?”<sup>31</sup>. Se tomarmos como bom direito aquele influenciado diretamente pela moral positiva e o direito justo como aquele observador da lei e dos princípios gerais, e reformularmos a pergunta da seguinte forma: o direito influenciado pelo interesse da sociedade exprime algo diferente e mais abrangente do que o direito legalmente formulado?

A resposta que Hart dá é dividida em quatro etapas. Primeiro, é preciso compreender o que seria a moral positiva e o que seria a moral crítica. Ele conceitua a primeira como a moral aceita e compartilhada por um determinado grupo social, e a segunda como uma crítica moral sobre a coerção legal da moralidade, ou seja, uma visão crítica baseada num conceito superior e externo de moral sobre a possibilidade da coerção legal da moralidade (ou seria uma coerção moral da legalidade?).

<sup>28</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 13.

<sup>29</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 32.

<sup>30</sup>Ibidem, p. 31.

<sup>31</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 33.

A partir desses conceitos, seria necessário, em segundo lugar, analisar se uma norma formulada observando todos os parâmetros legais poderia estar impedida de ser condenada por padrões e princípios morais. Hart menciona Kelsen, que definiu que o Direito só é válido se for eficaz, e só é eficaz se for aplicado de forma coercitiva, argui que necessariamente estaríamos presos a uma discussão dogmática entre obedecer à lei ou desobedecer para acatar um princípio moral. Um problema a se levantar nessa conjectura é que ao impossibilitar a condenação moral de uma lei, não estaríamos infringindo outro direito fundamental? Ou outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão ou a própria base de toda argumentação, a liberdade?

Antes de responder, passemos a próxima etapa, qual seja definir o que é condenável na coerção moral. Hart apresenta dois aspectos: a punição efetiva que priva o indivíduo de sua liberdade e “o constrangimento à obediência, em face da ameaça” de perda da liberdade. Ao praticar a coerção moral de uma conduta, punindo os agentes e constrangendo os demais sob a ameaça de serem punidos ataca diretamente o direito de livre escolha do indivíduo, direito esse, fundamental a uma vida digna. Hart defende que a livre escolha é um valor e por isso deverá ser necessariamente protegida como tal:

O exercício, pelos cidadãos, do direito de livre escolha deve ser protegido como um valor em si, contra o qual não pode, *prima facie*, ser oposta interferência; deve ser considerado valioso porque permite às pessoas experimentarem – ainda que com o sacrifício da vida – e descobrirem coisas apreciáveis para elas e para as demais <sup>32</sup>.

Preocupado em esclarecer que apesar de muitas vezes a interferência na liberdade individual ser um mal necessário, a coerção causa, e frequentemente de forma intensa, um sofrimento derivado da frustração pelo temor da punição, principalmente na hipótese da coerção legal sobre a moral sexual, a saber:

As dificuldades que envolvem a repressão dos impulsos sexuais e as consequências dessa repressão são bastante diferentes dos fatores que levam a prática do delito ‘comum’. Ao contrário dos impulsos sexuais, o impulso para roubar ou para lesionar, ou mesmo matar, não é, salvo numa minoria de casos de anormalidade mental, uma constante e insistente parte da vida diária. A resistência à tentação de perpetrar esses crimes não é frequente; o mesmo não se dá com a supressão dos impulsos sexuais, porquanto se apresentam como algo que afeta o desenvolvimento ou o equilíbrio da vida emocional do indivíduo, sua felicidade, sua personalidade<sup>33</sup>.

<sup>32</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 47-48.

<sup>33</sup>Ibidem, p. 48.

E em quarto e último lugar, é necessário identificar qual a moral a ser imposta. “Deve tratar-se, apenas, de uma moral utilitária, condenando atividades nocivas aos demais? Ou aceitar uma moral que também condena certas atividades, sejam prejudiciais ou não?”<sup>34</sup>.

Hart utiliza como exemplo a distinção entre o que é despertado, ofensa à moralidade ou ofensa à decência pública, ao ser praticada uma conduta socialmente reprovável, na hipótese de prática em local público ou em particular. Ele argumenta que uma relação sexual entre um marido e mulher não é imoral, mas se ocorrida em local público, passa a ofender a decência. Já a relação entre um casal homossexual é, em contrapartida, do ponto de vista da moral positiva, imoral, e desde que praticado na intimidade, pode até ser tolerado de modo a não afrontar a decência.<sup>35</sup> Hart diz que por esse motivo, é inútil insistir na distinção entre o que se faz intimamente ou em público. A questão principal é a configuração do aspecto imoral independente do local em que é praticada quando se trata de pessoas do mesmo sexo.

Mas a questão da moral positiva defendida por ele merece atenção especial.

Hart argumenta que aquele que aceita a hipótese de que “quando insiste em que é moralmente permitido impor a moral, como tal, acredita que o simples fato de que certas regras ou padrões de comportamento desfrutam a condição de uma moral positiva da sociedade, os aceita como a razão que justifica sua imposição pelo direito”, e assim cria um dogmatismo tautológico onde usa como justificativa a própria condição pela qual ela ocorre.

Então, “o bom direito exprime algo diferente ou mais abrangente que o direito justo”? A resposta é sim. E não. O direito influenciado pela moral positiva não é, necessariamente, um mal, da mesma forma que o direito despido de influência moral não é incompleto ou inacabado perto do primeiro.

Para responder ao que deve ser punido por ofender a moral, e inúmeras condutas que a ofendem merecem ser punidas, Hart assim coloca:

Só a conduta fortemente considerada imoral, deverá, então, ser punida. É importante não confundir esse argumento com a tese de que a preservação de uma moral sexual existente é, por si, um valor justificativo da coerção. O presente argumento invoca como suporte da repressão legal da imoralidade, não os valores morais, mas o

<sup>34</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 48.

<sup>35</sup>Hart cuida deste assunto em *Direito, Liberdade, Moralidade*, cuja primeira edição data de 1968.

próprio princípio de Mill, segundo o qual a coerção pode ser usada, de modo justificável, para prevenir possível dano a outros. Variadas objeções podem ser opostas ao uso desse princípio. Pode-se dizer que a ofensa ocasionada pelo exibicionismo conduz a ideia de que outros que estejam ofendendo, na intimidade, à moralidade, não estão, na verdade, causando qualquer ‘dano’, salvo em pessoas neuróticas ou hipersensitivas [...]. Outros podem admitir tal situação como prejudicial aos costumes, mesmo no caso de pessoas normais, ainda que devam pensar, e possam argumentar, que só um demasiado desrespeito poderia justificar o grande infortúnio de exercitar-se a coerção legal da moral sexual.<sup>36</sup>

Hart argumenta que punir pelo simples fato de que não se gosta do que fazem, equivale a punir simplesmente por desaprovar o que fazem, e a única liberdade possível com essa linha de pensamento é aquela que permite fazer o que ninguém desaprova, o que é impossível. “O reconhecimento da liberdade individual como um valor, envolve, como um mínimo, a aceitação do princípio de que o indivíduo pode fazer o que deseja, mesmo que outros fiquem infelizes ao perceber o que ele faz – salvo se, evidentemente, existem outros bons motivos para impedi-lo”<sup>37</sup>.

É, obviamente, um absurdo o entendimento pelo qual se pretende manter a continuidade de uma ordem social, ao fundamento, recusável, de que qualquer mudança na moral compartilhada representa, sem mais, uma ameaça a sua própria existência. [...] No entanto, ainda que a moral convencional mudasse, na hipótese, a sociedade em questão não seria destruída ou ‘subvertida’. Poderíamos atribuir tal câmbio à marcha dos acontecimentos, não à deposição de um governo, mas a uma mudança constitucional, pacífica em sua ordem, e harmônica, não apenas com a preservação de uma sociedade, mas com o seu evolver.<sup>38</sup>

### 1.2.3. *Casos Difíceis: Poder Discricionário Do Juiz*

Hart defende ainda, que “quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu **poder discricionário** para decidir mediante a criação de uma nova legislação”<sup>39</sup>, argumentando que as regras possuem, portanto, uma **textura aberta**, uma característica inerente à linguagem e ao pensamento humano, comportando assim, inúmeros significados que deverão ser desenvolvidos pelos tribunais, “os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”<sup>40</sup>. Ele afirma que em “qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente, a determinado ponto, nenhuma decisão

<sup>36</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 68.

<sup>37</sup>Ibidem, p. 69.

<sup>38</sup>Ibidem, p. 73.

<sup>39</sup>Ibidem, p. 49.

<sup>40</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 148.

em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito”<sup>41</sup> (grifo nosso) e por isso, apresenta-se como incompleto.

Hart, portanto, argumenta que um juiz não terá poder discricionário quando existir uma regra clara, somente quando tiver uma regra vaga, característica essa ligada a sua textura aberta. Mas acrescenta que, no entanto, os juízes não utilizariam essa discricionariedade como bem entenderem por três motivos<sup>42</sup>: o primeiro defende que os princípios não são necessariamente obrigatórios; o segundo, por sua vez, afirma que “mesmo se alguns princípios forem obrigatórios, não poderão prescrever um resultado particular”<sup>43</sup>, e o terceiro, em último lugar, afirma que “princípios não podem valer como lei, pois sua autoridade e mais ainda seu peso são intrinsecamente incontroversos”<sup>44</sup>.

Ou será que ‘a admissão de que uma norma é uma regra legal válida impede que essa norma possa ser condenada segundo os padrões e princípios morais’? Possivelmente poucos dos que me ouvem podem entender a eventual existência de uma contradição ou de um paradoxo na afirmativa de que uma regra legal considerada válida venha a colidir com princípios morais, pretendendo um comportamento contrário àquele exigido pela normal legal.<sup>45</sup>

Ele conclui que o poder de criação do direito que ele reconhece terem os juízes, é diferente do que possuem os legisladores: “não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, [...] ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala”<sup>46</sup>. Esse poder de criação, no entanto, não poderá ser exercido de forma arbitrária, defende ele. O juiz “deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores”<sup>47</sup>.

Antes de analisarmos a conclusão de Hart para os casos difíceis, é necessário estudarmos a teoria pós-positivista de Dworkin, seu principal crítico.

---

<sup>41</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 335.

<sup>42</sup>Ibidem, p. 57-58

<sup>43</sup>Ibidem, p. 57-58.

<sup>44</sup>Ibidem, p. 57-58.

<sup>45</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 32.

<sup>46</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 336.

<sup>47</sup>Ibidem, p. 336.

## 2 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO EM RONALD DWORKIN

### 2.1. Introdução

Como visto no capítulo anterior, o positivismo inspirou as revoluções burguesas, tornando-se a principal corrente jurídica durante o século XIX. “Com o Segundo Pós-guerra, tornou-se evidente a insuficiência do positivismo”:

No plano epistemológico, caiu por terra a separação absoluta entre o sujeito e o objeto do conhecimento que embasava a defesa de uma descrição acrítica e asséptica do direito. Percebeu-se que a pré-compreensão do sujeito influi e ajuda a determinar o resultado de sua investigação. No plano filosófico, as experiências totalitárias do século XX tornaram evidente que o direito apto a assumir qualquer conteúdo, pode ser o instrumento do arbítrio. O resultado disso foi a retomada do compromisso com a validade substantiva do direito – esquecido desde o declínio do pensamento jusnaturalista.<sup>48</sup>

Thiago Magalhães Pires, ressalta que “a superação do positivismo não deve ser compreendida como o completo abandono instrumental teórico desenvolvido pela doutrina positivista”<sup>49</sup>. Ele lembra que as contribuições do positivismo, como a transformação do pensamento jurídico, a incorporação deste a elementos do Estado Democrático de Direito, segurança, objetividade e a separação dos poderes, por exemplo, permanecem relevantes até hoje.

Luís Roberto Barroso, ao falar do pós-positivismo, diz que “a ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida”<sup>50</sup>. Mas, por outro lado, argumenta que o Direito agora se encontrava impregnado pelo discurso científico. Como uma superação do conhecimento convencional, surge o pós-positivismo, guardando o ideal positivista mas a ele introduzindo os ideais de valores, de justiça e de legitimidade.

Não só o Segundo Pós-guerra, como também, a redemocratização promovida pela Constituição Federal, marcada pela normatividade dos princípios, manifestam-se como pós-positivismo, o marco filosófico do neoconstitucionalismo<sup>51</sup>.

<sup>48</sup>PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo Sem Trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 32.

<sup>49</sup>Ibidem, p. 36.

<sup>50</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 6, setembro 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf)>.

Acesso em: 10 fev. 2012, p. 30.

<sup>51</sup>PIRES, op. cit., p. 30.

Como problemas decorrentes deste instituto, podemos citar a constitucionalização de tudo<sup>52</sup>, expansão da atuação do Judiciário, e a consequente violação dos limites de sua competência, abrindo espaço para o subjetivismo.<sup>53</sup> Exploraremos melhor esses pontos no último capítulo.

Ronald Dworkin é considerado um dos principais filósofos do pós-positivismo, não só por ser o principal crítico de Hart, que já não se enquadrava nos moldes do positivismo jurídico, mas por ter sido o primeiro a reconhecer a normatividade dos princípios.

Passemos então, a uma análise do Modelo de Regras e Princípios de Ronald Dworkin, que foi criado em diálogo contra a teoria positivista de Hart.

## 2.2. O Modelo De Regras De Dworkin

### 2.2.1. Regras, Princípios e Políticas Públicas

No pós-positivismo, a Constituição deixa de ser apenas uma norma fundamental do Estado e passar a ser um sistema aberto de princípios e regras onde o ideal de obtenção de justiça e proteção efetiva dos direitos fundamentais desempenham papel central.

Dworkin, ao dialogar com o positivismo de Hart, primeiro define que:

É errado pressupor que o Direito possua um conjunto de objetivos dominantes, no sentido de que todos os aspectos dele devem ser talhados para ajustar-se perfeitamente a tais objetivos. Ao perseguir os propósitos, deve submeter-se a princípios que podem limitar sua eficiência para alcançar aqueles objetivos.<sup>54</sup>

E então, combate a ideia de que, como pôde ser inferido do primeiro capítulo, os juristas “ao debaterem direitos e obrigações, recorrem a princípios e políticas” e o positivismo, ao se focar apenas nas regras, ignora aqueles.

Dworkin define **políticas** como tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, e princípios como padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade<sup>55</sup>. Princípios, diz ele, enunciam uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas ainda

<sup>52</sup>PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo Sem Trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 37: relacionado à “forte carga axiológica dos preceitos constitucionais”.

<sup>53</sup>Ibidem, p. 37-43.

<sup>54</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.14.

<sup>55</sup>Ibidem, p. 34-36.

necessita de uma decisão particular<sup>56</sup>, e assim, estariam caracterizados por sua importância e pela dimensão de seu peso. “Ao intercruciar dois princípios diferentes, para resolver o conflito, deve-se levar em conta a força relativa e a importância de cada um”<sup>57</sup>. Já as regras “são funcionalmente importantes (ou desimportantes), mas enquanto integrantes de um sistema, não se pode dizer que uma é mais importante que outra. Se duas regras entram em conflito, necessariamente, uma delas não é válida”<sup>58</sup>.

Partindo dessa ideia, Dworkin defende que “o tribunal deve levar em consideração vários outros princípios e políticas para determinar se uma proibição em circunstâncias determinadas é *não razoável*”<sup>59</sup>. E ainda, argumenta que “o tribunal deve levar em consideração vários outros princípios e políticas para determinar uma proibição particular”<sup>60</sup>, a saber:

Quando uma regra inclui um desses termos, faz com que sua aplicação dependa de princípios que extrapolem a própria regra. Essa utilização faz com que essa regra se assemelhe a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra.<sup>61</sup>

Ele defende ainda, que o papel dos princípios pode ser dividido em duas possibilidades, onde, ou cabe aos princípios serem tratados iguais às regras, possuindo obrigatoriedade de lei e devendo ser levados em conta no julgamento de obrigações jurídicas, ou negar sua obrigatoriedade, que seria a visão positivista, permitindo que o juiz vá além das regras, quando estas forem insuficientes para o caso concreto, aplicando “princípios extralegais”<sup>62</sup>, utilizando princípios, em sua opinião, como verdadeiras práticas discricionárias.

Para definir quais princípios aplicar, portanto, Dworkin defende que deverá haver uma ponderação sobre quais conjuntos de princípios deverão ser aplicados. Conjuntos de princípios, pois jamais devem ser aplicados sem observar os demais e assim poderão ditar um resultado, o que não é possível ao princípio aplicado individualmente. “Ao ficar claro que o juiz tem a obrigação de aplicá-los, ficam excluídos os demais”, demonstrando sua necessária obrigatoriedade.

---

<sup>56</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

<sup>57</sup>Ibidem, p. 42.

<sup>58</sup>Ibidem, p. 43.

<sup>59</sup>Ibidem, p. 45.

<sup>60</sup>Ibidem, p. 45.

<sup>61</sup>Ibidem, p. 45.

<sup>62</sup>Ibidem, p. 46-47.

Para Dworkin, a proposição defendida por Hart de que quando não há regra clara, pode-se usar o poder discricionário, é tautológica; ou seja, seu fundamento é sua própria afirmação, incorrendo inclusive em controvérsia em relação a qual sentido de poder discricionário utiliza.

Ele argumenta que o poder discricionário “só está perfeitamente à vontade quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”<sup>63</sup>. Dessa forma, existem três sentidos nos quais ele pode ser entendido. Os dois primeiros, aos quais ele denomina fracos, são aqueles onde os princípios não podem ser aplicados de forma mecânica, e portanto, exigindo uma interpretação do juiz, e o terceiro, que ele denomina forte, onde não há princípios que a limitem.

De forma concisa, Dworkin buscou mostrar que primeiro temos o argumento de que só caberá a discricionariedade se a regra for vaga – que Hart chama de textura aberta – que, por essa característica, são regras e que mesmo juízes excelentes poderão chegar a conclusões distintas na interpretação dessas lacunas, ficando demonstrada a necessidade daquela. Hart defende então que os princípios não são obrigatórios, podendo ser utilizados como práticas a serem adotadas, incorrendo claramente no sentido forte de discricionariedade. Dworkin conclui que afirmar que o juiz possui esse poder discricionário é o mesmo que dizer que não havendo regra que cuide da matéria, ele poderá usar de seu livre arbítrio para decidir, sem ter de obedecer a limite algum.

É interessante e necessário questionar se é papel do Estado defender qualquer ponto de vista num embate moral; é função do Estado determinar com quem devemos ou não casar?

### 2.2.2. *Casos Difíceis: uma questão de princípio*

Diferenciados princípios das regras, Dworkin observa a existência de dois tipos de argumentos na prática de decisões judiciais que extrapolam o direito positivo: **argumentos baseados em princípios** e **argumentos baseados em políticas públicas**. Aqui, portanto, começa a se mostrar essencial a distinção entre princípios e políticas públicas previamente apresentada. Enquanto o uso de princípios morais como argumento seria, por

---

<sup>63</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50.

exemplo, uma exigência de justiça e equidade, os argumentos de política se justificam “mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”<sup>64</sup>.

Dessa forma, analisemos então como Dworkin sugere que os juízes lidem com os casos difíceis; aqueles casos que não se enquadram a regras de direito claras.

Os positivistas, observa ele inicialmente, defendem que quando uma regra não puder ser submetida a uma norma jurídica positivada, nascerá para o juiz uma abertura, um poder discricionário, limitado pelo direito positivo como um todo, que permitirá que um caso difícil seja solucionado, como argumentou o próprio Hart. No entanto, Dworkin acrescenta que mesmo nesses casos, o juiz continua tendo o dever de descobrir a quem pertence o direito, sem inventar novos direitos e aplicá-los retroativamente<sup>65</sup>.

Ele vai dizer que princípios são convicções que guiam todas as formas de interpretação do direito, não apenas dos casos difíceis:

Só assim o constitucionalismo pode fortalecer a democracia. E só assim a jurisdição constitucional pode exercer a sua mais autêntica função, que é a de garantir que, mesmo contra a opinião das maiorias, existem princípios de moralidade política que devem ser respeitados por questão de princípio. [...] Se nos casos difíceis a escolha de uma entre várias soluções jurídicas possíveis pela decisão jurídica é uma escolha política, então a decisão jurídica precisa assumir seu caráter político e utilizar tanto argumentos de política quanto argumentos de princípio, mas prevalecendo sempre os argumentos de princípio. [...] Por isso que os princípios são como promessas das maiorias às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas independentemente dos objetivos políticos traçados democraticamente pelas maiorias. [...] Levar os direitos a sério significa reconhecer o caráter político de toda decisão jurídica e assumir que o direito é uma atitude interpretativa e não uma mera questão de sintaxe ou semântica lógica.<sup>66</sup>

A questão de se os juízes descobrem ou criam direito torna-se inútil, conclui ele; “afirmações jurídicas são opiniões interpretativas [...], interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”<sup>67</sup>. Ele elabora então, uma **teoria da integridade do direito**:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por

<sup>64</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>66</sup> SIMIONI, Rafael. Ativismo ou Passivismo Judicial? O Problema da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas em Ronald Dworkin. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Vol. 15, nº 21, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/335/332>>. Acesso: 10 fev. 2012, p. 9-13.

<sup>67</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.<sup>68</sup>

Segundo esta teoria, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”<sup>69</sup>. Assim, o direito como integridade será tanto produto da interpretação como sua fonte de inspiração:

O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como a origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.<sup>70</sup>

A história, vai dizer Dworkin, é essencial no direito como integridade; a integridade “exige uma coerência de princípios mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas”<sup>71</sup>:

Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. [...] Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da parte jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.<sup>72</sup>

Ele utiliza a expressão “romance em cadeia”<sup>73</sup> para exemplificar a complexidade de aplicação do direito como integridade a um caso difícil. “Assim como num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio [...] entre convicções políticas de diversos tipos”<sup>74</sup>. Para explicar como seria essa interpretação, Dworkin cria um juiz imaginário, Hércules, que aplica esse método em suas decisões; “a resposta de Hércules vai depender de suas convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política que aqui consideramos: a justiça e a equidade”<sup>75</sup>. Esta afirmativa será

<sup>68</sup>DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271-272.

<sup>69</sup>Ibidem, p. 272.

<sup>70</sup>Ibidem, p. 273.

<sup>71</sup>Ibidem, p. 273.

<sup>72</sup>Ibidem, p. 273-274.

<sup>73</sup>Ibidem, p. 275-276: “Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’. Em tal projeto um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos acrescentando ao que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte.”

<sup>74</sup>Ibidem, p. 286-287.

<sup>75</sup>Ibidem, p. 298.

fundamental para a questão da legitimidade democrática da decisão judicial. Dworkin coloca que os juízes que aplicam o método interpretativo da integridade para decidir casos difíceis, encontram “em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”<sup>76</sup>. O que não quer dizer que está solucionada a questão dos casos difíceis, pois nem sempre esta interpretação da estrutura política combinada com a da doutrina jurídica é fácil.

Dworkin defenderá, portanto, que a solução surgirá, quando os casos forem muito difíceis, que ao ser obrigado a decidi-los, “vão forçá-lo a desenvolver, lado a lado, sua concepção do direito e sua moral política, de tal modo que ambas se deem sustentação mútua”<sup>77</sup>:

Não obstante, é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o direito como integridade. Deve admitir que, ao preferir finalmente uma interpretação a outra de uma série de precedentes muito contestada, talvez depois de uma reflexão que o leve a mudar de opinião, ele está desenvolvendo sua concepção aplicável do direito em uma direção, e não em outra.<sup>78</sup>

Expostas as soluções para os casos difíceis elaboradas por Hart e Dworkin, questiona-se: qual é capaz de oferecer ao juiz um método de resolução eficaz quando levado a ele uma situação não prevista pelo legislador? Diante de um caso difícil fica o juiz livre para decidir de acordo com suas convicções e valores? Deve se abster de oferecer uma decisão e não correr o risco de invadir a competência do legislador?

Para respondermos a essas questões, analisemos um caso concreto, difícil, e a decisão proferida pelo julgador.

---

<sup>76</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 305.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 308.

### 3 DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO INSTITUTO JURÍDICO

#### 3.1. Pré-compreensão do tema: o direito dos casais homoafetivos

O direito do casal homoafetivo é considerado, ainda, um assunto polêmico. Todo o problema do direito do homoafetivo deixa de ser sobre a sexualidade em si do casal, e passa a ser sobre os direitos de cada um; dos que querem ter a liberdade de escolher seu estilo de vida de forma desimpedida, que desejam ser tratados como iguais, e dos que repudiam até a mais simples ideia de existência de homossexuais, e dedicam suas vidas a atacar a homoafetividade como se ofensa fosse, a seus próprios direitos.

Antigamente, o instituto do casamento, por exemplo, não se caracterizava pela liberdade e pelo afeto, e mais, sua dissolução não era bem encarada pelos familiares e pela sociedade em geral, fazendo com que, o grande número de divórcios que acontecem hoje, sejam ainda, resquícios do antigo preconceito. Trata-se de um momento de adaptação.

A sociedade vem sofrendo transformações que se concebiam impossíveis até umas décadas atrás. A vitória do reconhecimento de paridade de direitos entre homens e mulheres com a Constituição de 1988, demonstra o quanto a supremacia do princípio da igualdade é novo no ordenamento jurídico brasileiro e que apesar de já contar com mais de vinte anos, ainda está em desenvolvimento:

Da mesma forma, a desigualdade de gêneros foi banida, e depois de séculos de tratamento discriminatório, as distâncias entre homens e mulheres vem diminuindo. A igualdade, porém, não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignorados pelo direito. [...] Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é o masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas.<sup>79</sup>

As uniões constituídas fora do matrimônio, na vigência do Código Civil de 1916 eram punidas com a vedação de beneficiar as concubinas, com o propósito de proteção da família<sup>80</sup>, “nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma camuflada sob o nome de ‘indenização por serviços domésticos’”<sup>81</sup>. Mais tarde, o conceito de família foi se expandindo,

<sup>79</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

<sup>80</sup>Ibidem, p. 167.

<sup>81</sup>Ibidem, p. 167.

para proteger as uniões não matrimoniais, reconhecendo o concubinato com o nome de união estável<sup>82</sup>.

Observar que, no ano de 2011, a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, quando trinta e cinco anos antes não existia nem o instituto do divórcio na legislação brasileira, permite vislumbrar como a sociedade se transformou.

Antes de analisarmos a união homoafetiva, instituto jurídico tema deste trabalho, é necessário compreender o instituto da união estável.

### 3.1.1. *União Estável*

Para o reconhecimento da união estável existem pressupostos subjetivos e objetivos<sup>83</sup>. Usando os citados por Carlos Roberto Gonçalves, temos entre os primeiros: a convivência *more uxorio* que configura uma comunhão de vidas que se aproxima à situação de pessoas casadas, “envolve mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e imateriais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar”; a *affectio maritalis*, ou ânimo de constituir família, que é o requisito primordial para a constituição da união estável, devendo haver a real intenção de constituir família no futuro, não servindo a mera aparência de casados. Entre os objetivos, temos: a notoriedade, ou a convivência de forma pública, onde o casal se “apresenta à coletividade como se fossem marido e mulher [...] chegando a ser tão exposto quanto o casamento”; a estabilidade ou duração prolongada, sendo que o próprio nome, união estável, prediz que deverá ser relação duradoura e estável; a continuidade, onde “a solidez da união é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento [...]. A instabilidade causada por constantes rupturas desse relacionamento poderá provocar insegurança a terceiros”; a inexistência de impedimentos matrimoniais, servindo de referência, todos os impedimentos legais para a contração do matrimônio legal; a relação monogâmica, onde por certo o vínculo entre os companheiros deve obedecer à proibição de poligamia; e por fim, a diversidade de sexos, que por se assemelhar ao casamento, só poderá ocorrer entre pessoas de sexos diferentes, e está assim previsto na legislação: “Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e

---

<sup>82</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 168.

<sup>83</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro Vol. VII - Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 557-567: todos os conceitos relativos a união estável desta página são desta autoria.

contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”<sup>84</sup>

É importante mencionar que, tanto no Código Civil como na Constituição Federal, ao cuidar do casamento, não consta, entre os impedimentos, qualquer menção à proibição expressa que o mesmo ocorra entre pessoas do mesmo sexo. E ainda, o único artigo que menciona “homem e mulher” é o que trata da união estável, assim elencado na Carta Magna:

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.<sup>85</sup>

E aqui, chegamos ao ponto de ebulição. Veja que todos os demais pressupostos nada impedem que um casal homossexual constitua união estável e tenha os mesmos direitos que um casal heterossexual. A diversidade de sexos, expressa na lei, é o único impedimento material ao reconhecimento da união estável homoafetiva. Passemos a ela.

### 3.1.2. *União Homoafetiva*

Adilson José Moreira define três períodos no desenvolvimento da jurisprudência e da doutrina brasileira acerca da união homoafetiva. Ele coloca que a crescente proteção jurídica aos casais homossexuais se deve a dois fatores: “o liberalismo característico da jurisprudência brasileira do Direito de Família e a luta por novas formas de cidadania no país”<sup>86</sup>:

O primeiro deles teve início em 1989 com algumas decisões pioneiras reconhecendo uniões homoafetivas como sociedades de fato. Essas decisões apenas garantiam direitos patrimoniais aos casais homossexuais mediante comprovação de contribuição direta ou indireta para a formação do patrimônio comum. Apesar de possibilitar apenas o acesso a direitos patrimoniais, esses acórdãos reconheceram, pela primeira vez, o fato de que os casais homossexuais merecem proteção jurídica.<sup>87</sup>

Maria Berenice Dias, em qualquer de suas obras ou artigos, sempre ataca o uso de sociedade de fato para se referir a união entre pessoas do mesmo sexo. Em seu artigo Família, ética e afeto, ela diz:

<sup>84</sup>BRASIL. Lei Nº 9.278, de 10 de Maio de 1996, Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal, Art. 1º.

<sup>85</sup>BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Art. 226, §3º.

<sup>86</sup>MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva: A Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 65.

<sup>87</sup>Ibidem, p. 65.

Tímida e preconceituosa, a Justiça encontrou uma saída que gerou enorme distorção: ver em tais relacionamentos uma sociedade de fato, expurgando-os do âmbito do Direito de Família. Simulando que a origem não era uma aproximação da ordem da afetividade, o chamado concubinato ou união livre era definido como mera associação lucrativa. Obviamente, um absurdo. O magistrado arvorando-se qualidades mágicas, buscou transformar uma sociedade de afeto em uma sociedade de fato. Tentando engessar um vínculo familiar no Direito das Obrigações, impunha as regras do Direito Societário destinadas às sociedades irregulares.<sup>88</sup>

No entanto, Adilson J. Moreira defende que, apesar da evidente primitividade, essa ínfima vitória, pode ter sido o melhor início para o desbravamento do direito do homoafetivo:

Se a luta pelo reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas em outros países começou com a reivindicação da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o processo de reconhecimento jurídico no Brasil teve início com uma série de ações de casais homossexuais solicitando o acesso aos direitos decorrentes das instituições que regulam as uniões livres. Fazendo referência aos princípios da jurisprudência do concubinato, os casais homossexuais procuraram convencer os nossos tribunais que as uniões homoafetivas se equiparam às uniões concubinárias para fins de direitos patrimoniais. Essa estratégia se mostrou extremamente bem sucedida. Como o reconhecimento da existência de uma sociedade de fato depende prioritariamente da demonstração da contribuição financeira para a construção do patrimônio, os tribunais brasileiros não tiveram dificuldade em classificar as uniões entre pessoas do mesmo sexo como sociedade de fato.<sup>89</sup>

É como ver a mesma história por outro ângulo, que faz mostrar não o preconceito da Justiça brasileira, mas a superioridade do casal homossexual brasileiro. Antes de precisar que primeiro fosse reconhecido o sentimento e o direito à liberdade de escolha de estilo de vida, partiram para a parte prática e que realmente, de um ponto de vista pragmático, é um dos fatores que mais afeta um casal homossexual: a impossibilidade de ter seu patrimônio protegido não com fins materiais, mas como garantia da segurança do companheiro contra terceiros, inclusive familiares que, rejeitando a existência do relacionamento, pudessem vir a tentar impor sua vontade sobre o destino dos bens do casal.

E então, passamos a segunda e terceira fases do desenvolvimento da jurisprudência:

O segundo período começou em 1996 com uma nova série de decisões garantindo direitos previdenciários aos casais homossexuais. Afirmando que casais homossexuais merecem tratamento igualitário e referindo à sociedade de fato como uma forma de status semelhante às uniões heterossexuais, várias cortes brasileiras

<sup>88</sup>DIAS, Maria Berenice. **Família, ética e afeto**. In: IV Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. 2003, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?25,8>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

<sup>89</sup>MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva: A Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 80.

passaram a classificar uniões homossexuais como entidades familiares. Dois fatores principais caracterizam o terceiro período: as decisões classificando essas uniões como estáveis e as ações civis públicas estendendo direitos matrimoniais a casais homossexuais.<sup>90</sup>

Adilson Moreira menciona que dois fatores são os responsáveis pelas mudanças favoráveis ao direito homoafetivo: o liberalismo característico do Direito de Família brasileiro e a luta por novas formas de cidadania no país. Menciona também, o momento jurídico e as consequências quando o problema enfrentado na época era o das relações concubinárias; desigualdades sociais e desamparo a muitas mulheres e crianças deixadas à margem da sociedade. Muitos tribunais utilizam desse argumento para justificar o reconhecimento das uniões homoafetivas e ainda, que:

Eles argumentam que a inexistência de legislação regulando essas uniões não pode servir como justificativa para a exclusão de casais homossexuais de proteção jurídica porque os tribunais brasileiros estenderam direitos às uniões concubinárias mesmo na ausência de legislação específica.<sup>91</sup>

A primeira corte brasileira a reconhecer a união homoafetiva como união estável foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim como foi também, a primeira a reconhecer a Vara de Família como a competente para tratar de casos entre pessoas do mesmo sexo. De todos os argumentos utilizados, podemos citar:

Ao contrário dos tribunais que negam a possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como uniões estáveis, esse Tribunal adotou uma perspectiva hermenêutica marcada pela articulação de princípios centrais que estruturam o nosso texto constitucional. De acordo com aquela Corte, o princípio da dignidade da pessoa humana demanda o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis. Isso acontece porque a igualdade formal e a igualdade material entre casais homossexuais e heterossexuais têm importância fundamental para o livre exercício da orientação sexual, liberdade que está diretamente associada com a dignidade pessoal<sup>92</sup>.

A justificativa apresentada para conferir o status de união estável a um casal homoafetivo:

Além de defender o uso de uma hermenêutica construtiva, vários tribunais também recorrem à analogia para justificar o reconhecimento das uniões homoafetivas. Esses tribunais argumentam que o problema do reconhecimento coloca o juiz diante de uma lacuna do Direito, o que demanda a aplicação de normas existentes para a solução do problema jurídico em questão.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup>MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva: A Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 65.

<sup>91</sup>Ibidem, p.64.

<sup>92</sup>Ibidem, p. 111.

<sup>93</sup>Ibidem, p. 115.

Os paradigmas no Brasil continuam a se transformar. Os direitos dos casais homoafetivos deixarão de ser colocados de lado em face de sua orientação sexual, quando a própria Constituição Federal, à qual em deveres e obrigações devem obedecer e que também garante que ninguém será discriminado por qualquer natureza, for integralmente aplicada e aceita, pela justiça e pela sociedade, respectivamente, garantindo a igualdade.

### 3.2. ADPF/132: um caso difícil

#### 3.2.1. *Breve síntese do caso*

A decisão de maior repercussão sobre esta matéria é a de arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>94</sup> proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, que foi recebida como ação direta de inconstitucionalidade<sup>95</sup>, cujo objeto consiste na inconstitucionalidade do art. 1723 do Código Civil, que diz: “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.”<sup>96</sup>

O pedido inicial da Ação de Descumprimento elencava como preceitos fundamentais violados o da igualdade, da segurança jurídica, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Argumenta o autor que pelo Princípio da Igualdade, o legislador e o intérprete não poderiam conferir tratamento diferenciado a pessoas em situações substancialmente iguais; pelo Princípio da Liberdade, a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de qualquer orientação sexual; pelo da Dignidade da Pessoa Humana, todos os projetos pessoais e coletivos da vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento; pelo da Segurança Jurídica, “a atual

<sup>94</sup>No Brasil o controle de constitucionalidade, quanto ao órgão que o exerce, pode ser difuso, com origem no modelo americano, cujo marco inicial é o caso *Marbury v. Madison*; e pode ser concentrado, com origem no modelo europeu continental, cujo marco inicial é a Constituição da Áustria, de 1920. E quanto ao modo de controle judicial, pode ser por via incidental, quando arguido em cima de um caso concreto por meio de Recurso Extraordinário, por exemplo; e por via principal, quando não há caso concreto preexistente, sendo interposta diretamente no órgão competente, através de ações diretas. (Ver BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011). A ação de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei n. 9.882 de dezembro de 1999, é ação subsidiária, devendo ser utilizada somente quando não couberem as demais ações, conforme prevê o art. 102 da Constituição Federal: “tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, ou “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

<sup>95</sup>Outro tipo de ação direta, cujos atos impugnáveis são a lei e o ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a da Constituição Federal) cujo texto, integral ou parcial, se confronta com o constitucional. (Ver BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011).

<sup>96</sup>BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 04 maio 2012.

incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas acarretam insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva quanto para a própria sociedade”; e pelo da Razoabilidade e Proporcionalidade, que “a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia”, de modo que, “caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral”.<sup>97</sup>

Postula o autor pela aplicação do método da integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis entre heterossexuais, desde que obedecidos os mesmos requisitos.

Ainda, pela regra da prevenção e do julgamento simultâneo de processos com coincidência total ou parcial de objetos<sup>98</sup>, foi recebida conjuntamente a ADI nº 4.277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, postulando pelo reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, pela equiparação entre direitos e deveres dos das uniões estáveis à uniões entre pessoas do mesmo sexo, ambos com base nos Princípios da Liberdade, da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Vedação de Discriminações Odiosas e da Proteção à Segurança Jurídica. Também originariamente interposta como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, foi conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade cujo objeto principal também era submeter o art. 1723 do Código Civil à interpretação conforme a Constituição.<sup>99</sup>

### 3.2.2. *Voto do Ministro Relator: a solução do caso difícil?*

Inicia seu voto, quanto ao mérito, já declarando que ambos pedidos, da ADPF/132 e ADI 4.277, merecem guarida:

Pedido de interpretação conforme à Constituição do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se

---

<sup>97</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 1. Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União Homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. [...]. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo [...]. 3. Tratamento constitucional da instituição da família [...]. 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. [...] 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. [...] 6. Interpretação do art. 1723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). [...] ADPF132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20111018-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20111018-02.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2012. Relatório, p. 5-6.

<sup>98</sup>Ibidem, p. 10.

<sup>99</sup>Ibidem, p. 11.

encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. [...] União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se assim de união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro.<sup>100</sup>

E assim, ao cuidar do que seria “o bem de todos”, terminologia utilizada por Dworkin ao tratar da concepção ao qual se chegaria pela eliminação dos preconceitos, seria um valor constitucional com o objetivo de dar equilíbrio à sociedade:

Tipo de constitucionalismo esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a ‘inclusão social’), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos ou até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como ‘homossexuais’ para ser identificados pelo nome de ‘homoafetivos’. Isto de parilha com a lei e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. [...] Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância desde que se inclua o conceito de democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários.<sup>101</sup>

Argumenta que ao uso das funções sexuais, não cabe a ninguém opinar; principalmente porque “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”<sup>102</sup>.

Conceituando o que seria família no atual ordenamento jurídico brasileiro, o voto segue no sentido de equiparar todas as formas, evidenciando-a como base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado. Argumenta o ilustre Ministro que apesar de o art. 226 da Carta Magna utilizar a expressão “união estável entre homem e a mulher”, que nada tem a ver com a exclusão da possibilidade homoafetiva da união estável:

Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem é uma espécie de briga particular ou

<sup>100</sup>SIMIONI, Rafael. **Ativismo ou Passivismo Judicial? O Problema da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas em Ronald Dworkin**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Vol. 15, nº 21, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/335/332>>. Acesso em: 10 fev. 2012, p. 7-9.

<sup>101</sup>Ibidem, p. 11-12.

<sup>102</sup>Ibidem, p. 15

bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade.<sup>103</sup>

E assim, pugna o Ministro pela equiparação completa entre casais heteroafetivos e homoafetivos, não só na institucionalização jurídica da união estável homoafetiva, mas também pela possibilidade de casamento civil, adoção e quaisquer situações criadas por normas infraconstitucionais, que deverão respeitar acima de tudo, os princípios constitucionais que abarcam a família homoafetiva como entidade familiar constitucional.

Podemos observar, em todo o voto do Ministro relator, o direito como integridade defendido por Dworkin. Se tomarmos a igualdade como base da democracia, antes de considerarmos a liberdade, por exemplo, que seria garantida ao proteger o sistema representativo, conceito decorrente do princípio democrático, ao decidir que não serão feitas discriminações de qualquer ordem, estaremos diante do encontro da moral política com a doutrina jurídica.

Para explicar a questão da liberdade *versus* igualdade, Dworkin coloca que na verdade, não existe realmente um direito à liberdade pleno<sup>104</sup>, já que para dar este direito a um, necessariamente o de outro será restringido, e ainda, que não poderá, de forma alguma, haver liberdade plena para todos, porque assim haveria o caos. Ele alega que, em contrapartida, em relação ao direito à igualdade é diferente. Ao passo em que deferir o direito de liberdade das escolhas simples e pessoais da vida seja possível, e que por serem assim não afetam o debate político em questão, deferir o direito de igualdade a todos é necessário até para que haja a discussão da liberdade.

Ele menciona que a lei é o maior exemplo de que a liberdade plena não existe e argumenta que a grande maioria das leis que restringem a liberdade se justificam por razões utilitaristas, por serem de interesse geral ou atenderem ao bem-estar geral. “Se, como Bentham imagina, cada uma dessas leis restringe minha liberdade, elas ainda assim não me privam de coisa alguma que eu tenha o direito de ter<sup>105</sup>”.

<sup>103</sup>SIMIONI, Rafael. **Ativismo ou Passivismo Judicial? O Problema da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas em Ronald Dworkin.** Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Vol. 15, nº 21, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/335/332>>. Acesso em: 10 fev. 2012, p. 43.

<sup>104</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 411-415.

<sup>105</sup>Ibidem, p. 414.

Liberdade e igualdade são direitos que andam juntos<sup>106</sup>, sendo que o de igualdade é um direito fundamental, e nas palavras de Dworkin, forte, um direito que realmente é fundamental perante outros. Ele defende que a ausência do direito à liberdade somente representa um obstáculo à igualdade quando se tratar de liberdades básicas que, violadas, representem uma ameaça aos direitos fundamentais da pessoa. Caso contrário, que a igualdade sim, deve se sobrepor a liberdade já que aquela é que proporcionará o ambiente para que esta seja possível.

Dworkin argumenta que quando se restringe a liberdade de expressão, o indivíduo sofre uma espécie de dano; ele diz que “esse resultado faz com que seja errado infligir esse dano ao indivíduo, ainda que o conjunto da comunidade venha a beneficiar-se com isso”<sup>107</sup>.

Aceitar, no entanto, a solução elaborada por Dworkin, não exclui completamente a elaborada por Hart. De fato, o poder discricionário elaborado por ele não é possível no ordenamento jurídico brasileiro; dar esta abertura aos juízes quando se encontrarem diante de casos não previstos na lei, causaria perigo à segurança jurídica e até danos irreparáveis na sociedade, desequilibrando-a. Mas no que elaborou sobre a textura aberta do direito, encontra respaldo na fundamentação do Ministro que, chamado a se pronunciar, precisou definir conceitos “vagos” na legislação, de acordo com a Constituição. Hart diz:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.<sup>108</sup>

A característica vaga de algumas terminologias jurídicas, Hart defende que existem por causa da impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis, deixando para o julgador que aplicará a lei ao caso concreto, interpretar: “Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer”<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 420-423.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 418.

<sup>108</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 148.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 141-142.

## 4 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Com o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, certamente nos aproximamos de um estado de maior proteção da liberdade individual e da garantia à igualdade, que são, acima de tudo, metas constitucionais. A Constituição Federal tem como objetivos fundamentais:

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.<sup>110</sup>

A construção de uma sociedade livre e justa, juntamente com a promoção do bem de todos, sem preconceitos deverão, dessa forma, ser correlatos e harmônicos. A teoria igualitária de Dworkin dialoga com essa afirmativa extraída do texto constitucional. Em seu voto, o Min. Ayres Britto diz que ao vedar o preconceito de sexo, a Constituição claramente nivela todas as formas mencionadas:

Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou não desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem.<sup>111</sup>

Para tratar da legitimidade democrática da decisão judicial, é necessário, portanto, entender as concepções de democracia e de igualdade elaboradas por Dworkin.

### 4.1. O Princípio da Igualdade como Base da Democracia: uma virtude soberana

<sup>110</sup>BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/a-constituicao-federal>>. Acesso em: 10 abr. 2011. Art. 3º.

<sup>111</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 1. Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União Homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. [...]. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo [...]. 3. Tratamento constitucional da instituição da família [...]. 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. [...] 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. [...] 6. Interpretação do art. 1723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). [...] ADPF132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20111018-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20111018-02.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2012. Voto do Ministro Relator, p. 13 e 14.

“Podemos dar as costas à igualdade?”<sup>112</sup>, questiona Dworkin. “Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade”<sup>113</sup>. Para ele a “consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política”<sup>114</sup>.

Dworkin vai defender que se deve fazer uso da moralidade política e não deixar que liberdades individuais sejam constantemente sobrepujadas pelo bem-estar geral da comunidade. O primeiro postulado da moral política que se menciona é o de que o governo deve tratar as pessoas com igual consideração e igual respeito, que Dworkin chama de **concepção liberal da igualdade**. Esse direito a igualdade pode ser entendido de duas formas, o direito a igual tratamento e o direito a ser tratado como igual, sendo que somente o segundo é realmente um direito fundamental. “Os que serão prejudicados têm um direito a ter sua provável perda levada em consideração quando da decisão de se a política servirá ao interesse coletivo”<sup>115</sup>. Não se pode defender o minoritário em desfavor do majoritário, ou vice-versa, mas se resolve o impasse pela ponderação dos argumentos que fundamentam o direito de um e de outro. Ele menciona ainda que aqueles que veem suas preferências pessoais serem derrotadas pela supremacia das preferências de outros, acabam por ver suas concepções de vida sendo desprezadas pelos demais<sup>116</sup>. O que nos leva, então, à questão da democracia.

Em a Virtude Soberana, Dworkin, ao valorar uma decisão judicial sobre um assunto em que exista discordância jurídica e política, conclui que depende de como a democracia é concebida e assim questiona qual seria a melhor concepção<sup>117</sup>:

A concordância quase universal de que a democracia é a única forma aceitável de governo oculta discordâncias mais profundas desse caráter. [...] A democracia, dizemos todos, significa governo exercido pelo povo, e não por alguma família, classe social, tirano ou general.<sup>118</sup>

Dworkin vai defender que “governo exercido pelo povo” pode ser entendido de duas maneiras radicalmente diferentes: através de uma concepção **majoritarista** e uma **co-**

---

<sup>112</sup>DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p IX.

<sup>113</sup>Ibidem, p. IX.

<sup>114</sup>Ibidem, p. IX.

<sup>115</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 209.

<sup>116</sup>Dworkin menciona que as preferências de pessoas por uma política ou outra podem ser divididas em pessoais, aquelas que afetam diretamente o indivíduo, e em externas, quando afetam outras pessoas sem afetar o indivíduo.

<sup>117</sup>Idem, **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 496.

<sup>118</sup>Ibidem, p. 501-502.

**participativa**<sup>119</sup>. A primeira cuida da concepção na qual democracia significa “governo exercido pelo maior número de pessoas, e assim “o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria”<sup>120</sup>. No entanto, ele lembra que “a opinião da maioria não conta como sua vontade, a não ser que os cidadãos tenham tido uma oportunidade adequada de se informar e deliberar sobre os assuntos”, e somente dessa forma é que o Estado pode possuir o caráter democrático se analisado pelo ângulo majoritarista.

A segunda concepção, em contrapartida, ele define como “governo de *todo* o povo, agindo em conjunto como parceiros plenos e iguais, no empreendimento coletivo do autogoverno”<sup>121</sup>. Nesta, o papel do cidadão e o de cada grupo são levados em consideração, pois entende que só assim seria possível uma “verdadeira democracia”:

Quase todos pensamos que a democracia é uma forma de governo valiosa, ou mesmo indispensável. Achamos que vale a pena lutar, e talvez até morrer, para protegê-la. Precisamos de uma concepção que se encaixe nessa noção de valor da democracia: precisamos de uma noção que nos mostre o que há de tão *bom* na democracia. A concepção majoritarista não faz isso, porque não há nada que possua valor inerente em um processo que permite a um grande número de pessoas impor sua vontade a um número menor.<sup>122</sup>

Dentro da concepção co-participativa diz ele existirem **três dimensões**: a da **soberania popular**, diferindo da majoritarista por entendê-la como uma relação entre o povo e as autoridades e não só como poder do maior número de cidadãos, a da **igualdade de cidadania**, exigindo que “os cidadãos sejam iguais, e não só como juízes dos processos políticos, porém também como participantes deles”<sup>123</sup> e a do **discurso democrático**, mais importante dos três, assim descrito:

A ação coletiva genuína requer interação. Se o povo pretende governar coletivamente, de maneira que torne cada cidadão um parceiro da empreitada política, deve deliberar, como indivíduos, antes de agir coletivamente, e a deliberação deve concentrar-se nos motivos a favor e contra essa ação coletiva, para que os cidadãos que perderem em um assunto possam ficar satisfeitos por terem tido a oportunidade de convencer os outros e não o conseguiram, e não porque foram numericamente derrotados. **A democracia não pode oferecer uma forma genuína de autogoverno se os cidadãos não puderem falar à comunidade em uma**

<sup>119</sup> **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 502.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 502.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 502.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 509-510.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 511.

**estrutura e em um ambiente que incentive a atenção dos méritos do que dizem.**<sup>124</sup>

Entende-se assim que o discurso democrático, para Dworkin, deve estar ligado a igualdade política. Ele ressalta que a concepção de democracia separada da igualdade política é onde se presume que ser democrático significa governo da maioria e que qualquer violação a essa “regra majoritária” é antidemocrática<sup>125</sup>. Mas que somente a concepção onde uma depende da outra é que pode determinar quando uma decisão judicial, por exemplo, será antidemocrática.

#### 4.2. Da Legitimidade Democrática

Neste ponto, faz-se necessário entender em quais tipos de decisões políticas faz diferença ser um governo da maioria, e quando o assunto do qual trata precisará levar outros pontos em consideração, porque a regra majoritária será, sozinha, insuficiente. Expliquemos melhor esses pontos. Dworkin entende que existem dois tipos de decisões políticas: **as sensíveis a escolha**, ou seja, aquelas que dependem do caráter majoritário, onde, “por uma questão de justiça, dependem essencialmente do caráter e da distribuição da preferência dentro da comunidade política”<sup>126</sup>; e **as insensíveis a escolha**, onde a matéria discutida tem um impacto diferenciado na comunidade, necessitando de mais que a vontade da maioria, sendo uma **questão de princípio**<sup>127</sup>.

Deve o direito do homossexual à igualdade ser sobreposto por não ser do interesse da maioria, ou até sendo do interesse, mas contrário ao dele por ser minoria?

Quando levantada a questão sobre o caráter antidemocrático de uma situação onde não se leva em conta somente a vontade da maioria, Dworkin a soluciona dizendo que somente em questões insensíveis a escolha é que o caráter democrático não é necessariamente violado. No que trata especificamente das decisões judiciais, ele utiliza a revisão judicial de uma lei como exemplo, ao exercer controle de constitucionalidade e de que forma a decisão pode ser democrática. Diz ele:

Uns poucos juízes têm poder imensamente maior do que qualquer outra pessoa sobre a decisão acerca de, por exemplo, a pena capital, a ação afirmativa, ou se as leis que restringem o aborto devem ser admitidas. É por isso que a revisão judicial costuma ser vista como antidemocrática, mesmo por alguns de seus partidários ocasionais e também por seus admiradores radicais. Se adotarmos uma concepção dependente de

<sup>124</sup> Ibidem, p. 512.

<sup>125</sup> DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 260.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 282.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 282.

democracia, porém, e não uma concepção separada que faça da democracia uma questão de igualdade de impacto ou influência vertical e horizontal, não fica nada evidente que a revisão judicial seja uma instituição antidemocrática.<sup>128</sup>

Assim, diz ele que será necessário então, testar o caráter democrático da revisão judicial. Aqui, lembra ele, as minorias terão acesso, pois não depende do número de pessoas que têm interesse na solução jurisdicional. Sendo assim, conclui ele que a revisão judicial, “pelo contrário, protege essas metas [agenciais da democracia], oferecendo uma proteção especial à liberdade de expressão e a outras liberdades que incentivam a ação moral na política<sup>129</sup>”. Para Dworkin, a diferença entre decisões políticas sensíveis e insensíveis a escolha (da maioria), é que permitirá ao constitucionalismo aumentar a precisão das decisões políticas; “corromperia a precisão, em vez de promovê-la, se um tribunal que pratica a revisão judicial rejeitasse as decisões sensíveis a escolha feitas pelos legislativos”<sup>130</sup>, mas que “aumenta a precisão quando o tribunal controla certas decisões insensíveis a escolha de um legislativo, especificamente as que rejeitam direitos putativos contra a decisão da maioria”<sup>131</sup>.

Ele vai ainda, defender que justamente pela existência de previsão constitucional ao devido processo legal e à igual proteção perante a lei, a liberdade de expressão da minoria deverá ser tutelada, ainda que contra o que seria o interesse da maioria<sup>132</sup>.

Dworkin propõe um direito político individual e antiutilitarista para sanar os defeitos trazidos pela concepção de igualdade utilitarista. Ele diz que é uma resposta que nos permitirá desfrutar das instituições da democracia política e ainda assim, proteger o direito fundamental dos cidadãos à igual consideração e ao igual respeito, proibindo decisões que pareçam ter sido tomadas provavelmente em virtude dos componentes externos das preferências reveladas pela democracia. Ele defende que o processo político não pode discriminar e eliminar.

O interesse das minorias marginalizadas pela sociedade deve ser protegido e defendido, ainda que em desfavor do aparente interesse da comunidade:

Por outro lado, os argumentos de política ideais sustentam que a comunidade estará em melhor situação, não porque um maior número de seus membros terá mais

<sup>128</sup> Ibidem, p. 287-288.

<sup>129</sup> DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 288.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 289.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 289.

<sup>132</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 209.

daquilo que deseja, mas porque a comunidade estará, de algum modo, mais próxima de uma comunidade ideal, pouco importando se seus membros desejam ou não tal melhoria.<sup>133</sup>

Dworkin argumentará que essa afirmativa está errada, sendo impossível pressupor que princípios necessariamente não obrigam, podendo na verdade, apenas argumentar se e quando eles podem obrigar<sup>134</sup>.

O voto analisado neste trabalho se coaduna com a teoria de Dworkin; uma decisão judicial, diante de um caso difícil, ao cuidar de uma questão que é insensível a escolha do legislador, deve extrapolar o direito positivo, devendo encontrar seu fundamento em um argumento de princípio. Ao fazer uso de argumentos de política, entramos na seara das questões sensíveis a escolha, e assim a decisão jurídica é politizada, que leva ao problema da sua legitimidade democrática.

Dworkin recomenda que argumentos de princípio prevaleçam sobre os argumentos de política para que esse problema seja evitado; juízes não passam por um processo eleitoral, nem estão submetidos a opinião pública de forma direta, mas permitem que direitos de minorias sejam analisados, devendo então atuar quando chamados a decidir.

Pela permissão ao Judiciário de realizar revisões judiciais, desde que se atenham às questões insensíveis a escolha do legislador, às questões de princípio, o constitucionalismo pode ser uma forma de aperfeiçoamento da democracia<sup>135</sup>. Ainda que não seja papel do Estado definir com quem se deve unir ou não, é papel dele garantir que essa escolha possa existir, garantindo que independente de opção sexual, uma união seja reconhecida social e juridicamente.

#### 4.3. Ativismo Judicial ou Judicialização da Política?

Ao entrar na discussão da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade judicial, automaticamente entramos na discussão do ativismo judicial *versus* judicialização da política.

Como mencionado no primeiro capítulo, a história mostra que direito e política se confundiam ao determinar se seria lei o que emanasse do divino ou do soberano,

---

<sup>133</sup> Ibidem, p.422.

<sup>134</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 56.

<sup>135</sup> Idem, **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 289.

independentemente de que assunto tratasse ou da existência de quaisquer outros limites. Dieter Grimm defende que a positivação do direito, com “o que vale juridicamente é determinado politicamente”<sup>136</sup>, é a responsável pela necessidade de identificação de qual é a autoridade legítima para a criação do Direito:

Diferentemente do direito natural, a Constituição, era direito positivo. Mas, quando da introdução da Constituição, o direito tornou-se reflexivo ao ser dividido em dois complexos de normas, dos quais um regulamentava as condições de surgimento e de validade do outro. A normatização estava, assim, por sua vez, normatizada. A política manteve sua competência de prescrever o direito sobre a sociedade, mas não gozava mais da liberdade dos monarcas absolutistas e era, ela própria, destinatário das condições legais.<sup>137</sup>

A teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu foi aprimorada por Madison com o sistema de freios e contrapesos, tendo “como premissa que os órgãos estatais eram representativos da sociedade, de modo que os excessos de cada um deles poderiam ser contidos pelos demais, já que todos detinham a mesma legitimidade”<sup>138</sup>. Daniel Giotti de Paula argumenta que, no entanto, esse modelo partia de uma visão homogênea da sociedade, incompatível com a complexidade da sociedade contemporânea, de modo que não se atinge a “representação total da sociedade que qualquer modelo de ordenação social almeja”<sup>139</sup>.

O ativismo judicial “concebido em uma de suas formulações básicas como uma postura de criar direitos para as minorias marginalizadas, não contempladas por legislações advindas das instâncias deliberativas”<sup>140</sup>, tem sua origem no *judicial review*<sup>141</sup> norte-americano, que quando criticado, é geralmente ligado ao “exercício ilegítimo da revisão judicial”<sup>142</sup>. Em busca de um conceito neutro de ativismo judicial, “as posturas teóricas passam, sempre, pela discussão sobre os limites do direito”<sup>143</sup>:

Na verdade, a discussão aqui esbarra numa nova concepção que coloca os limites da atuação estatal na juridicidade, e não simplesmente na legalidade. Assim, o aplicador do direito, seja o administrador público, seja o julgador, pode dar aplicação direta a princípios constitucionais, que não renderam à edição de atos legislativos. A questão, então, passa por se admitir que, normalmente, o direito é

<sup>136</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>138</sup> DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 275.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 276.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 277-278.

<sup>141</sup> Ver WOLFE, Christopher. **From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: the transformation of judicial review in America**. In: *First Principles Series*, n. 2, March, 2006.

<sup>142</sup> DE PAULA, op. cit., p.284-285.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 285.

regido por regras jurídicas, que representam ponderações de princípios já feitas pela instância representativa, que é o Parlamento. Ao Executivo, caberia apenas aplicar diretamente princípios, ante a ausência de regras editadas pelo Parlamento com base nesses princípios e, ao Judiciário, agir, por provocação, quando as duas instâncias tiverem falhado no desiderato de produzir comandos normativos claros à sociedade.<sup>144</sup>

Dessa forma, Daniel Giotti de Paula entende que é intuitivo que o Judiciário e o Executivo podem ser ativistas, ao atender a demandas cujos direitos não foram tratados pelo legislador; “o ativismo, porém, esbarra nos limites que a ordem jurídica impõe no sentido de que o direito novo ou advém de regras editadas pelo Legislativo [...] ou dos aplicadores do direito, [...] tentando trazer comandos normativos claros para a sociedade”<sup>145</sup>.

O conceito de judicialização da política, por sua vez, não é o oposto do ativismo, configurando “atitude deliberada das próprias instâncias políticas em levar ao judiciário questões não resolvidas consensualmente nos parlamentos para mais uma rodada de decisão”<sup>146</sup>. Tem como origem a crise do religiosa do século XVI, quando “a solução histórica encontrada foi entregar aos príncipes, que se encontravam no ápice da pirâmide feudal, um número maior dos direitos de poder”<sup>147</sup>. Com a positivação do direito, já estudados no primeiro capítulo, “inverteu-se a antiga hierarquia, de modo a política se situar acima do direito e lhe conferir conteúdo e validade”<sup>148</sup>, daí a terminologia politização do direito. Daniel Giotti de Paula ressalta que a judicialização da política foi pensada pela própria classe política, culminando em uma explosão de busca da população pelos seus direitos no Judiciário; ele faz um resumo de como isso ocorreu e aqui podemos ver como os conceitos trabalhados neste estudo dialogam com a realidade:

A preocupação da classe política vencedora das revoluções liberais era a de impor um regime jurídico-político que garantisse certeza. [...] Esse modelo, porém, fenece perante a realidade. A fé inabalável no paradigma da legalidade [...] entra em crise ao longo dos séculos XIX e XX, por duas causas. A uma, assiste-se a uma ‘inflação legislativa e disfunção da linguagem legal que são resultados de uma política de degradação da legislação e da administração, o que provocou perda da distinção entre ambas as funções’. A complexidade das relações sociais, de um lado, e a própria ideia de que qualquer um poderia integrar os parlamentos, não se exigindo expertise técnica de seus membros, eclodiu a capacidade institucional do legislativo em lidar com problemas técnicos de alta complexidade. Passou-se a promulgar leis com baixo teor de tecnicidade, vazadas em linguagem obscura, abrindo espaço para discricionariedade dos juízes e administradores aplicarem a lei. A segunda causa passa pela própria

<sup>144</sup> DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 285-286.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 294.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 296.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 297.

transformação do modelo estatal. De um Estado de Direito, centrado no legicentrismo, na assunção da lei como fonte por excelência do direito, chega-se a um Estado Constitucional de Direito, pelo qual a Constituição passa a ser compreendida como norma jurídica [...] e o controle a respeito ao conteúdo constitucional passa a ser conferido a órgãos jurisdicionais, sobretudo.<sup>149</sup>

É interessante observar, por exemplo, a questão do controle de constitucionalidade, pois como forma de revisão judicial do que o Legislativo produz, a discussão acerca da legitimidade pode ser ressaltada novamente, agora com horizontes expandidos.

Na síntese do caso analisado, a ADPF/132, temos uma breve explanação acerca do controle de constitucionalidade no Brasil. Quanto à legitimidade ativa para proposição da ação de descumprimento de preceito fundamental, temos que ela “recai sobre os que têm direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da lei), constantes do elenco do art. 103 da Constituição Federal”<sup>150</sup>. Da Constituição então, temos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - o partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.<sup>151</sup>

No Estado Constitucional de Direito, portanto, “a decisão judicial se legitima por suas razões”<sup>152</sup>. Conforme o analisado neste capítulo em comunhão com os anteriores, podemos concluir que o reconhecimento da união homoafetiva tratado na ADPF/132, trata-se de um caso de judicialização da política.

<sup>149</sup> DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 301-302.

<sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320-321.

<sup>151</sup> BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/a-constituicao-federal>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

<sup>152</sup> PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 44.

## CONCLUSÃO

Se a questão é a legitimidade democrática, pelo apresentado no decorrer deste trabalho podemos concluir que para que ela não seja violada, deverão ser observados alguns critérios. No caso específico da ADPF/132, julgada juntamente com a ADI 4.277, podemos observar todos eles.

Se a ação, independente de qual seja, se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ou de declaração de inconstitucionalidade, só poderá ser proposta pelas autoridades supracitadas do artigo 103 da Constituição, todas constitucionalmente plurais, e em sua maioria, eleitas pelo povo por meio do sistema representativo democrático, do ponto de vista da iniciativa, a democracia resta protegida. Lembrando que a proposição da ADPF/132 foi feita pelo Governador do estado do Rio de Janeiro.

Já no caso da matéria da qual trata a decisão, e a fundamentação utilizadas, temos os princípios constitucionais e, principalmente, obediência à ordem constitucional de que não haverá discriminação de qualquer tipo no ordenamento jurídico brasileiro.

O Ministro Relator apesar de ter se utilizado de conceitos metafísicos e extralegais, fundamentou o reconhecimento com base no princípio da igualdade por meio da interpretação conforme a Constituição. Tanto o método interpretativo quanto a escolha de argumentos, corroboram com a teoria elaborada por Dworkin para a solução dos casos difíceis; o uso de argumentos de princípio para fundamentar uma decisão cuja questão é insensível a escolha do legislador, por meio do direito como integridade.

Do ponto de vista material e da fundamentação, a democracia resta aperfeiçoada, pois mais um tipo de discriminação foi eliminado.

Trata-se de uma questão insensível a escolha do legislador; se a questão fosse deixada para a escolha da maioria, e caso esta decidisse pelo não reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, incorreria em uma violação direta ao Princípio da Igualdade. É uma forma de proteção do interesse das minorias, que também aprimora a democracia, tutelando os interesses de todos.

Ainda que contra a opinião de certos grupos, como os religiosos, o reconhecimento do instituto não oferece nenhum tipo de ameaça concreta à sociedade ou às políticas públicas; lembrando que, a todos interessados, foi dado o direito de manifestação.

Concluo, portanto, que foi acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a união homoafetiva, tratando-se de um caso de judicialização da política, pois obedece aos critérios analisados neste trabalho. Critérios estes que podem ser enumerados da seguinte forma: fundamentação adequada, ausência de contradição com o texto constitucional, ausência de conflito com políticas legislativas, insensibilidade a escolha do legislador e legitimidade ativa para proposição da ação.

Chegando-se, assim, à conclusão de legitimidade democrática da decisão pela observação de todos os critérios aqui elencados, de modo que a sua ausência implicaria na necessidade de reanálise desta legitimidade.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais.** Revista Forense n. 351, p.3-17.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 6, setembro 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf)>. Acesso em: 10 fev 2012.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil).** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-9-mar%c7o-2007-luiz%20roberto%20barroso.pdf>>. Acesso em: 10 fev 2012.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo (Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart).** São Leopoldo: Unisinos, 2001.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/a-constituicao-federal>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Estatísticas do Registro Civil de 2006.** Disponível em: <[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>. Acesso em: 20 Out. 2010.

BRASIL. **Lei Nº 9.278, de 10 de Maio de 1996.** Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2011.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BRASIL. **Lei Nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 10 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 1. Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União Homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. [...]. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo [...]. 3. Tratamento constitucional da instituição da família [...]. 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. [...] 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. [...] 6. Interpretação do art. 1723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). [...] **ADPF132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20111018-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20111018-02.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial: O Caso Brasileiro**. Palestra proferida no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF, do Ministério Público do Estado do Pará, em Belém-PA, no dia 08/06/2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Família, ética e afeto**. In: IV Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2003, Belo Horizonte. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?25,8>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FASSÒ, Guido. **Neojusnaturalismo**. In: BOBBIO, Norberto (Org.). **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: UnB, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro Vol. VII - Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GREEN, Leslie. **The Concept of Law Revisited**. Michigan Law Review, Vol. 94: 1687. Michigan: May, 1996. Disponível em:

<[http://osgoode.yorku.ca/osgmedia.nsf/0/eab814622fd687b8852571cd006f34f5/\\$file/michigan-v94.pdf](http://osgoode.yorku.ca/osgmedia.nsf/0/eab814622fd687b8852571cd006f34f5/$file/michigan-v94.pdf)>. acesso em: 10 maio 2011.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

\_\_\_\_\_. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

MEDEIROS, Jorge Luís Ribeiro de. **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.

MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva: A Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família: estruturação jurídica e psíquica. Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIMIONI, Rafael. **Ativismo ou Passivismo Judicial? O Problema da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas em Ronald Dworkin**. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Vol. 15, nº 21, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/335/332>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

WOLFE, Christopher. **From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: the transformation of judicial review in America**. In: *First Principles Series*, n. 2, March, 2006.