

**A TEORIA DOS
CONSTRANGIMEN-
TOS DO RACIOCÍ-
NIO JURÍDICO E
SEU TESTE DE VER-
DADE: UMA ANÁ-
LISE RETRODITIVA
DA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRI-
MENTO DE PRE-
CEITO FUNDAMEN-
TAL Nº 132/RJ**

*THEORY OF CON-
STRAINTS OF LEGAL
REASONING AND HIS
TRUTH TEST: AN ANAL-
YSIS OF THE ARGU-
MENT OF RETRODITIVA
COMPLY WITH FUNDA-
MENTAL CONCEPTS Nº
132/RJ*

*Gustavo Just da Costa e
Silva¹*

Igor Beltrão Castro de Assis²

Resumo

O presente artigo trata da teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico, subproduto da teoria realista da interpretação, em sua versão francesa. A relevância do tema se evidencia em razão da escassez de obras que tratem desta temática, sendo essa teoria de conhecimento bastante restrito entre os estudantes e profissionais do direito em nosso país. A escolha do tema resulta do desejo de tornar a teoria conhecida e visa a estimular a produção acadêmica acerca da matéria. Também, por pretender a teoria um conhecimento produzido em bases empíricas, faz-se necessário por à prova as suas teses e conclusões, na análise prática, a fim de permitir a sua verificação experimental, sendo este o segundo objetivo a ser perseguido neste trabalho. Dessa forma, o primeiro capítulo abordará a teoria realista da interpretação, expondo suas principais teses para, posteriormente, tratar do seu subproduto, a teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e de como essa teoria pretende a formação de um conhecimento jurídico empírico, de viés não-interpretativo. Qual o seu projeto e quais as maneiras que propõe para a sua consecução. Por seu turno, o segundo capítulo irá tratar da análise, propriamente dita, do jul-

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Doutor em Direito pela Universidade de Paris X. Procurador da Fazenda Nacional.

² Bacharelando em Direito pela UFPE.

gamento da ADPF 132/RJ, buscando encontrar, no interior da argumentação jurídica ali desenvolvida, elementos para a identificação da atuação dos constrangimentos e, assim, proceder a um teste de verdade da teoria, verificando a sua compatibilidade ou não com o empirismo que pretende obedecer.

Palavras-chave: Teoria Realista da Interpretação. Teoria dos Constrangimentos do Raciocínio Jurídico. Jurisdição Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Hermenêutica Jurídica.

Abstract

This article deals with the theory of constraints of legal reasoning, a byproduct of the realist theory of interpretation, in its French version. The relevance is evident due to the lack of literature addressing this issue, and this theory very limited knowledge among students and practitioners of law in our country. The theme of the apparent desire to make known theory and aims to stimulate academic research on the subject. Also, for intending theory knowledge produced on empirical evidence, it is necessary to proof their theses and conclusions in the practical examination in order to allow its experimental verification, this being the second objective to be pursued in this work. Thus, the first chapter will address the realistic interpretation theory, exposing its main theses to then deal with its byproduct, theory of constraints of legal reasoning and how this theory aims at the formation of an empirical legal scholarship, not bias -interpretive. What is your project and what it proposes ways to achieve them. In turn, the second chapter will discuss the analysis itself, the trial ADPF 132/RJ, seeking to find, within the legal arguments developed here, to identify the elements of performance

constraints and thus carry out a test the truth of the theory, checking their compatibility with empiricism or not you want to obey.

Keywords: Theory of Interpretation realistic. Theory of Constraints Legal Reasoning. Constitutional jurisdiction. Accusation of breach of fundamental precept No 132/RJ. Legal hermeneutics.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo apresentar a versão francesa da Teoria dos Constrangimentos do Raciocínio Jurídico, subproduto da teoria realista da interpretação, visando a familiarizar o leitor brasileiro com a metodologia empregada na tentativa de produção de um conhecimento jurídico empírico, de viés não-interpretativo, pela Escola de Nanterre, identificando suas principais características e métodos de análise e, ao fim, proceder a um efetivo teste de verdade das suas conclusões, empregando os conceitos doravante estudados na análise da manifestação desses constrangimentos no curso da argumentação jurídica desenvolvida a partir dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental nº 132/RJ, cuja decisão será oportunamente examinada.

A teoria dos constrangimentos jurídicos constitui uma versão atualizada do projeto realista de concepção de um conhecimento jurídico a partir do modelo das ciências empíricas, aderindo à definição positivista de verdade como correspondência, princípio geral do positivismo jurídico. Contudo, a teoria não explicita a sua concepção do teste da experiência ao qual poderia ser submetida, tendo-se por certo, tão somente, o caráter retrospectivo de análise, que consiste em identificar, *a posteriori*, os efeitos dos constrangimentos no interior da argumentação jurídica. É exatamente por este viés que o presente trabalho pretende realizar um teste de verdade a verificar se é mesmo possível uma análise empírica da atuação dos constrangimentos a

partir dos seus resultados, isto é, da decisão interpretativa.

1. A TEORIA DOS CONSTRANGIMENTOS DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

1.1. O PROJETO DE CONCEPÇÃO DE UM CONHECIMENTO JURÍDICO A PARTIR DO MODELO DAS CIÊNCIAS EMPÍRICAS. A TEORIA REALISTA DA INTERPRETAÇÃO

A teoria realista da interpretação, doravante denominada TRI, constitui uma manifestação do ceticismo interpretativo³, nota característica de diferentes correntes teóricas contemporâneas⁴. Com efeito, a perspectiva *não cognitivista* é obtida a partir de diferentes tradições da teoria do direito e interage com variados contextos político-institucionais, inspirando projetos

³ Para OTTO PFERSMANN, 2014, p.155, não se trataria de um ceticismo doutrinário, mas de uma negação da possibilidade de conhecer e descrever certos objetos de acordo com certos métodos. *“Il n’est donc*

nullement question d’un scepticisme doctrinaire, mais bien de la négation de la possibilité de connaître et de décrire certains objets selon certaines méthodes”.

⁴ JUST, Gustavo. *Interpréter Les Théories de L’Interprétation*. Ed. L’Harmattan, 2006, p. 145.

de reflexão e pesquisa cuja extensão ou ênfase nessa perspectiva pode variar consideravelmente⁵. Como exemplo, temos o movimento dos *Critical Legal Studies (CLS)*, que assume a forma de uma associação, a uma parte, da abordagem sociológica do ceticismo quanto às regras (o direito não pode ser nem determinado, nem objetivo, nem neutro), legada pela tradição jurídica realista americana e, a outra parte, de perspectivas intelectuais, tais como o neomarxismo, mobilizado pela crítica ao liberalismo, por sustentar um discurso teórico dedicado, em grande medida, à denúncia do uso mistificador e ideológico da linguagem jurídica, resultando de uma nova perspectiva sobre o estudo da língua, com base nesses referenciais⁶. Isso está igualmente presente nos autores que, sob o mesmo contexto político e constitucional da jurisprudência hermenêutica, desenvolvem, em um sentido fortemente cético,

com base em uma orientação iniciada pela tópica e a *nouvelle rhétorique*, uma teoria jurídica dominada por uma análise das condições e formas pelas quais se emprega no direito uma linguagem ontologizante, constitutiva do processo inevitável de construção retórica da linguagem jurídica⁷. O ceticismo interpretativo se manifestaria, assim, em nome de uma atualização do positivismo, kelseniano, notadamente, na teoria do direito, conduzida sob a influência do realismo jurídico e da filosofia analítica⁸.

Essa corrente teórica (TRI) se associa a dois principais polos de pesquisa: na Itália, à chamada Escola de Gênova, cujo iniciador teria sido Giovanni Tarello, e que tem como representantes atuais Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiasoni, entre outros; e, na França, àquela que se poderia

⁵ JUST, Gustavo, *idem*, *ibidem*.

⁶ FAIRCLOUGH, Norman. *Language and Power*. Ed. Longman Group UK Limited, 1996, p. 13.

⁷ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. Ed. Saraiva, 2011, p. 179.

⁸ JUST, Gustavo. *Idem*, *ibidem*.

chamar de Escola de Nanterre, cujo mentor incontestado é Michel Troper.

Em ambas as tradições ou polos de pesquisa, a TRI possui uma tríplice matriz teórica: a filosofia analítica, donde a retórica analítica, que “procura ter uma visão descritiva e abstrair-se de preferências axiológicas, mesmo diante de objetos valorativos”⁹, o positivismo kelseniano¹⁰ e a tradição do realismo jurídico,

tanto americano, como escandinavo.

E é propriamente na versão francesa da teoria que se reconhece mais claramente uma versão atualizada do “projeto de conceber um conhecimento jurídico a partir do modelo das ciências empíricas”¹¹. A teoria realista da interpretação pretende extrair esse projeto a partir de um de seus subprodutos: a *teoria dos*

⁹ ADEOTADO, João Maurício. *A Retórica Constitucional – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 37.

¹⁰A propósito da postura positivista, Troper escreve: “A ciência do direito, enquanto ciência, deve se limitar a conhecer o seu objeto, dele nada podendo mudar, mas conhecer somente o que dele for cognoscível. Seu objeto é, com efeito, a lei como ela é, e não como deve ser. O pressuposto anticognitivista seria também o de proibir toda tentativa de modificação, feita em nome da ciência: como não é possível um conhecimento do que o direito é, a doutrina que pretenda descrever um dever ser objetivo, se torna culpada de piores fraudes: fazer passarem seus próprios desejos por produto de uma pesquisa científica”. *In verbis*: “*La science du droit, en tant que science, doit se borner à connaître son objet, c’est-à-*

dire qu’elle ne doit pas chercher à le modifier, et qu’elle ne doit tenter de connaître que ce qui est connaissable. Son objet est en effet le droit tel qu’il est et non tel qu’il devrait être. Le présupposé anticognitiviste interdirait d’ailleurs toute tentative de modification, faite au nom de la science: comme il n’y a pas de connaissance de ce qui doit être, la doctrine qui prétendrait décrire un devoir être objectif se rendrait coupable de la pire des escroqueries: faire passer ses propres désirs pour le produit d’une recherche scientifique”. TROPER, Michel. “Le positivisme juridique”, in *Pour une Théorie juridique de l’Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 35.

¹¹ JUST, Gustavo. “O realismo interpretativo e a teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico: uma leitura hermenêutica”, in: CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. *Constitucionalização do Direito Positivo: Teoria Hermenêutica e Aplicação*. Ed. Nossa Livraria, 2009, p. 10.

constrangimentos do raciocínio jurídico, que iremos abordar mais adiante.

1.2 AS TESES REALISTAS

Primeiramente, é preciso apresentar, de maneira sintética, as principais teses da teoria realista da interpretação, cuja fundamentação, para Just, revelaria um “jogo entre apego à tradição do normativismo positivista e demolição crítica, de índole cética, de muitas das representações teóricas e ideológicas que essa mesma tradição legou ao mundo dos juristas¹²”. A TRI pode se resumir, na lição de Troper, em três proposições principais, a saber: a) *a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento*; b) *ela não tem por objeto normas, mas enunciados ou fatos*; c) *a interpretação deve ser entendida como exercício de um poder*.

Sumariamente, a tese da *interpretação como uma função*

da vontade é, fundamentalmente, uma concepção da relação existente entre a interpretação e o sentido do objeto interpretado¹³. O sentido não teria uma existência independente da interpretação, como quer a tese da interpretação-conhecimento, que subordina a interpretação ao significado, que constitui uma espécie de “barreira” imposta pela natureza às investigações sobre as causas¹⁴, mas, ao contrário, não poderia ser descoberto ou descrito, seria, na realidade, produzido pelo intérprete. Logo, estaria o sentido subordinado à interpretação, e não o inverso. Assim, o sentido que o texto normativo, significante, poderia apresentar de fato, não seria direito, porque o texto, ele mesmo, não seria oponível ao intérprete, tendo em vista que não é direito antes de feita a interpretação¹⁵. Essa tese se apresenta como uma radicalização da teoria da

¹² CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 10.

¹³ JUST, Gustavo. Op. cit., p. 149.

¹⁴ HUME, David. *Investigação sobre o Entendimento Humano*. 2ª ed. São Paulo: Editora Escala, 2003, p. 86.

¹⁵ PICARD. Etienne. “Contre la Théorie realiste de l’interprétation juridique”. *Revue juridique de l’USSEX*, n. 10, p. 23, 2009.

interpretação exposta no capítulo final da Teoria Pura do Direito que, não mais admitindo a noção de “moldura” das interpretações possíveis, restabeleceria a coerência da teoria com a “*meta-ética anti-cognitivista*” que a inspira¹⁶.

A interpretação não tem como objeto normas, e sim textos ou fatos. Essa segunda proposição realista deriva da tese da interpretação como uma função da vontade, associada à definição kelseniana da norma jurídica como o significado de um ato de vontade¹⁷, e não como mero enunciado linguístico. De fato, se a interpretação produz o significado, o que estaria em linha com a tese da interpretação-vontade, e se a norma é um significado, então a norma não poderia preexistir à interpretação, a qual, por seu turno, não a poderia tomar como objeto¹⁸.

Se a norma não pode ser considerada como o objeto da interpretação, isso é

porque ela é na verdade o seu resultado. A interpretação, assim, deve ser entendida como o *exercício de um poder*. Isto porque, independentemente do seu conteúdo e dos métodos empregados, produz normas jurídicas¹⁹. O titular do poder de interpretação é toda autoridade competente para conferir uma interpretação que não pode ser contestada e que por isso se incorpora ao texto. Dessa forma, uma corte habilitada a interpretar a lei de forma autêntica pode ser considerada como dotada de um poder legislativo, e os responsáveis por interpretar a Constituição, como titulares de um poder constituinte. Tal é o caso das jurisdições supremas, mas também de qualquer outra autoridade habilitada a dar uma interpretação que não pode ser judicialmente contestada. Nesse sentido, o aspecto mais formidável, nas palavras de Just, do poder de interpre-

¹⁶ CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio, Op. cit., p. 11.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes, 6ª ed. São

Paulo: Editora Martins Fontes, 1996, p. 249.

¹⁸ JUST, Gustavo. Op. cit. p. 152.

¹⁹CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 11.

tação consistiria na possibilidade de a autoridade interpretar os textos que instituem sua própria competência e, assim, expandi-la²⁰.

Parte da doutrina francesa argumenta, nesse sentido, que a TRI legitimaria o poder dos órgãos autênticos, ideologicamente²¹. Em Emmanuel Dockès, por exemplo, para a TRI, o direito não existiria juridicamente, mas aos juízes seria reconhecida uma espécie de monopólio: somente eles poderiam dizer o conteúdo do direito. Assim, os realistas reconheceriam ao juiz um tipo de monopólio de influência concreta, e, por consequência, um monopólio da jurisdição. Em vista disso, o realismo apresentaria a desvantagem prática de tornar juridicamente inquestionável a decisão do juiz²². Em suma, o realismo não seria uma teoria jurídica descritiva, senão uma teoria política que legitimaria

o poder do juiz e, nesse sentido, uma teoria concorrente da doutrina da democracia, ou da soberania, ou da separação de poderes.

1.3 A TEORIA DAS CONSTRIÇÕES. PRO- PRIAMENTE

Decerto o intérprete dispõe de uma grande liberdade em sentido jurídico, trazida no caráter irrecorrível de suas decisões, mas suas interpretações não são, de maneira nenhuma, uma função do seu livre arbítrio. A observação do direito positivo mostra que, apesar dessa liberdade, os atores jurídicos não fazem tudo o que seria possível fazer, mas são orientados a

²⁰ JUST, Gustavo. Op. cit. p. 154.

²¹ MILLARD, Eric. “Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l’interprétation”. In: BÉCHILLON, D., BRUNET, P., CHAMPEIL-DESPLATS, V. e MILLARD, E.

L’architecture du droit, Mélanges en l’honneur du professeur Michel Troper. Paris: Economica, 2006, p. 725-734.

²² DOCKÈS, E. *Valeurs de la démocratie (huit notions fondamentales)*, 2004. apud MILLARD, Eric. Op. cit., p. 730.

um número restrito de soluções²³. Seu comportamento é limitado por diferentes espécies de fatores cogentes, (constrições, *contraintes*), que determinam de que modo exercerá sua liberdade jurídica para dar ao texto um significado em detrimento de outro. Alguns desses fatores são de ordem psicológica, sociológica, ou mesmo política, enquanto outros podem ser considerados especificamente jurídicos por provirem do próprio sistema jurídico, isto é, do “conjunto formado pelos órgãos dotados²⁴”, tratando-se de um verdadeiro contrapeso à liberdade no sentido jurídico.

A noção de constrições especificamente jurídicas decorre da convergência de duas ideias principais. A primeira é a da configuração do sistema jurídico, que teria dois componentes fundamentais: o conjunto dos órgãos dotados

de competências normativas e o conjunto dos conceitos empregados no raciocínio jurídico. A segunda ideia postula que o intérprete tem, por estar inserido nessa configuração do sistema, uma propensão a agir de modo que a sua existência institucional não se veja ameaçada, e que sua posição relativa seja preservada e até mesmo melhorada²⁵. Daí resulta que quando da escolha de uma decisão entre outras, particularmente de uma decisão interpretativa, uma autoridade leva em consideração as decisões que os outros órgãos do sistema poderiam vir a tomar, verificando, além disso, se o seu raciocínio se inscreve num conjunto de conceitos que ela própria já empregou anteriormente ou que são empregados por outros. Assim, tais constrições são ditas *materiais*, não em um sentido estritamente material, daquelas resultantes de fatos exteriores ao

²³ TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. “Proposition pour une théorie des contraintes juridiques”, in: TROPER, Michel, CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique e GRZEGORCZYK,

Christophe. *Théorie des Contraintes Juridiques*. Paris: L.G.D.J, 2005, p. 11.

²⁴ CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit. p. 12.

²⁵ CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 13.

mundo do direito e que podem vir a exercer influência sobre a decisão jurídica, mas são ditas jurídicas, pois resultam unicamente da configuração do sistema jurídico. E são materiais uma vez que se considera que o sistema jurídico não se constitui de um mero conjunto de normas criadoras de obrigações jurídicas, mas como um sistema em que as obrigações jurídicas que são produzidas, elas mesmas, determinam certos efeitos que são tomados, aqui, como fatos ou circunstâncias materiais. E é a partir desses fatos e circunstâncias que surgiriam essas restrições para o intérprete, consideradas puramente fatuais, mas que decorreriam, no entanto, do sistema jurídico, pelo que ele implica de fato²⁶. Desse ponto de vista, o direito não exclui o fato. Ele é o fato²⁷.

Gustavo Just apresenta uma esquematização básica que visa a distinguir três

aspectos dessa noção muito geral da atuação das restrições²⁸:

1) A necessidade de *legitimar* a decisão interpretativa junto aos seus destinatários, assim como de *persuadir* os membros de um órgão colegiado, quando for o caso. Tal constituiria uma *restrição objetiva* que obrigaria a recorrer a argumentos extraídos da verdade do texto, ou, mais genericamente, a fundamentar a decisão afirmando que ela decorre de uma norma. A melhor fundamentação, desse ponto de vista, consistiria em afirmar que não se poderia agir de outro modo, isto é, numa “dissimulação do poder²⁹” de que deveras se dispõe.

2) O intérprete se veria obrigado, lado outro, a fim de *preservar* a sua posição relativa no sistema de competências, a levar em conta o modo como os demais atores

²⁶ PICARD, Etienne. Op. cit., p. 23.

²⁷ TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, V. Op. cit., p. 14.

²⁸ CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 13.

²⁹ TROPER, Michel. *La théorie du droit, le droit, l'Etat*. 2001, apud CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. *Ibidem*.

poderiam exercer suas próprias competências. Num sistema de balanceamento de poderes as normas organizam as relações entre autoridades de tal forma que o poder discricionário de uns dissuade os outros de exercerem desmesuradamente o seu próprio poder discricionário. Por exemplo, uma corte constitucional pode ver-se constringida a modular os efeitos de sua decisão de forma a não provocar o exercício do poder de reforma que pode ser de seu interesse evitar, de acordo com as circunstâncias.

3) Ao fim, o intérprete seria constringido a *ser coerente* com os métodos e os conceitos que utiliza com vistas à manutenção de seu poder de dizer o direito. Poder este que é definido como a capacidade de influenciar o comportamento de outrem, para o que a sua manutenção depende do uso moderado, traduzindo-se pela estatuição de regras gerais e estáveis, uma

vez que, se as jurisdições superiores viessem a atribuir qualquer significado a qualquer texto, as jurisdições inferiores e os próprios jurisdicionados não teriam como regular as suas próprias condutas. No exemplo do juiz constitucional, uma sequência de interpretações arbitrárias poderia conduzir a que se colocasse em questão a sua legitimidade, mas, sobretudo, ele não poderia continuar a determinar, como atualmente o faz, o conteúdo de toda a legislação futura³⁰.

1.4 O PROJETO (INACABADO) REALISTA

O realismo interpretativo se associa à epistemologia positivista para colocar as bases de uma concepção do conhecimento jurídico em seus dois níveis: a ciência do direito e a teoria do direito. A ciência do direito teria por objeto as interpretações autênticas, conduzindo assim à formulação de proposições pela simples

³⁰ TROPER, Michel. La théorie du droit, le droit, l'Etat. 2001, apud CALVANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit. p. 14.

constatação do fato empírico de que uma autoridade deu a determinado texto um determinado significado. Mas a ciência do direito teria para Troper, além desse, um segundo objeto: a descrição do processo que conduz ao ato de interpretação. Um processo cujo aspecto relevante para a ciência jurídica é o sistema de constrições que decorrem da especificidade do raciocínio jurídico. A ciência do direito despreveria, assim, as normas e as constrições que determinam a sua produção³¹.

Por seu turno, o objeto da teoria do direito só poderia ser aquilo que tivessem em comum todos os direitos positivos ou ao menos uma parte deles, ou seja, a sua *forma* (acima de tudo o seu caráter hierarquizado) e o raciocínio dos juristas. No decorrer do trabalho teórico, este tem a tendência a absorver aquela como objeto de análise, na medida em que a própria

forma dos sistemas jurídicos não seria uma qualidade que estes possuam independentemente das representações que deles têm aqueles que atuam em seu próprio interior, assim, o direito é hierarquizado e formado por normas postas unicamente porque os juristas, ao tomarem decisões e emitirem novas normas, partiriam exatamente da ideia de que o direito é hierarquizado e formado por normas postas. Presume-se, então, a adoção de certo *modelo de racionalidade*³² por parte dos intérpretes do direito. Tais representações corresponderiam às teorias que são empregadas, explícita ou presumidamente, pelos juristas, teorias estas que se trata precisamente de analisar quando a teoria geral do direito cuida do raciocínio dos juristas. A adoção dessas teorias como objeto significa não apenas descrevê-las, como também tentar compreender as constrições que tornaram

³¹ CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 15.

³² BRUNET, Pierre., CHAMPEIL-DESPLATS, V. “La théorie des contraintes juridiques face à la théorie des sources du droit”. In:

CARTUYVELS, Y., DUMONT, H., GÉRARD, Ph., HACHEZ, I., OST, Fr. e KERCHOVE, M. van de. *Les sources du droit revisitées*. Bruxelles: F.U.S.L., Louvain-la-neuve, 2012, p. 12.

necessários tanto a sua aparição quanto seus conteúdos específicos, daí que descrever o direito, numa perspectiva teórica geral seria, em última análise, descrever as teorias empregadas pelos juristas e as constrações que as fizeram nascer³³. A análise em termos de constração jurídica, portanto, funcionaria, essencialmente, sob um modo explicativo “*Se... então*”. *Se* o intérprete do direito tivesse tal concepção, tal tipo de racionalidade, se ele quisesse produzir tal tipo de norma em função de tal tipo de pressuposto, *então* ele seria constrangido a justificá-lo por tal fonte, tal argumento, tal conceito, tal tipo de norma³⁴. Assim, a teoria dos constrangimentos não substituiria as teorias anteriores de fontes. Ela proporia um discurso *meta-jurídico* que se adicionaria, como uma alternativa explicativa possível às teorias existentes. Essa mudança de perspectiva visa a propor uma reconstrução ou uma narração plausível sobre o processo de

produção de normas jurídicas, ou pelo menos de algumas delas³⁵.

Essa concepção do conhecimento jurídico reivindicaria, então, expressamente, uma matriz epistemológica *anti-hermenêutica*. Enquanto que o paradigma hermenêutico sustenta que a interpretação e o conhecimento são inseparáveis, a teoria realista, ao contrário, afirma que se excluem. Entretanto a TRI parece estar condicionada por esse paradigma na medida em que, como afirma Just, a elaboração de seu próprio projeto científico estaria marcada pela preocupação de fundar um conhecimento jurídico purificado de qualquer elemento interpretativo, definindo-se como uma variante do positivismo jurídico, pretendendo concluir o projeto de construir uma ciência do direito a partir do modelo das ciências empíricas, dizendo-se uma transposição da filosofia do empirismo lógico no campo da teoria do direito. Seria preciso

³³ TROPER, Michel. La théorie du droit, le droit, l'Etat. 2001, apud CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit. p. 15.

³⁴ BRUNET, Pierre., CHAMPEIL-DESPLATS, V. Op. cit., p. 13.

³⁵ Idem, *ibidem*.

então compreendê-la como uma atualização desse projeto³⁶, o que significaria separar a ciência jurídica e a interpretação, ou mais precisamente purgar a primeira de qualquer traço da segunda. Eliminar os juízos de valor significaria então evacuar a interpretação. O modelo descritivo da ciência passaria a equivaler a um modelo *não interpretativo*.

Contudo, em que pese a adesão da teoria da realista ao modelo positivista-empirista de verdade como correspondência entre o enunciado e o objeto descrito, ela não explicita sua concepção do *teste da experiência*, nem explica em que consistiria exatamente o teste de verdade ao qual poderia ser submetida uma análise das constrições.

Quanto a esse ponto, a teoria das constrições evoca o conceito de *retrodição*, oriundo da historiografia de Paul Veyne, dando como certo o caráter retrospectivo da análise. Retrodição não como mera subsunção de diversos

eventos a leis gerais (*law-covering*), mas como conceito baseado em experiências do mundo físico, não em termos de causalidade ou de regularidade dos fenômenos naturais, mas na existência de convenções, de tipos, de costumes, mais ou menos constantes. Não podendo, contudo, jamais predizer que tal causa de um evento histórico irá sempre produzir os mesmos efeitos em todas as sociedades, mas, sob o fundamento de que a espécie humana se repete um pouco. Conduzir a conclusões gerais mais ou menos prováveis³⁷. Desse modo, a análise das constrições se refere sempre ao passado, havendo Troper concebido um conhecimento jurídico que não faz prognósticos e que é sempre retrospectivo: a ciência descreve a norma que já foi produzida e as constrições que conduziram à sua produção, não podendo o procedimento de verificação consistir jamais em esperar a decisão para só

³⁶ CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 16.

³⁷ BRUNET, Pierre., CHAMPEIL-DESPLATS, V. Op. cit., p. 05.

então atestar a sua conformidade ou não àquilo que havia sido previsto.

Assim, a ação das constringências não seria observável diretamente, mas somente seria imediatamente acessível aos sentidos o seu resultado, isto é, a decisão interpretativa. Os estudos conduzidos sob a influência da teoria das constringências adotariam sempre uma perspectiva diacrônica³⁸, levando em conta os *contextos decisórios*³⁹, o que é compatível com a visão de uma experiência em escala histórica, muito embora não se disponha, à primeira vista, de um procedimento claro de isolamento ou de mensuração dos respectivos efeitos, o que é um problema.

Outra questão, de ordem conceitual, é a de que se

afirma que o fato de que o intérprete se conduza de maneira idêntica em situação diversa não invalidaria, a princípio, a explicação proposta pela análise das constringências jurídicas. Tal significaria simplesmente que, na situação (S2), o intérprete não agiu como *homo juridicus* racional, o que torna aparentemente supérfluo o teste empírico uma vez que se estabelece um mecanismo circular de validação da análise, tendo em vista que o *homo juridicus* nada mais é que aquele que se comporta em conformidade com a propensão à sua própria preservação institucional, uma propensão que a teoria realista postula para todos aqueles que dispõem de competências normativas em um sistema jurídico, que são constringidos a agirem de maneira

³⁸ CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 16.

³⁹ A propósito, o ensaio inaugural do volume coletivo *Théorie des contraintes juridiques*, publicado em 2005, disciplina que “o intérprete se vê constringido se, numa situação diferente, isto é, no caso de uma repartição de competências jurídicas distinta da atual, ele teria agido de outro modo, ou que, se tivesse agido da mesma

maneira, ele o teria feito por outras razões, psicológicas, morais, etc. Não se afirma que não existam outras soluções além daquela a que conduziu a constringência jurídica, mas unicamente que se o intérprete escolhe uma outra, é porque não agiu racionalmente enquanto *homo juridicus*”. TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Op. cit., p. 14.

coerente com os elementos que lhes são estritamente exteriores, mas que devem ser levados em conta em razão do sistema dos quais evoluem. A coerência dos sistemas jurídicos, assim, não poderia ser explicada com referência a princípios ou a representações axiológicas ou teleológicas do direito, mas pelo posicionamento que cada um dos intérpretes do sistema adota com relação a um conjunto de elementos jurídicos (atores, enunciados, decisões...). A teoria das restrições constituiria, assim, uma teoria específica da coerência das ordens jurídicas⁴⁰. Dessa forma, o *homo juridicus*, para os fins da teoria das restrições, não é o indivíduo psicológico, mas deve ser entendido como uma *abstração objetiva*⁴¹. Em suma, ele é aquele cujas escolhas são determinadas pelas restri-

ções jurídicas, desqualificando-se como irracional aquele que não agir de acordo com o comportamento jurídico típico definido pela teoria. Assim, a teoria das restrições institui uma circularidade, pois “define um modelo de ação que produz uma hipótese para cada situação analisada, mas que funciona, ao mesmo tempo, como critério final de confirmação ou validação dessa hipótese⁴²”.

Essas são algumas das considerações baseadas em fragmentos de uma teoria que, em verdade, ainda está em construção. As pistas exploradas dão conta de certa incompatibilidade entre a análise das restrições e o empirismo, e entre o modelo de conhecimento não interpretativo que propõe, porquanto não pode prescindir de traços de uma abordagem interpretativa.

⁴⁰ CROTTET, Brice. Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes - Application à la question de la fragmentation du droit international, *Jus Politicum*, n. 7, 2012, p. 2-3.

⁴¹ MILLARD, Eric. “Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes”, in: TROPER, Michel,

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique e GRZEGORCZYK, Christophe. *Théorie des Contraintes Juridiques*. Paris: L.G.D.J, 2005, p. 149.

⁴² CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 21.

O teste de verdade proposto pela teoria das restrições será adotado no presente estudo na análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, no intuito de aprofundar o exame da teoria em sua aplicação a um caso concreto, bem como de verificar se o mesmo é, de fato, possível, sem que, contudo, isso implique na nossa filiação ao modelo não-interpretativo proposto.

2. A ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132/RJ À LUZ DA TEORIA DAS CONSTRIÇÕES. É POSSÍVEL UM TESTE DE VERDADE?

2.1 ANÁLISE DO CASO: A ADPF 132/RJ – RECO-NHECIMENTO DAS MESMAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA UNIÃO ESTÁVEL ÀS UNIÕES PÚBLICAS, CONTÍNUAS E

DURADOURAS DO MESMO SEXO

No sistema constitucional pátrio está presente a característica da rigidez⁴³ da Constituição, sobressaindo o princípio da supremacia das normas constitucionais que, na ilustração de Pinto Ferreira, é “como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político⁴⁴”. Com o escopo de assegurar essa supremacia constitucional, há previsão na própria Carta da República de todo um mecanismo voltando a policiar a ordem jurídica, tanto no que concerne ao controle de constitucionalidade das leis, como no tocante à tarefa específica de dar efetividade às normas constitucionais, exercício que será alvo de nossas atenções neste item.

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui uma das formas de controle concentrado de constitucionalidade, estando prevista no artigo 102, §1º, da Constituição

⁴³ DA SILVA, José Afonso. *Idem*, p. 45.

⁴⁴ FERREIRA, Pinto. *Op. cit.* p. 90.

Federal, produto da atividade do Poder Constituinte Originário, vindo a se somar aos mecanismos assecuratórios do princípio da supremacia constitucional, com a particularidade de tutelar com especificidade a supremacia dos preceitos fundamentais da Carta Magna.

Para o nosso objetivo, questões *de profundis* serão tratadas quando da análise específica do caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132/RJ à luz da estratégia argumentativa dirigida por constrangimentos de ordem jurídica, que orientaram o manejo dessa arguição e sua transformação

em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Para tal, analisemos, propriamente, o acórdão relativo à ADPF nº 132/RJ, prolatado em 04 de maio de 2011, tendo o Ministro Carlos Ayres Britto como Relator.

A ação ingressou no STF no dia 27 de fevereiro de 2008, movida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro, intimados os Tribunais de Justiça dos Estados e a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, e pretendia a interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723, do Código Civil⁴⁵ e dos artigos 19⁴⁶, incisos II e V e 33⁴⁷, I a X e Parágrafo

⁴⁵ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁴⁶ Art. 19 – Conceder-se-á licença:
II – por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;
V – sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir

em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

⁴⁷ Art. 33 – O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I – salário-família;
II – auxílio-doença;
III – assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;
IV – financiamento imobiliário;
V – auxílio-moradia;
VI – auxílio para educação dos dependentes;

único do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro).

Estes dispositivos tratam do reconhecimento da união pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher como entidade familiar, e disciplinam as regras para concessão de benefícios previdenciários para os servidores estatais e suas famílias.

O requerente indicou como preceitos fundamentais violados o direito à Igualdade (art. 5º, *caput*), o direito à liberdade, do qual decorreria a autonomia da vontade (art. 5º, inciso II), o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, IV) e o princípio da Segurança Jurídica (art. 5º, *caput*), todos da Constituição Federal.

O núcleo da impugnação estava centrado na ideia de que as parcerias homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado, emergindo de sua indiferença, que seria apenas aparente, e revelaria, em verdade, um juízo de desvalor, tendo em vista a existência de decisões estatais a emprestarem reconhecimento jurídico às relações heteroafetivas informais, traduzindo a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas, menor consideração a esses indivíduos, tratando-se de desequiparação inconstitucional ensejadora de insegurança jurídica.

Em sede de liminar, o Estado requereu fossem declaradas válidas as decisões administrativas que equipararam as uniões homoafetivas às uniões estáveis e a suspensão dos

VII – tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII – auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX – pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X – plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único – a família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

processos e dos efeitos das decisões judiciais que hajam se pronunciado em sentido contrário. Em pleito subsidiário, o Autor requereu fosse o pedido conhecido como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Isto porque é impossível conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental quando existente qualquer outro meio eficaz, sendo demonstrado o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O relator da ação, Ministro Carlos Ayres de Britto, chamou para julgamento em conjunto a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Após seu voto, que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli, uma vez que o ministro, ainda quando era Advogado Geral da União, fora instado a se

manifestar nestes processos, quando opinou pela procedência de ambas as ações. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Pelo requerente da ADPF 132, falou o professor Luís Roberto Barroso, que viria a se tornar ministro do Supremo em 2013, vindo a se declarar impedido para atuar no feito em 06 de agosto de 2013, após ter substituído o relator em razão da aposentadoria do Ministro Ayres Britto. Pelos *amicus curiae* foram ouvidas várias entidades, dentre as quais a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a Conferência Nacional de Bispos do Brasil – CNBB e a Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

Dos 11 ministros, estiveram presentes ao julgamento Ayres Britto, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello, César Peluso e Gilmar Mendes.

Por unanimidade, os ministros acordaram em julgar

procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras da união estável heteroafetiva (expressão que foi deliberadamente cunhada pelo ministro Ayres Britto, quando do seu voto), ficando autorizados os ministros a decidirem no futuro sobre a mesma questão, ainda que monocraticamente, independentemente da publicação do acórdão.

Curioso notar que dois juristas que participaram do processo, Dias Tofolli, pela Advocacia-Geral da União, e Luís Roberto Barroso, como representante de *amicus curiae*, viriam a se tornar, em pouco tempo, e ainda no curso daquele processo, Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A análise que vimos empreender consiste em ler os votos através das premissas já aventadas quando da esquematização básica dos três aspectos da noção mais geral da atuação das constrições apresentada por Just, em retrospectiva, valendo-nos do conceito de retrodição de Paul Veyne, no intuito de atestar a possibilidade de uma verifica-

ção experimental que nos permita submeter a teoria dos constrangimentos a um *teste de verdade*.

Por óbvio que nem toda ocorrência de intensidade retórica será recortada da decisão, uma vez que só interessam à análise aquelas que apresentam uma frequência considerável. Assim, é preciso revisar as premissas e os seus significados no contexto da presente análise empírica, aprofundando-os, na medida em que apresentamos os trechos dos votos dos ministros que denotam a perspectiva de influência. Cada trecho, quando citado, indicará, ao fim, a página correspondente ao acórdão, entre colchetes.

Primeira Premissa de atuação das constrições:

A necessidade de legitimar a decisão interpretativa junto aos seus destinatários, bem como de persuadir, quando for o caso, os demais membros de um órgão colegiado.

Esta primeira premissa constitui uma constrição objetiva que obriga o intérprete a recorrer a argumentos extraídos da verdade do

texto. A fundamentar uma decisão afirmando que ela decorre de uma norma, dissimulando o poder de que dispõe, ao afirmar que não poderia agir de outra forma. O intérprete identifica a vontade racional de alguém (legislador) com uma regra que se possa propor a si mesmo como uma lei e, assim, fugindo à ansiedade do confronto vivenciado quando, a partir da rede do universalismo das regras, o intérprete confronta um caso particular⁴⁸, perde a si mesmo e ao objeto do direito, implicando que as regras sejam autoaplicáveis e que o critério da aplicação seja não as circunstâncias únicas do indivíduo e do caso particular, mas nada além de doutrina. O próprio julgador perde a particularidade em seu esforço de universalizar e, assim, agindo na forma da lei, é ele próprio subsumido à lei universal e se

torna invisível⁴⁹, o que, em termos de estratégia retórica orientada por constrangimentos, pode ser conveniente quando o que se pretende é mascarar o voluntarismo que subjaz à decisão interpretativa.

A mencionada constrição assume claros e relevantes contornos quando a decisão interpretativa é fundamentada em uma norma constitucional. Afirma-se, então, que, em uma interpretação conforme a Constituição, atrelada à ideia de Estado de Direito, uma lei não quer dizer o que diz, mas aquilo que a Constituição diz que ela quis dizer. Assim, em um sentido muito próprio, a interpretação da lei e a atuação dos órgãos jurídicos obedecem, já não apenas ao princípio da legalidade, mas ao princípio da interpretação conforme a Constituição, que constitui, tal

⁴⁸ Em Bankowski, “o magistrado se encontra naquilo que Gillian Rose (...) denomina ‘o meio’. Esse lugar pode ser visto como situado entre o universalismo e a particularidade; entre a racionalidade da lei e o terceiro acidental (*contingent other*) ou entre o direito e o confronto existencial que é a sua aplicação”. (grifos no

original). BANKOWSKI, Zenon. “No espaço do julgamento: a ansiedade do confronto”, *in*: JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo e BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p. 46.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

como o citado princípio da legalidade, um constrangimento jurídico objetivo que obriga o intérprete a ser coerente com o texto constitucional e, por consequência, com a *palette* axiológica que o informa, porquanto, como chega a afirmar o Ministro Relator Ayres Britto, no nosso caso, “nela mesma, na Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas [16]”.

Valendo-nos de uma definição dicionarizada do termo coerência, podemos dizer que ele denota a “recíproca aderência que têm, entre si, todas as partes de um corpo⁵⁰”. Dessa forma, na argumentação jurídica dirigida por tais constrangimentos, o uso retórico da coerência supostamente existente entre as

partes do todo constitucional torna-se imperioso. As referências alusivas à unidade de sentido do sistema, as efetivas e “claras” respostas que esse mesmo sistema normativo obriga e que demonstram a atuação desse tipo de constrangimento, podem ser deduzidas das diversas referências ao texto de lei e do modo como se organizam os significantes de maneira a conferir a chamada unidade sistêmica, por meio do recurso aos métodos hermenêuticos clássicos, notadamente ao método sistemático, e às referências, claro, ao texto legal, que adquire conotação evidente, nítida, coesa, objetiva. Por seu turno, a conclusão a que se chega, torna-se, milagrosamente⁵¹, explícita.

⁵⁰ "coerência", in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*, 2008-2013, disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/coerência>>. Acesso em 17-06-2014.

⁵¹ O milagre como o que as pessoas creem ser um milagre, ainda que não possa ser provado. Nesse sentido, o milagre poderia “existir” ainda que nenhum poder sobrenatural de fato

existisse. É desse ponto de vista cético, literalmente, uma questão de crença, de criação social de sentido, que Torquato Castro o toma como objeto de sua observação. *In verbis*: “*A miracle is what people believe to be a miracle. Ultimately, it cannot be proven. A miracle in this sense would “exist” even if no supernatural powers indeed exist. It is, from this skeptical viewpoint, literally only a matter of belief; of meaning-creating social*

Vejamos como isso aparece nestes trechos dos votos dos ministros Ayres Britto, Luiz Fux (que chega a alegar que haveria um “conceito *constitucionalmente adequado* de família [57]”) e Joaquim Barbosa, respectivamente:

A primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo “sexo” é no inciso IV do seu art. 3º (...) para emprestar a ela o nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do §7º do art. 201) (...) trata-se (...) numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, (...) de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a masculina e a feminina. (...) **esse primeiro trato normativo (...) já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. (...) o que se tem no dispositivo constitucional (...) reproduzido (...) é a explícita veda-**

ção de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. [17-18] (destaques apostos).

A proteção constitucional da família não se deu com o fito de preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. **Prova disso é a expressa guarida, no §4º, do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição (...) consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais.** [57] (destaques no original).

Não há, no texto constitucional, qualquer alusão ou mesmo proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas (...) a própria Constituição estabelece que o rol de direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente por ela elencados (...) isto é, **outros direitos podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria, a Constituição, adotou. (...) a Constituição fez clara opção pela igualdade material ou substantiva (...) este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição,**

activity, which I here wish to observe from outside, like the science of religion would observe the various religions themselves?, in

JÚNIOR, Torquato Castro. *Exception or equity? Power and “miracle” in legal decision.* No prelo, p. 01.

quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. (...) Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, (...) normas estas auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais. [113-114]. (destaques apostos).

O resultado da atuação desse tipo de constrangimento e sua relação com a necessidade de legitimar a decisão interpretativa a ser tomada pelo intérprete, poucas vezes aparece tão claramente, no acórdão, quanto nestes trechos de uma intervenção do Ministro Gilmar Mendes onde este afirma, de modo categórico, que a legitimação do Supremo, enquanto corte constitucional, adviria justamente do fato de os ministros aplicarem a Constituição, e a Constituição enquanto norma.

É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do

fato de nós aplicarmos a Constituição, e a Constituição como norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico [118] (destaques apostos).

O Ministro, neste tom, ressalta a necessidade de que se explicitem claramente os motivos que os levaram a darem essa interpretação conforme, para além da literalidade dos artigos examinados, sob pena de que lhes seja atribuído um voluntarismo reputado como ilegítimo em sua posição institucional.

É preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. **Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos** [121] (destaques apostos).

No mesmo sentido, é então que o Ministro Marco Aurélio, prontamente, sentenciava que “a atuação judicante é sempre vinculada à Constituição e à legislação de regência [121]”, ao que o Ministro Relator assenta ser ela “sempre vinculada e objetiva [121]”,

em clara dissimulação do poder atrelada à retoricamente atribuída objetividade da norma constitucional que o vincula e, por consequência, legitima.

Segunda Premissa de atuação das constringões:

O intérprete se vê obrigado, a fim de preservar a sua posição relativa no sistema de competências, a levar em conta o modo como os demais atores poderiam exercer as suas próprias competências. Os precedentes e o raciocínio analógico para Alec Stone Sweet. A analogia.

Esta segunda premissa, consiste na identificação de que as normas organizam as relações entre as autoridades de tal maneira que o poder discricionário de uns, dissuade os outros de exercerem desmesuradamente os seus próprios poderes discricionários, gerando efeitos sobre a posição institucional do intérprete, modificando-a. Tal

modificação da posição institucional pode resultar de um constringimento jurídico sobre o ator em razão da decisão de outro ator do sistema, ou de um constringimento que um ator produziu e faz incidir sobre outros atores.

Um ator pode, assim, ser produtor e destinatário de constringimentos⁵², o que se pode dar em três tipos de situações, segundo a lição de Troper e Champeil-Desplats: a) o autor dos constringimentos estabelece um sistema futuro, do qual ele não será um elemento, e que produz constringimentos. Tal situação deriva dos mecanismos dos *checks and balances*, e ocorre em nível legislativo. Quando o legislador promulga a norma que cria o instituto da Reclamação Constitucional, por exemplo, ele constringe, objetivamente, o julgador, a prestar obediência, a levar em conta, em sua tomada de decisão, Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, sob pena de ter

⁵² TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. “Proposition pour une théorie des contraintes juridiques”, in: TROPER, Michel, CHAMPEIL-DESPLATS,

Véronique e GRZEGORCZYK, Christophe. *Théorie des Contraintes Juridiques*. Paris: L.G.D.J, 2005, p. 19 e s.

sua decisão cassada; b) o autor dos constrangimentos estabelece um sistema futuro, do qual ele será um elemento. Tratar-se-ia da hipótese, rara, em que um órgão constituinte seria, ao mesmo tempo, órgão constituído, aplicando, a si mesmo, o sistema criado por ele, por exemplo, quando o próprio órgão colegiado estabelece uma maioria qualificada de votação de seus próprios projetos; c) o autor dos constrangimentos estabelece um sistema presente do qual ele será um elemento, gerando efeitos tanto sobre os destinatários, quanto sobre os produtores dos constrangimentos, modificando o sistema em seu favor, mantendo a sua posição, ou reduzindo seus poderes e responsabilidades, por exemplo, por meio do emprego argumentativo dos precedentes e da analogia, sendo

estes últimos efeitos, os que nos interessam na presente análise.

As indicações anteriormente dispostas, baseiam-se no fato de que o regramento legal constitui *standards* (de comportamento) que os juízes selecionam, impõem e revisam. Desse modo, a jurisdição, dotada de autoridade, funciona de modo a reduzir a incerteza sobre a natureza e o escopo da norma, mas, também, de modo a provocar e reforçar os efeitos de *feedback*⁵³, uma vez que, além dos demais institutos legais, tais como a norma substantiva e os princípios doutrinários, existe a concepção ao menos minimamente robusta dos precedentes, que introduzem no sistema o conceito de *path dependence*, ou dependência do trajeto⁵⁴, esboçado por Sweet no

⁵³ SWEET, Alec Stone. “Path dependence, precedent and judicial power”, in: TROPER, Michel, CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique e GRZEGORCZYK, Christophe. *Théorie des Contraintes Juridiques*. Paris: L.G.D.J, 2005, p. 155 e s.

⁵⁴ “Um dos principais argumentos do institucionalismo histórico, para

o qual, as escolhas realizadas no momento de formação das instituições e das políticas, exercem um efeito de constrangimento sobre o seu futuro desenvolvimento em razão da tendência inercial das instituições que bloquearia ou dificultaria subsequentes mudanças, quando escolhas feitas quando uma instituição está

capítulo *Path dependence, precedent, and judicial power*, do volume coletivo *Théorie des contraintes juridiques*, da qual representa o fator básico de origem dentro do sistema legal, uma vez que os precedentes seguem, naturalmente, fundamentando as decisões futuras, constituindo uma das técnicas básicas empregadas pelos juízes para combater a permanente “crise de legitimidade” em que estão envolvidos⁵⁵, uma vez que, em nível externo, o funcionamento adequado dos papéis assegura a autolegitimação do sistema contra eventuais contingên-

cias advindas de possibilidades não previstas (complexidade)⁵⁶, constituindo um verdadeiro espaço de experiência⁵⁷ para a tomada de decisões futuras.

Em seu voto, por exemplo, o Ministro Luiz Fux, no intuito de legitimar social e institucionalmente a sua decisão interpretativa, procura respaldo na jurisprudência e nos atos normativos específicos dela decorrentes, com vistas a demonstrar que sua decisão decorre de outros juízos e análises precedentes acerca de situações similares, reduzindo suas responsabilidades, mini-

sendo formada, ou quando uma política está sendo iniciada, terão uma influência amplamente determinante no futuro”. BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (*path dependence*): definições e controvérsias teóricas. *Revista das Ciências Sociais*, São Paulo, v. 41, 2012, <
<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/4978/4434>>
 Acessado em 18-06-2014, p. 137-138.

⁵⁵ SWEET, Alec Stone, idem, p. 159.

⁵⁶ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, p. 65.

⁵⁷ Espaço da experiência que, em Koselleck, traduz-se no “passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados. Na experiência se fundem tanto a elaboração racional, quanto as formas inconscientes de comportamento, que não estão mais, ou que não precisam mais estar presentes no conhecimento”. KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado – contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro, Contraponto, Editora PUC Rio, 2006, p. 309.

mizando o impacto da controvérsia efetivamente existente e minorando a complexidade do entorno ao, retoricamente, confundir legitimidade social com a existência de precedentes jurídicos no sentido almejado pelo autor da ação:

A verdade é que **o mundo mudou. A sociedade mudou** e, nos últimos anos, **vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares. A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma plethora de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito à percepção de pensão por morte de seus parceiros (...) o acolhimento dos pedidos formulados (...) será, ao fim e ao cabo, não um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões (...) é momento,**

pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis (...) que os **compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade** (...) importante que se diga que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente à produção válida de efeitos de relações homoafetivas, em decisões monocráticas multicidadas nestes autos [66-68] (destaques apostos).

Decerto, em que pese a não configuração do *stare decisis* em nossa jurisdição, o argumento baseado na jurisprudência consolidada dos tribunais e do próprio Pretório Excelso constitui importante fator de legitimação, uma vez que, no exercício de seu papel estabilizador das controvérsias, pretensamente dentro dos limites legais, a Corte é chamada a fazer escolhas muitas vezes no sentido de “completar” a lei, de forma a incrementá-la, tornando-se *quasi-legisladores*⁵⁸, carecendo, portanto, da legitimidade que lhe pode ser facilmente conferida

⁵⁸Tomando emprestada a alusão de MacCormick ao termo latino, falso cognato da palavra portuguesa quase, significando, diferentemente desta, “como se” ou “assemelhado

a, em MACCORMICK, Neil. “Direito, interpretação e razoabilidade”, *in*: JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo e BARBIERI, Catarina Helena

pela aparência de segurança na continuidade do sistema, e da não arbitrariedade, no interior de uma argumentação fundamentada na jurisprudência dita consolidada. Não é à toa que a Ministra Carmen Lúcia, ao concluir o seu voto, assim o justifica:

Na esteira (...) da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados [91] (grifos e destaques apostos).

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, dessa vez em seu voto, demonstra quão constrangida é a sua tomada de decisão, especialmente quando se vê diante da necessidade de responder às críticas que haviam sido feitas ao denominado ativismo judicial do Supremo, e no sentido de que os ministros da Corte estariam se comportando como verdadeiros legisladores positivos,

exorbitando, portanto, ilegitimamente, de suas funções. O recurso à jurisprudência daquele tribunal e aos limites da decisão interpretativa vinculada à vontade do legislador e à objetividade da lei que, em sua afirmação, seria a tônica nos julgados do STF, resta ilustrada no trecho a seguir, e tem a nítida função de modificar a sua posição institucional, ao pretender modificar o próprio sistema em seu favor. Vejamos:

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição (...) Consoante a **prática vigente**, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado conforme à Constituição (...) segundo a **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador.** A interpretação conforme à Constituição, por isso, **apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (...)** e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da

própria concepção original do legislador (...) muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações (...) **a eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador.** Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto (...) uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e do nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, convertem-nas em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar. O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa

corretiva da lei [143-144] (destaques apostos).

Em seguida, o ministro passa a relatar diversos casos em que Corte passou a proferir o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*, sob a arguta pretensão de efetivar a fruição de direitos de importância, ao proferir decisões de eficácia aditiva e viés satisfativo. Nesta senda, sugerem as palavras do próprio Ministro Gilmar Mendes:

É certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional (...) **é sabido que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez lançamos mão: de que não podemos fazer isto ou**

aquilo porque estamos nos comportando como legislador positivo ou algo que valha. Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação (...) tem de ser realmente relativizada diante de pretensões que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção. Deve haver aí, uma resposta de caráter positivo. E se o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição dessa resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo. [147-148, e 154] (destaques apostos).

Tais argumentos, voltados tanto para o espaço formado da experiência, quanto, pelo viés satisfativo, para a formação de um horizonte de expectativas⁵⁹, funciona, para a teoria aplicada, como fator,

ao mesmo tempo, destinatário e produtor de constrangimentos jurídicos, e está na origem do raciocínio analógico originado dos precedentes.

Para Alec Stone Sweet, o modelo dos precedentes reivindica duas concepções básicas. A primeira consiste no fato de que a fonte mais genérica da indeterminação legal reside na tensão essencial entre a natureza abstrata da norma, de um lado, e a natureza concreta da experiência humana, de outro. No mundo da vida, o corpo legislativo é naturalmente imperfeito e incompleto, gerando a necessidade de adaptação da norma pela Corte. A segunda, no fato de que julgar, longe de ser uma atividade *sui generis*, constitui uma manifestação da propensão humana profundamente enraizada a, no emprego de um raciocínio analógico, dar sentido às coisas e eventos e, assim, gerenciar a complexidade do entorno⁶⁰.

⁵⁹ Como “ao mesmo tempo ligada à pessoa e ao interpessoal, (...) se realiza no hoje, é futuro presente, voltado para o ainda-não, para o não-experimentado, para o que apenas pode ser previsto”. In: KOSELLECK, R. op. cit. p. 310.

⁶⁰ SWEET, Alec Stone. “Path dependence, precedent and judicial power”, in: TROPER, Michel, CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique e GRZEGORCZYK, Christophe. *Théorie des Contraintes Juridiques*. Paris: L.G.D.J, 2005, p. 161.

Para a psicologia cognitiva, o raciocínio analógico consiste em um processo por meio do qual as pessoas conhecem e aprendem a respeito de uma nova situação (o alvo analógico), relacionando-a a uma situação que lhes seja mais familiar (a fonte analógica), que podem ser enxergadas como estruturalmente paralelas.

A habilidade de construir analogias é amplamente considerada como uma fração inata do pensamento⁶¹. Situações não familiares, que o indivíduo não consegue compreender no simples uso do seu conhecimento geral, estimulam a formação de analogias, que são empregadas para julgar e encontrar soluções para os problemas. O conjunto das potenciais fontes analógicas, portanto, é composto pela questão específica e imediata a ser resolvida (ou situação a ser julgada) e as experiências passadas do indivíduo, construindo, assim, a analogia. Sweet leciona, então, que a argumentação legal con-

sistiria em uma espécie de raciocínio analógico: os intérpretes raciocinam por meio de decisões passadas proferidas pela Corte (equivalentes às fontes analógicas), a fim de demonstrar a intersecção entre os novos contextos fáticos e os interesses legais em conflito (o alvo analógico), e assim encontrar uma solução adequada para eles.

Os psicólogos também se dedicaram à questão do que se poderia supor ser uma analogia própria, ou efetiva. As pesquisas demonstram que as analogias mais bem sucedidas (aquelas que melhor habilitaram as pessoas a julgarem situações e resolverem problemas), levaram em conta certos elementos, aos quais a literatura se refere usando, precisamente, o termo “construções”: quanto maior for a semelhança conceitual entre fonte e alvo, quanto mais estruturalmente paralelas forem as relações internas entre os seus elementos fundamentais, oferecendo

⁶¹ KEANE, M. Analogical Problem Solving, 1988, apud SWEET, Alec Stone, idem, ibidem.

uma maior pluralidade de soluções para os problemas concretos, mais efetiva é a analogia⁶².

O ponto crucial é entender que a formação da analogia traduz, perfeitamente, na opinião de Sweet, um processo de dependência do trajeto em que cada adaptação de uma fonte a um alvo analógico somente é possível em virtude da existência do resultado prévio de um raciocínio analógico que, por seu turno, depende de uma sequência de situações e problemas que os indivíduos já confrontaram e resolveram anteriormente. Na jurisdição, o raciocínio analógico encontra-se institucionalizado como um conjunto de práticas relativamente estáveis. Advogados e juízes fazem uso dele conscientemente, e o resultado de suas deliberações é fartamente documentado, o que facilita a identificação e o mapeamento das analogias retoricamente apropriadas.

O raciocínio analógico é um instrumento útil na tomada de decisões. Os litigantes trazem ao processo questões envolvendo a aplicação ou não de determinada norma a um caso concreto, com seus desdobramentos futuros. Os juízes vão responder às questões, com referência ao modo como decidiram questões análogas anteriores, e o preferem, porquanto o raciocínio analógico não apenas qualifica a decisão *per se*, mas garante a própria legitimação social do julgador. Formalizando os resultados dos raciocínios analógicos na criação dos precedentes, os intérpretes conferem, assim, ao sistema legal, um grau de “relativa determinação”, formatando verdadeiros quadros argumentativos futuros (*argumentation frameworks*) que, por sua vez, irão produzir novos constrangimentos. O mesmo se dá, quando o intérprete toma por base um texto de lei que guarda alguma similitude com outro, usando criativamente de sua paradoxal

⁶² SWEET, Alec Stone. “Path dependence, precedent and judicial power”, in: TROPER, Michel,

CHAMPEIL-DESPLATS, Véro-nique e GRZEGORCZYK, Christophe. *Théorie des Contraintes Juridiques*. Paris: L.G.D.J, 2005, p. 162.

proibição que, na verdade, constitui a maior de suas obrigações genuinamente positivas. Fala-se da orientação pelo emprego da analogia, fundamentada na proibição do *non liquet*⁶³.

O acórdão analisado é farto em referências diretas a essa forma de manifestação da segunda premissa estudada, como se pode observar no trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski que será transcrito em sucessivo. Antes, porém, imperioso descrever o entendimento daquele ministro, no sentido de que o legislador constituinte teria remetido a definição de entidade familiar denominada união estável para o âmbito do direito infraconstitucional, o qual seria *expresso* em consignar, seja no art. 1º, da Lei nº 9.278/96, seja no art. 1.723, do Código Civil, que tal instituto caracterizar-se-ia pela “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família” sempre “entre o homem e a mulher”,

sendo *exatamente* o que estabelece o art. 226, §3º, da Constituição, *não havendo como* se enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma das espécies de família. Lembra, aliás, que, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte, “a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto [98]”. Sendo certo que não haveria, ali, como se cogitar de uma mutação constitucional, ou mesmo de se conferir interpretação extensiva ao dispositivo, em vista dos limites constitucionais à separação de poderes, fez uso da interpretação analógica:

Ora, embora essa relação [homofetiva] não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encarado no art. 226, da Carta Magna,

⁶³ VELASCO, José Ignacio Cano Martínez de. *La analogía. Derecho y lógica*. Barcelona: J.M Bosch, 2012, p. 59.

a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise. Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os jurisconsultos romanos, *ex facto oritur jus*. Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais. A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto (...) a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso. Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica (...) com o fim de colmatar as lacunas (...) existentes no ordenamento legal, aplicando, no

que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia [100-101] (destaques apostos).

Contudo, para não desbordar dos limites legais às suas atribuições e, assim, não permitir a deslegitimação de sua decisão interpretativa, o ministro recua:

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento jurídico [105] (grifos e destaques apostos).

Dessa forma, o que se estaria por reconhecer, na opinião do ministro, não seria uma *união estável homoafetiva* por interpretação extensiva do §3º, do art. 226, da Constituição, mas uma *união homoafetiva estável* mediante um processo de integração analógica “desvelando-se”, por esse modo,

outra espécie de entidade familiar, ao lado daquelas já previstas, note-se, como se ela o tempo todo estivesse ali, o que fica evidente no uso, proposital, do termo “desvelar”, concluindo com a máxima “*ubi eadem ratio ibi idem jus* [106]”. No mesmo sentido, advoga o Ministro Gilmar Mendes, em sua intervenção:

Diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, de quando em vez, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Então, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível [124].

Terceira Premissa de atuação das constrições:

O intérprete é constrangido a ser coerente com os métodos e conceitos que utiliza com fins a manutenção de seu poder de dizer o direito. A questão da “escolha” do ficar em silêncio.

Por derradeiro, cumpre-nos examinar o modo como o intérprete administra a coerência em seu discurso, com fins à manutenção de seu

poder de dizer o direito, determinando, assim, o conteúdo da legislação futura, por meio da estatuição de regras gerais, notadamente, principiológicas, e mediante o “uso” do silêncio.

Embora das linhas acima já decorra a noção, preliminarmente aventada, de que o intérprete, em sua decisão, é constrangido a ser coerente com suas razões, tal coerência, até então, no curso do presente trabalho, esteve, de certa forma, restrita à sua relação com a necessidade de se conferir completude ao sistema, por exemplo, por meio do recurso aos precedentes e ao raciocínio analógico, além do expediente à própria Constituição, no interior de uma análise intrasistêmica. Nossa pretensão atual, todavia, é a de explicitar de que forma os Ministros do Supremo administram conceitos e métodos, moderadamente, com fins a legitimar a decisão interpretativa na não-arbitrariedade - uma vez que, se as jurisdições superiores viessem a atribuir qualquer significado a qualquer texto, as jurisdições inferiores e os pró-

prios jurisdicionados não teriam como regular as próprias condutas -, e o “uso” do silêncio, sendo o uso, aqui, metafórico⁶⁴.

A universalidade de expressão das leis está igual e necessariamente envolvida em qualquer resposta que um juiz ou tribunal elabore para as questões-problema formuladas. Uma vez consideradas, argumentativamente, certas características, e não outras, de um objeto ou conceito para a tomada da decisão interpretativa, fica-se comprometido a tratar essas mesmas características como relevantes, do mesmo modo, em qualquer outro contexto decisório futuro. A decisão individual, assim, precisa ser universalizável e, de fato, será normalmente expressa de forma universal. Trata-se de uma característica inerente à lógica da fundamentação⁶⁵. Pela natureza do

caso, todavia, isso implica a existência de escolhas que precisam ser justificadas. Para justificar preferências entre possibilidades antagônicas, Neil MacCormick oferece o modelo dos “três Cs” – consequências (enquanto implicações das abordagens feitas quando do julgamento, em casos futuros), coerência e consistência (com o texto. No sentido de não-inconsistência). Propomos a reunião dos conceitos sob a epígrafe da coerência, uma vez que, ao considerar as implicações futuras de uma sua decisão interpretativa antes de tomá-la, o intérprete é coerente, como o é aquele que evita inconsistências legais ao confrontar o texto de lei, obedecendo-o. Os “três Cs” respeitam, em verdade, segundo pensamos, um só princípio: o da coerência.

Em seu voto, por exemplo, o Ministro Gilmar

⁶⁴ Considerando que seu efeito sobre a compreensão é sempre, de certa forma, “estético”. Ver JÚNIOR, Torquato Castro. *A Pragmática das Nulidades e a Teoria do Ato Jurídico Inexistente (Reflexões sobre Metáforas e Paradoxos da Dogmática Privatista)*. São Paulo, Editora Noeses, 2009, p. 69

⁶⁵ MACCORMICK, Neil. “Direito, interpretação e razoabilidade”, in: JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo e BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p. 39.

Mendes, ao confrontar a literalidade dos arts. 226, §3º, da Constituição Federal, e 1.723, do Código Civil vigente, que são expressos em estabelecer a união estável como a união havida entre um homem e uma mulher, e tencionando superá-la, contudo, evitando inconsistências incoerentes com o texto normativo, evita enfrentar diretamente os conceitos envolvidos, a exemplo dos conceitos de homem, mulher, e união estável, de menor grau de indeterminação, e passa a motivar a sua decisão interpretativa com base em princípios gerais de direito, de maior grau de indeterminação e manejo, evitando, eventualmente, “quebrar uma perna⁶⁶”.

Tendo em vista (...) que o texto [da lei civil] reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional, (...) em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme.

Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Talvez o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme (...) é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se esse dispositivo como óbice, como proibição. **É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.** [92] (destaques apostos).

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente (...) da possibilidade de reconhecer, **mas não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios, a**

⁶⁶ “As palavras estão em nosso caminho! – Onde os antigos homens colocavam uma palavra, acreditavam ter feito uma descoberta. Como era diferente, na verdade! – eles haviam tocado num problema e, supondo tê-lo resolvido, haviam criado um obstáculo para sua solução

– Agora, a cada conhecimento, trocamos em palavras eternizadas, duras como pedras, e é mais fácil quebrarmos uma perna do que uma palavra”. NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 43.

união estável entre pessoas do mesmo sexo. [92-93] (destaques apostos).

O debate, nestas linhas, não toca o texto, veja-se. Por convenção, chamamos princípios aos textos que somos levados a entender como normativos, mas cujo conteúdo, de tão escasso, não nos revela a norma que supostamente contém. Debates sobre princípios são travados quase sem texto. Nos debates em apreço, o sentido de princípio como norma principal (da dicotomia principal x secundário), é evidente. O que se está “querendo” destacar não é a indeterminação, mas a importância da norma, infirmando o óbvio: “o mais importante (as normas principais; os princípios) é mais importante que o menos importante (as normas secundárias; as regras), de modo que se lhes deve dar a importância que têm (mais importância; precedência)⁶⁷”. Daí o problema, que não nos cabe discutir, quiçá perfunctoriamente, que se lê: se a norma

não está no texto, será mesmo uma norma? Se for, onde está a norma? Quem a decifra? Quem deve com ela guardar coerência ou organizá-la coerentemente? Nas palavras do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, tal cabe à Turma:

Assim, interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que **este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência**, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. [36] (destaques apostos).

Dada a sua maior indeterminação, que lhe confere denotada fluidez, torna-se possível emprestar praticamente qualquer conteúdo a um princípio, o que decerto levou Sundfeld a afirmar, em seu texto, que “vive-se hoje um ambiente de geleia geral no direito (...) em que princípios vagos podem justificar

⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. “Princípio é preguiça?”, in: JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo e BARBIERI, Catarina Helena Cor-

tada. *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p. 290.

qualquer decisão⁶⁸”. Muito mais fácil é vencer a literalidade e, por correlação, a legalidade, retoricamente, mantendo-se a legitimidade da decisão, quando tal decorre de imprecisões normativas de caráter principiológico, necessárias aos jogos de poder existentes na sociedade, especialmente quando tais imprecisões, carentes de um *núcleo duro*⁶⁹ normativo, são aptas a serem preenchidas com toda sorte de axiomas morais, ao sabor das pressões populares. Indiscutivelmente mais fácil que enfrentar as letras, cuja literalidade, para Torquato Castro, “retoricamente faz-se passar por objeto empiricamente verificável (as palavras da lei sendo a própria lei)⁷⁰” e legítima a crença na segurança jurídica como uma “crença na neutralidade e estabilidade de determinadas palavras escritas⁷¹”, especialmente em culturas jurídicas da escrita.

Neste mesmo sentido de guarda de coerência, além da constrição no sentido de que o intérprete deve fundamentar sua decisão em regras gerais, em que pese a sua moderação, a que reputamos princípios gerais do direito, decerto é preciso ser coerente, também, no silenciar.

É que, num viés consequencialista, é preciso ser coerente para com o futuro, sopesando implicações vindouras. No nosso sentir, é preciso, assim, saber *usar* as palavras. E saber usar as palavras, significa, também, saber quando não as usar. Reconhecer quando se deve silenciar, não deixar, senão somente na promessa, o que virá a ser dito, o que virá a existir por meio da palavra. É nesse sentido que falamos em silêncio. E no momento do silêncio, que se dá quando o intérprete, constringido, não vai além, não esgota o sentido do texto,

⁶⁸ Idem, p. 287.

⁶⁹ Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁷⁰ JÚNIOR, Torquato Castro. “Metáforas de Letras em Culturas Jurídicas da Escrita: Como se é Fiel à

Vontade da Lei?”, in: BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade – Da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009, p. 151.

⁷¹ Idem, *ibidem*.

não dilargueia os já imprecisos limites da decisão interpretativa, assegurando o seu poder futuro de dizer o que o texto o quis. Nesta toada, as implicações *pro futuro* e a *pre-ocupação* com projetos do porvir é acentuada neste trecho do voto do Ministro Luiz Fux, que inaugura essa preocupação no texto do acórdão.

Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências (...) A sociedade evoluiu e a Suprema Corte, que é a voz da sociedade, também acompanha essa evolução (...) sempre me encantou a máxima *ub societas ibi ius*, “onde há sociedade, há o Direito”. E se **a sociedade evoluiu, o Direito evoluiu, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes. De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial – mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada –, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou (...) que está disposta a fazê-lo.** (...) Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, pleitear que eles fossem reconhecidos à luz da comu-

nhão que têm, da unidade, da identidade e, acima de tudo, porque eles querem erigir um projeto de vida. Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida (...) **nós daremos a esse seguimento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.** [78, 79-80] (destaques apostos).

Por seu turno, o Ministro Gilmar Mendes, no curso do seu voto, manifesta sua preocupação com a ampla extensão que a Corte pode vir a conferir aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva, deixando abertamente de se pronunciar acerca de outros desdobramentos que ultrapassem os limites da norma interpretanda e da fundamentação apresentada, “em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que (...) pode acarretar”. Frise-se que, ao não mencionar futuros desdobramentos em sua decisão, bem como ao não enfrentar um conceito, de certa forma, *de-finindo-o*, o intérprete mantém o seu poder jurisdicional. O poder de dizer novamente o direito aplicável, em um caso futuro. Quando

uma nova situação envolvendo aqueles conceitos ainda não operacionalmente fechados, apresentar-se, o intérprete poderá, novamente, apreciar o pedido, fechando o conceito ou mantendo-o aberto, ocasião em que estará, novamente, em suas mãos, o poder de determinar a legislação futura. Vamos ao trecho.

Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar (...) uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, (...) deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa. (...) é que se nós reconhecermos que há esse direito, ou que há direitos a uma proteção, em seguida deve-se indagar sobre o seu correspondente dever de proteção. E a essa lacuna ou a essa não disciplina do dever de proteção, impõe-se também algum tipo de solução. E, aí,

certamente nós podemos, então, ter diversas divergências apenas de como fazê-lo (...) por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo (...) e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. [176, 179 e 190] (destaques apostos).

No mesmo tom, em voto do Ministro César Peluso:

Também julgando procedente a ação, estamos, como bem relevou o Ministro Gilmar Mendes, diante de um campo que eu diria hipotético, que, em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, não podemos examinar exaustivamente, por diversos motivos. Primeiro, porque os pedidos não comportariam, e, segundo, porque sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte. [262] (destaques apostos).

Torna-se imperioso, assim, limitar ou restringir os

efeitos da decisão interpretativa, usando moderadamente de conceitos e métodos de interpretação, considerando os seus efeitos *pro futuro*. Isso significa a pronúncia de certos efeitos, com o silêncio de outros, reputados como impertinentes ou desbordantes, que extravasam os limites da coerência, “passando a mensagem” de que a decisão não é arbitrária e que abre espaços para a atuação legislativa. Nesse sentido, também, a constrição opera o efeito de manter a posição institucional do intérprete, evitando o poder de reforma legislativa que seja interessante evitar, ou a inovação do ordenamento pelo Legislativo. A esse respeito, o Ministro Gilmar Mendes:

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, (...) são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo Tribunal. Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significati-

vamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. [144] (destaques apostos).

De se notar que a decisão interpretativa, para estes casos em que se inova no ordenamento, “completando” a norma, gera constrangimentos em face de outros poderes administrativos, notadamente, sobre o Poder Legislativo, que é constrangido a atuar, regulamentando os efeitos da equiparação empreendida, contribuindo o Poder Judiciário para a criação de um sistema presente em que ele é um dos elementos, para atermo-nos ao caso analisado, o que parece claro aos intérpretes da Corte, que aludem à função quase “libertadora” das decisões daquele Tribunal, que o convoca a atuar. Os Ministros César Peluso e Ayres Britto:

Da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia, (...) tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se a regulamentar as situações em que a

aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar essa equiparação. MINISTRO CÉSAR PELUSO. [263] (destaques apostos).

A nossa decisão, na linha do pensamento de Vossa Excelência – espero traduzir bem –, **é um abrir de portas para a comunidade homossexual, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo.** MINISTRO AYRES BRITTO. [264] (destaques apostos).

CONCLUSÕES

Como visto, no presente trabalho, procurou-se apresentar um esboço da variante francesa da teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico, com seus principais conceitos e teses, distinguindo aspectos gerais de atuação das restrições especificamente jurídicas no interior da argumentação judicante, visando a, além de tornar conhecido o seu arcabouço teórico, proceder a um *teste de verdade* de suas proposições, pre-

tensamente objetivas e de caráter não-interpretativo, calha repisar, com o intuito de, a partir de uma análise que tomou por base o conceito de retrodição Veyneriano, portanto, vinculada aos resultados da atuação das restrições, ou seja, à decisão interpretativa, verificar a compatibilidade da análise dos constrangimentos às exigências do positivismo empirista que a inspira.

Nesta senda, analisou-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, a partir de cuja decisão pôde-se atestar, com efeito, empiricamente, a presença de elementos de constrangimentos que puderam ser identificados no conjunto das teses centrais da teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico. De fato, as premissas levantadas no presente estudo foram confirmadas, uma vez que, da análise dos votos de cada ministro, pôde-se atestar, com base nos modos de atuação dos constrangimentos expostos, a presença de elementos de restrição que, efetivamente, direci-

onaram a decisão interpretativa, no interior de uma análise empírica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. Ed. Saraiva, 2012.

_____. *A Retórica Constitucional – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

_____. *Ética e Retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

BÉCHILLON, D., BRUNET, P., CHAMPEIL-DESPLATS, V. e MILLARD, E. *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*. Paris: Economica, 2006.

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (path dependence): definições e controvérsias teóricas. *Revista das Ciências Sociais*,

São Paulo, v. 41, 2012, Disponível em <http://seer.fclar.unesp.br/pectivas/article/view/4978/4434> Acesso em 18-06-2014.

BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade – Da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009.

CARTUYVELS, Y., DUMONT, H., GÉRARD, Ph., HACHEZ, I., OST, Fr. e KERCHOVE, M. van de. *Les sources du droit revisitées*. Bruxelles: F.U.S.L., Louvain-la-neuve, 2012.

CAVALCANTI, Francisco, BRANDÃO, Cláudio. *Constitucionalização do Direito Positivo: Teoria Hermenêutica e Aplicação*. Ed. Nossa Livraria, 2009.

CROTTET, Brice. Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes - Application à la question de la fragmentation du droit international, *Jus Politicum*, n. 7, 2012.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/coerência> Acessado em 17-06-2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAIRCLOUGH, Norman. *Language and Power*. Ed. Longman Group UK Limited, 1996.

HUME, David. *Investigação sobre o Entendimento Humano*. 2ª ed. São Paulo: Editora Escala, 2003.

JÚNIOR, Torquato Castro. *A Pragmática das Nulidades e a Teoria do Ato Jurídico Inexistente (Reflexões sobre Metáforas e Paradoxos da Dogmática Privatista)*. São Paulo, Editora Noeses, 2009.

_____. *Exception or equity? Power and “miracle” in legal decision*. No prelo.

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo e BARBIERI, Catarina

Helena Cortada. *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

JUST, Gustavo. *Interpréter Les Théories de L’Interprétation*. Ed. L’Harmattan, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado – contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro, Contraponto, Editora PUC Rio, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PICARD. Etienne. Contre la Théorie realiste de l’interprétation juridique. *Revue juridique de l’USSEX*, n. 10, 2009.

PFERSMANN, Otto. Une théorie sans objet - une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 52, abril 2014.

TROPER, Michel, CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique e GRZEGORCZYK, Christophe. *Théorie des Contraintes Juridiques*. Paris: L.G.D.J, 2005.

TROPER, Michel. *Le positivisme juridique, in Pour une Théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994.

VELASCO, José Ignacio Cano Martínez de. *La analogía. Derecho y lógica*. Barcelona: J.M Bosch, 2012.