

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

LAURA MÜLLER MEIRELES ASSUMPÇÃO

**A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVISTA E EXCLUSIVISTA
NA TOMADA DE DECISÕES DAS CORTES SUPREMAS BRASILEIRAS**

PORTO ALEGRE

2022

LAURA MÜLLER MEIRELES ASSUMPÇÃO

**A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVISTA E EXCLUSIVISTA
NA TOMADA DE DECISÕES DAS CORTES SUPREMAS BRASILEIRAS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero.

PORTO ALEGRE

2022

LAURA MÜLLER MEIRELES ASSUMPÇÃO

**A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVISTA E EXCLUSIVISTA
NA TOMADA DE DECISÕES DAS CORTES SUPREMAS BRASILEIRAS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em _____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Professor

Professor

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de registrar meu agradecimento especial ao meu professor e orientador Daniel Mitidiero, tanto pelas aulas ministradas que, inclusive, me permitiram aguçar a curiosidade acadêmica e desenvolver o presente trabalho, quanto pelo auxílio e orientação para elaboração deste.

Ainda, não poderia deixar de registrar o incondicional apoio e suporte dos meus amigos, meu namorado e, em especial, meus familiares, os quais destaco os que presenciariam de perto todo o processo para atingir o resultado final contemplado neste trabalho: João Pedro (meu inseparável irmão), Anna Cristina (minha mãe, minha fiel escudeira) e Suzana (minha avó e maior fã).

Por fim, gostaria de reservar um espaço nos presentes agradecimentos para uma singela homenagem. Dedico o presente trabalho, principalmente, ao meu pai: o inesquecível Alexandre Lomba, que, infelizmente, nos deixou em fevereiro, mesmo tão jovem e com toda uma trajetória pela frente. Mais do que meu pai, fostes - e sempre será - a minha inspiração de vida. Brincávamos que eras um advogado frustrado, pois, em que pese médico do exército, eras apaixonado pelo direito. Quando estávamos na virada do ano de 2021 para 2022 eu te fiz um pedido: “por favor, tenta sobreviver até eu me formar”. Respondestes que iria lutar ao máximo para isso, pois era um dos teus grandes sonhos; tinhas muito orgulho de mim. Infelizmente, meu bravo guerreiro, a vida não possibilitou que isso acontecesse. Mas saibas que em cada segundo de dedicação, estudo, aperfeiçoamento e em cada conquista na minha vida pessoal, acadêmica e profissional, eu te levo comigo, em minhas mãos.

As mãos de meu pai

As tuas mãos tem grossas veias como cordas azuis
sobre um fundo de manchas já da cor da terra
– como são belas as tuas mãos
pelo quanto lidaram, acariciaram ou fremiram da nobre cólera dos justos...
Porque há nas tuas mãos, meu velho pai, essa beleza que se chama simplesmente
vida.
E, ao entardecer, quando elas repousam nos braços da tua cadeira predileta,
uma luz parece vir de dentro delas...
Virá dessa chama que pouco a pouco, longamente, vieste alimentando na terrível
solidão do mundo,
como quem junta uns gravetos e tenta acendê-los contra o vento?
Ah, como os fizeste arder, fulgir, com o milagre das tuas mãos!
E é, ainda, a vida que transfigura as tuas mãos nodosas...
essa chama de vida – que transcende a própria vida...
e que os Anjos, um dia, chamarão de alma¹.

¹ QUINTANA, Mário. **Poesia completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2005, p. 491.

RESUMO

Ao longo do desenvolvimento teórico acerca da dogmática jurídica, diversas vertentes buscavam definir o direito e, acima de tudo, os elementos determinantes no tocante ao fenômeno jurídico. Dentre elas, houve grande destaque para o embate entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Para muitos, o positivismo jurídico tratava-se de teoria uma que compreendia o Direito tão somente como a letra fria da lei, determinando que a tarefa dos aplicadores do direito seria, tão somente, de natureza declaratória. Contudo, dentro do espectro positivista, emanaram-se duas diferentes vertentes: a exclusivista e a inclusivista. Partindo de uma breve explanação teórica dessas diferentes compreensões, a presente monografia busca demonstrar qual delas se mostra mais adequada para a função exercida pelas Cortes Supremas na ordem jurídica brasileira e como esta escolha poderia impactar concretamente na tutela dos direitos no Brasil.

Palavras-chave: positivismo; inclusivismo; interpretação.

ABSTRACT

All over the theoretical development about legal dogmatics, a lot of different views tried to define law and, most of all, the legal phenomenon determinant elements. Amongst them, there was a big spotlight when it came to the clash between jusnaturalism and legal positivism. To a big number of people, legal positivism was an only-part theory that defined Law only as the literal legislation text, establishing that law applies function was only declaratory. However, inside the positivism theory, it came out with two different points of view: the exclusivist and the inclusivist. Starting from a theoretical explanation about these two different points of view, the current monograph aimed to demonstrate which of them is more appropriate when it comes to the Supreme Court function inside the Brazilian law and how this choice between them could concretely impact the law assurance in Brazil.

Keywords: positivism; inclusivism; interpretation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O DIREITO PRÉ-POSITIVISMO: CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA.....	10
3 POSITIVISMO JURÍDICO EM SUA PERSPECTIVA EXCLUSIVISTA.....	12
3.1 DESAFIOS E INCONSISTÊNCIAS DA VERTENTE EXCLUSIVISTA.....	14
4 POSITIVISMO JURÍDICO EM SUA PERSPECTIVA INCLUSIVISTA	18
4.1 DIREITO E MORAL	19
4.2 O POSITIVISMO JURÍDICO LÓGICO-INCLUSIVO E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	23
4.3 OS PRINCÍPIOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	28
4.4 TÉCNICAS INTERPRETATIVAS E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES: O POSITIVISMO LÓGICO-INCLUSIVO NA ATUAÇÃO DAS CORTES	30
4.5 O MODELO DE CORTES SUPREMAS EM APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	32
5 ANÁLISE DE CASO	34
5.1. ADI 4277: A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	34
5.1.1 Contextualização.....	34
5.1.2 O positivismo jurídico inclusivo como aliado à garantia dos direitos	36
5.1.3 A importância da figura do amicus curiae e das análises sociojurídicas do Direito Comparado	39
5.1.4 As análises jurídicas e extrajurídicas construídas para a formação do precedente e a garantia plena da tutela dos direitos.....	42
5.1.5 Entendimento majoritário: a técnica de interpretação extensiva sob a ótica do sistema constitucional.....	45
5.1.6 Entendimento minoritário: a técnica de integração analógica frente à lacuna legislativa.....	49
6 CONCLUSÃO	55
7 REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência. Como toda ciência, possui um objeto de estudo que circunda em torno da pergunta “o que é?”. Para boa parte das ciências, essa pergunta é respondida com um certo nível de tranquilidade. Todavia, o Direito não é algo tão facilmente delimitável. Pelo contrário, o Direito é tão complexo e tão plural que definir o seu objeto pode ser, inclusive, mais difícil do que estudá-lo.

A questão da interpretação do Direito sempre foi e sempre será um dos maiores pilares da sua ciência. Diversos foram os doutrinadores, no decorrer das mais variadas épocas, que se dedicaram ao estudo da hermenêutica jurídica. Nesse sentido, surgiram múltiplas teorias visando explicar qual seria a maneira correta de interpretar as normas jurídicas para a aplicação devida do direito em determinado ordenamento. Uma das principais correntes foi a do positivismo jurídico. Apesar de muitos enxergarem a vertente positivista como *una*, a mesma possui variações distintas com ideias diferentes sobre o assunto.

Mesmo para a mais prática das situações que o Direito proporciona, como emitir uma decisão, tem-se por trás toda uma construção do pensamento jurídico. Das entrelinhas de um precedente, poderíamos extrair as mais complicadas discussões sobre dogmática jurídica. Afinal, ao tomarmos uma decisão, estamos interpretando o Direito e, ao fazê-lo, estamos tomando escolhas que nem mesmo percebemos.

Cada jurista, ao exercer seus mais variados ofícios, depara-se com questões em que, internamente, acaba decidindo-se por uma das possíveis formas de compreender o que é o Direito. E não só os juristas, como as instituições jurídicas acabam tomando algum caminho nessa trajetória.

Dessa forma, antes de discutir o mérito ou até a parte mais técnica de uma decisão que embasa um precedente, precisamos colocar em pauta sob qual ótica da teoria do Direito estamos enfrentando determinado problema. E, claramente, é preciso manter-se fiel à alternativa escolhida, porque diretrizes que mudam constantemente são a maior arma contra a segurança jurídica.

Em razão disso, o presente trabalho visa mostrar (de uma maneira muito breve, é claro) as principais opções que os estudiosos do Direito nos deram para enxergarmos o fenômeno jurídico. Após tal exposição abreviada, tem-se a principal pergunta que norteia o estudo: “Sob qual ótica da teoria do direito devem atuar as

cortes supremas do Brasil (STF e STJ) e como isso pode ser contemplado na prática da interpretação por essas Cortes?”. Afinal, sem definirmos o que as cortes devem fazer, dificilmente será possível que elas promovam a unidade do Direito e a correta articulação do processo civil².

O tema a ser tratado na presente monografia apresenta uma relevância elevada diante da necessidade da segurança jurídica em todo e qualquer ordenamento jurídico. Cada cidadão brasileiro precisa viver sua vida tendo conhecimento de quais atitudes pode, não pode ou até mesmo deve tomar diante de algumas situações. É preciso que haja um mínimo de previsibilidade na tomada de decisões das cortes brasileiras. A base de tal ideal encontra assento nas raízes da teoria do direito e nas técnicas de hermenêutica jurídica.

Neste sentido, é preciso que haja uma orientação uniforme na atuação das cortes supremas no sentido de delimitar sob qual corrente de interpretação as decisões a serem tomadas serão preferencialmente baseadas. Logo, é prudente conhecer a base das possíveis vertentes e analisar qual delas se encaixa melhor no ordenamento brasileiro para que as cortes supremas tenham uma orientação para decidir, bem como verificar a prática dessa aplicação. O tema deve ser abordado para que possamos visualizar com mais clareza os meios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para conduzir suas decisões e formar os precedentes, ou seja, a definição do que é o Direito para o nosso ordenamento jurídico.

Na presente monografia, para atingir os objetivos pretendidos, utilizaremos de uma análise breve e simplificada das principais teorias do direito (em especial, o positivismo em sua dupla ótica) no que tange à interpretação de normas e como essas correntes explicavam que deveria ser a atuação dos aplicadores do Direito. Após essa primeira etapa, será feita uma análise mais pormenorizada da teoria do positivismo jurídico lógico-inclusivo e dos princípios jurídicos (visto ser a principal hipótese do trabalho de que esta seja a teoria mais adequada para o nosso ordenamento). Por fim, para ilustrar a dimensão prática do presente trabalho, será feito o estudo de um caso das cortes supremas sob a ótica das ideias apresentadas anteriormente.

² MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 17.

2 O DIREITO PRÉ-POSITIVISMO: CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA

Não é possível compreender a ótica positivista (*lato sensu*) desconsiderando o contexto em que surgiu e revolucionou o pensamento jurídico de sua época. Até então, não havia, propriamente, uma preocupação com o estabelecimento de uma ciência do Direito, de forma que a lei e sua aplicação não traziam segurança para os indivíduos. O critério para a concretização do Direito era a “justiça”, mesmo que se tratando de conceito abstrato e com diversas concepções distintas, o que não trazia nenhuma certeza.

No século XVIII, prevalecia a forma de governo monárquica em boa parte da Europa Ocidental. O Direito nesse contexto, era, portanto, necessariamente ligado ao soberano, de forma que representasse uma codificação unilateral e hierárquica. Contudo, como os autores da época poderiam explicar a origem do Direito diante deste cenário? Para alguns, como Rousseau, era simples: o direito vinha da natureza. Tal ideia formou a base do movimento jusnaturalista que predominou, justamente, entre os séculos XVII e XVIII.

A origem da justiça universal estaria vinculada a um ideal primitivo e divino que, por falta de sanções naturais dos homens, teve que ser, de certa forma, transcrito através das leis e convenções³. O ideal norteador do Direito, portanto, estaria calcado nessa concepção universal de justiça estabelecida mediante um pacto coletivo, ao qual autores da época (como Rousseau, Hobbes e Kant) denominaram “*contrato social*”⁴.

Havia, portanto, como um fator comum entre as teorias da época, a ideia de que Direito e moral, de certa forma, se misturavam e, em certa medida, podiam, inclusive, coincidir⁵. Isso, contudo, acabava dando azo a uma justificativa

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Tradução de Pietro Nasetti. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 41.

⁴ A respeito da temática, importante colocação de John Rawls: “Especificamente, o conteúdo do consenso pertinente não consiste em formar uma determinada sociedade ou adotar uma determinada forma de governo, mas em aceitar certos princípios morais. Além disso, os compromissos a que nos referimos são puramente hipotéticos: uma visão contratualista acredita que certos princípios seriam aceitos numa situação inicial bem definida”. (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 18).

⁵ Sobre a questão, enuncia Kant: “Essas leis da liberdade, à diferença das leis da natureza, chamam-se *morais*. Na medida em que se referam apenas às ações meramente exteriores e à conformidade destas à lei, elas se chamam *jurídicas*; mas, na medida em que exijam também que elas próprias devam ser os fundamentos de determinação das ações, então são *éticas*. Diz-se, portanto: a

demasiadamente abstrata do direito e, portanto, de sua aplicação. A razão do Direito, por assim dizer, estaria atrelada a fatores externos à própria ordem jurídica, determinados por alguma divindade, ou por leis da natureza, etc.

A grande questão envolvendo esse panorama teórico que despertou críticas foi justamente a indeterminação do direito, de forma que os cidadãos não se sentissem seguros dentro de determinada ordem jurídica. Os ideais liberais, que começaram a surgir no período, colocaram em xeque a “fonte natural” do Direito. Para garantir a liberdade individual, era preciso que o ordenamento jurídico fosse preciso, determinado e racional, tal qual uma ciência⁶. Para a garantia da segurança jurídica e de outros ideais liberais, não bastariam finalidades desejáveis ou moralmente atraentes, seria necessária uma organização do Direito⁷. Frente a essas críticas e ao receio da ausência de pressupostos organizacionais e sistemáticas do direito até então, temos o *start* das principais teorias ligadas ao juspositivismo, para que a liberdade, a igualdade e a fraternidade (conforme famoso lema da Revolução Francesa), fossem garantidos pela ordem jurídica.

concordância com as primeiras é a *legalidade*, com as segundas a *moralidade* da ação”. (KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013).

⁶ A respeito do tema, importante concepção de Alexy que demonstra justamente o receio com a indeterminação do direito na época para a garantia dos valores liberais ascendentes no período: “A necessidade de coerção tem suas raízes nos valores da certeza jurídica e da eficiência”, (ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 52).

⁷ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

3 POSITIVISMO JURÍDICO EM SUA PERSPECTIVA EXCLUSIVISTA

Em decorrência da falta de concretização e sistematização do Direito de maneira rígida, atrelada ao contexto histórico de governos autoritários (pré e durante a Segunda Guerra Mundial, por exemplo), o Direito era moldado para manutenção do poder. Dessa forma, com vistas a combater essa incerteza e arbitrariedade, ganhou força o movimento juspositivista tendo como um dos grandes marcos literários a publicação da obra “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen, em 1934.

A proposta kelseniana, evidenciada no título da obra, era justamente estabelecer uma ciência do direito pura, ou seja, livre de valores e conceitos indeterminados externos à ordem jurídica estabelecida legalmente. Via como necessária, portanto, a separação entre Direito e moral, direito e justiça, de forma que a validade de uma norma não estivesse atrelada a tais condições externas, mas somente ao direito positivo em si próprio⁸.

Isola-se, portanto, a conexão entre Direito e justiça. Kelsen, portanto, propunha algo até então revolucionário: a ideia de que, embora as normas constituam valores, o papel da ciência do direito não é valorar ou apreciar, mas sim descrever de forma alheia a valores, de forma que o jurista não se identifique com nenhum valor⁹.

Nas palavras do professor Luis Fernando Barzotto, o objetivo central do positivismo era isolar o direito tanto da política quanto da moral¹⁰, afinal, o contexto da época tornou necessário que o Direito fosse racional (no sentido de não ser suscetível a influências valorativas) e desvinculado do soberano (no sentido de não ser uma mera obra política autoritária).

Os positivistas acreditavam que o Direito deveria ser completamente afastado da moral pois não há uma única concepção de justiça, de forma que os sujeitos de uma ordem jurídica restariam prejudicados pelas incertezas dessa pluralidade¹¹.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 47.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 46.

¹⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10.

¹¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 16.

Assim, o Direito e a moral devem ser afastados, mesmo que tal separação conduzisse à injustiça¹². Aqui é possível vislumbrar o que seria a forma exclusivista do positivismo.

Para tal, seria necessário conceber o Direito como um campo vazio em valores pré-estabelecidos, como uma ciência do direito pura e livre de qualquer influência valorativa (como propunha Hans Kelsen, por exemplo). Não somente em relação a condições externas, mas a “teoria pura do direito” tinha o grande desafio de explicar a legalidade e normatividade sem apoio das demais ciências, como a sociologia, por exemplo¹³.

O Direito é tido como a única fonte do Direito, por assim dizer, de maneira que o Direito se auto justifica e se auto define. Trata-se de uma questão circular pela qual o Direito é sempre a base do jurídico.

Assim, pouco importa para os positivistas tidos como exclusivistas como o Direito deve ser, pois não há necessidade de que uma decisão seja moralmente aceitável ou compreensível para que seja válida. Ao fim e ao cabo, o Direito é o que o aplicador do direito o constrói. Por isso, além da noção de validade, faz-se presente, como base do entendimento dessa teoria, a importância da autoridade. Autoridade ou hierarquia em sentido amplo, justificada e construída pelo próprio ordenamento jurídico de forma a embasar toda e qualquer decisão.

A questão da autoridade é tão presente nas teorias atreladas ao positivismo exclusivista que, em que pese de forma mais moderada, Hart também defendia que é através da prática dos juristas que se determina o conteúdo da regra de reconhecimento (norma que, para sua teoria, justificariam as demais normas de primeiro grau)¹⁴. Assim, pouco importam as razões usadas para aplicação de uma norma, mesmo que de forma “injusta” ou “incoerente”, desde que, não violando expressamente nenhuma norma, fosse a decisão tomada por um aplicador do direito. A palavra do tribunal é sempre válida nestes casos.

Isto posto, volta-se ao paradoxo de que o sistema e autoridade dele decorrentes justificam-se em si mesmo e isso tudo bastaria para compreender e justificar as decisões e suas razões. Ou seja, para que algum acontecimento alcance

¹² SCHAUER, Frederick. Chapter 14: Positivism Before Hart. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia. **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Charlottesville: Springer, 2013. p. 277.

¹³ MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**: Princeton Foundations of Contemporary Philosophy. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 14.

¹⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 107.

um significado legal ou normativo, é preciso que uma norma confira normatividade a este fato¹⁵. Essa norma, por sua vez, adentrou ao sistema através de norma superior que lhe conferiu normatividade e, assim, sucessivamente. Contudo, após chegarmos à norma suprema dos ordenamentos jurídicos atuais (a Constituição), o esquema hierárquico normativo de validade esgota-se. Para isso, Kelsen conclui que sempre existe uma “norma básica” que confere à Constituição a sua validade. A norma básica seria, contudo, um conceito abstrato e que deveria ser pressuposto.

3.1 DESAFIOS E INCONSISTÊNCIAS DA VERTENTE EXCLUSIVISTA

O Direito não é estático. À medida que a sociedade evolui, novos conflitos e situações surgem e necessitam de respostas e decisões. Quem poderia imaginar, por exemplo, que teríamos que enfrentar a questão da tributação de livros eletrônicos? Com certeza o constituinte, em meados dos anos 80, jamais poderia prever que esse impasse alcançaria os tribunais.

A ordem jurídica e as decisões precisam acompanhar o desenvolvimento social. Nem sempre encontraremos na Constituição Federal (de 1988) ou em legislação infraconstitucional das mais diversas épocas, soluções para questões atuais. Afinal, norma não é sinônimo de texto. O texto é apenas uma base sob a qual desenvolver-se-á a atividade interpretativa e, somente então, teremos uma norma como resultado dessa atividade. E mesmo quando estamos tratando de normas, nas palavras do ilustre professor Daniel Mitidiero, estas são vagas porque não há como prevermos de maneira precisa quais os fatos que recaem no seu âmbito de incidência¹⁶

Justamente neste ponto é que começamos a perceber que a ótica exclusivista do positivismo não é capaz de fornecer adequada resposta para as questões jurídicas. Pensemos no caso do livro eletrônico fazer ou não jus à isenção tributária: a legislação vigente nos responde se tal obra é considerada “livro” para fins tributários? Há alguma norma expressa do ordenamento jurídico brasileiro que defina o conceito propriamente dito do que seja “livro” para fins legais? Não. Como então poderíamos

¹⁵ MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**: Princeton Foundations of Contemporary Philosophy. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 16.

¹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 43.

resolver esta questão somente com o uso da subsunção? Caberia aos próprios aplicadores do direito preencher essa lacuna de forma arbitrária? Notadamente, a teoria exclusivista não somente não seria apta a resolver o impasse como autorizaria, de certa forma, uma decisão não fundamentada por parte dos tribunais (com base tão somente em critérios hierárquicos).

Contudo, o fenômeno descrito acima para resolução de conflitos é inadmissível. Não podemos aderir a uma teoria que, em casos difíceis, permita que o fenômeno do ativismo judicial seja a única resposta. Nas palavras de Juliano Maranhão: “A resposta dos positivistas apoia-se, de novo, na tese de objetividade das fontes: as autoridades objetivamente convencionadas têm poder para decidir esses casos, inclusive com base em razões extrajurídicas (tese da discricionariedade)”¹⁷.

Portanto, qualquer razão não jurídica aplicada se justifica com base em hierarquia e autoridade pura e simplesmente, de forma a deixar a segurança jurídica nas mãos da vontade do aplicador do direito quando surgirem os “*hard cases*” em que a própria letra da lei e sua interpretação lógico-dedutiva não forem suficientes para resolver o caso concreto. Dworkin, em um de seus artigos críticos à teoria de Hart, já afirmava que ele, assim como outros positivistas, rejeitava a ideia *stricto sensu* de interpretação legal, pois defendiam uma separação estrita e rígida entre a lógica legal e a lógica valorativa¹⁸.

Neste aspecto, já começavam a aparecer as primeiras críticas ao modelo exclusivista. Dworkin, por exemplo, argumentava que Hart assumiu erroneamente que a lei constitui-se exclusivamente de regras. Defendia que havia outro tipo de norma, os chamados “*legal principles*”, que derivam sua validade através de um processo racional que inclui aspectos morais¹⁹.

É preciso visualizar o ideal majoritariamente aceito atualmente, qual seja, de que a técnica da subsunção não é a ferramenta universal apta à resolução de todos

¹⁷ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 39.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Hart's Posthumous Reply. **Harvard Law Review**, v. 130, pg. 2096-2130, 1994, p. 2111.

¹⁹ MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**: Princeton Foundations of Contemporary Philosophy. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 85.

os conflitos sob determinada ordem jurídica. O Supremo Tribunal Federal (STF), em diversas decisões, já se manifestou nesse sentido²⁰.

A técnica hermenêutica da subsunção, portanto, dificilmente seria apta a responder à complexidade da origem ou do conteúdo das razões jurídicas usadas em casos mais difíceis. Dessa forma, o cidadão pertencente a uma ordem jurídica restaria subjugado a toda e qualquer decisão dada por uma autoridade competente, pois na ótica desses teóricos o direito é atividade discricionária que resta fora do campo científico e na qual somente importa quem decidiu e não o conteúdo ou “mérito” da decisão²¹.

Contudo, é impossível imaginar uma ciência do direito pura sem nenhuma espécie de “contaminação moral” no que tange à atividade interpretativa e, portanto, na aplicação das normas aos casos da vida real. Nem é preciso, num primeiro momento, pensarmos que isso só pela constatação de que interpretar significa escolher um dos significados possíveis dentro de uma moldura de possibilidades já se prova verdade. Antes disso, é possível aferirmos que todos os positivistas (até mesmo os que consideramos exclusivos) acabam contaminando sua “teoria pura do direito” com alguma pitada de referência a aspectos de natureza moral (seja no que tange à sua eficácia ou que no tange à aplicação em casos específicos).

Isso, ao contrário do que parece, não é contraditório à essência do positivismo, pois mesmo que se considere que o direito e a moral não se confundem (ao contrário do que pensava o jusnaturalismo) as próprias instituições e sujeitos²² concernentes à aplicação do direito possuem convicções morais e políticas comuns à ordem normativa em que estão inseridos e que constituem razões jurídicas de certa forma internas ao próprio sistema²³.

²⁰ A exemplo, o voto proferido pela Relatora Ministra Carmen Lúcia no Ag. Reg do RO em HC 165.031: “[...] Além da correspondência formal, a configuração da tipicidade demandaria uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto para verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Ag. Reg do RO em HC 165.031. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, 03/05/2019. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur402861/false>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

²¹ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 50.

²² Acerca do assunto, as palavras de Joseph Raz: “There is no denying that a person's beliefs about the likely consequences of his acts are relevant to his normative situation”. (RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 94).

²³ Sobre o tema, Ronald Dworkin, “But if the case at hand is a hard case, when no settled rule dictates a decision either way, then it might seem that a proper decision could be generated by either

Assim, necessária visualização de teoria mais abrangente que entenda que o direito é sim um fenômeno social e, portanto, estará de certa forma conexo à moral. Uma teoria que enxergue além da letra fria da lei e compreenda que a subsunção não é mecanismo suficiente para a resolução de todos os conflitos jurídicos²⁴. Neste sentido, vislumbramos a teoria denominada positivismo jurídico inclusivista.

policy or principle". (DWORKIN, Ronald, **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 83).

²⁴ Conforme Ronald Dworkin em sua crítica à teoria de Hart: "But they fall into confusion or error in answering certain philosophical questions about such legal systems, including, the question of how what lawyers do, in identifying true propositions of law, differs from what political scientists might do in predicting judicial decisions or moralists might do in deciding how a particular case ought morally to be resolved". (DWORKIN, Ronald. Hart 's Posthumous Reply. **Harvard Law Review**, v. 130, pg. 2096-2130, 1994, v. 130, p. 2108).

4 POSITIVISMO JURÍDICO EM SUA PERSPECTIVA INCLUSIVISTA

O jusnaturalismo, portanto, não constitui teoria adequada para fundamentar a atuação das cortes. O Direito e a moral, em que pese relacionam-se – conforme teoria a ser analisada na sequência –, não se confundem. Delimitar o Direito à moral simplesmente aniquila qualquer chance de previsibilidade das decisões e, portanto, desmancha um dos principais pilares do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: a segurança jurídica.

Da mesma forma, o positivismo na sua forma exclusivista também não serve para orientar a atuação das cortes, posto que o Brasil trabalha na ótica das cortes supremas em que a atividade interpretativa não se justifica meramente por uma questão hierárquica ou de autoridade. Além disso, não há como dizer que a atividade interpretativa em nada se relaciona com a moral, pois assim estaríamos permitindo e, pior ainda, justificando uma atuação com base em discricionariedade dos intérpretes em casos difíceis bem como presumindo que a lei só possui um significado possível, o que iria contra toda a lógica de precedentes que o nosso ordenamento propõe e que nosso próprio Código de Processo Civil, em seu art. 11, preceitua: “*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”.

Há, portanto, um dever de fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, de forma que casos que ultrapassem a esfera da mera subsunção não podem ser decididos de maneira livre e desimpedida conforme convicções próprias dos aplicadores do direito. É preciso que, por mais que a letra fria da lei não nos forneça uma resposta de imediato, a decisão seja fundamentada levando em conta aspectos do sistema legal brasileiro como um todo, inclusive considerando os propósitos de cada norma.

Logo, é preciso buscar outra alternativa. Se nem o jusnaturalismo e nem o positivismo em sua vertente exclusivista se mostram capazes de pautar a atividade interpretativa e decisória das cortes supremas brasileiras, qual teoria seria a mais adequada?

4.1 DIREITO E MORAL

Primeiramente cabe analisar o porquê de ser inconcebível que o Direito não tenha relação nenhuma com a moral (como propunham os exclusivistas).

Para ilustrar, inicialmente, a necessária correlação entre Direito e moral, destacam-se as palavras do ilustre Professor Juliano Maranhão:

A moralidade do direito penetra, seja porque o direito tem que ter um conteúdo moralmente justificável, seja porque seria impossível compreendê-lo sem identificar seus propósitos morais (MARANHÃO, 2012, p. 26).

O Direito é um fenômeno social. É uma criação humana que decorre da necessidade de coesão de uma sociedade. As sociedades e, portanto, as ordens jurídicas não são iguais. O ordenamento brasileiro difere muito do ordenamento estadunidense, por exemplo. As leis e os fundamentos jurídicos são distintos porquanto as sociedades também o são.

Neste sentido, não há como dizermos que o Direito e a moral se confundem, assim como não é possível afirmar que Direito e moral não possuem nenhuma relação. É justamente neste meio termo que podemos vislumbrar a vertente inclusivista do positivismo jurídico²⁵.

A atividade interpretativa (que é inerente ao Direito, visto que a linguagem é ampla e vaga) é uma atividade que demanda que escolhas sejam feitas. Aqui reside o primeiro ponto. Talvez hoje seja mais fácil partimos do pressuposto de que a lei não possui um significado claro e unívoco. Todavia, para os teóricos mais antigos, como Kelsen, era mais fácil enxergar que a lei possui apenas um significado e que o intérprete apenas o expõe, por assim dizer, em sua atividade.

Ocorre que, assim como a sociedade, o Direito evolui. As concepções e os valores que aquela sociedade e, portanto, aquele ordenamento jurídico busca proteger evoluem. Tanto é assim que decisões são revistas e há mecanismos de superação de precedentes, inclusive.

²⁵ A respeito da noção de equilíbrio das teorias anteriores, elucida Jules Coleman: “Thus laws can provide moral reasons for action in virtue of their legality alone, and that is because legality provides salience, thus providing solutions of coordination problems. If this view is correct, one has the benefits of both positivism and natural law theory without the costs. I am naturally drawn to solutions like this because they begin correctly regarding law as sociology. And they look for features of social structure that have a normative dimension”. (COLEMAN, Jules. On the relationship between law and morality. *Ratio Juris*, v. 2, n. 1, p. 66-78, mar. 1989, p. 76-77).

As próprias leis mudam e isso apenas reflete que ocorreram mudanças sociais de certa forma e, inclusive, o próprio ordenamento como sistema traz novas diretrizes que tornam algumas questões mais controversas. É possível exemplificar: hoje em dia acharíamos estranho contar a nossos filhos que cometer adultério era crime previsto originalmente no nosso Código Penal. Todavia, para a época em que o Código surgiu (1940) era compreensível e justificável social e juridicamente que tal ato fosse criminalizado. Hoje em dia, não existe mais um tipo penal para o adultério e, provavelmente, tal ideia seria tida como ultrapassada para os valores protegidos nos dias atuais. Logo, é possível vislumbrar que o Direito e a moral não andam completamente separados. É preciso pensar o Direito como um instrumento que detém, também, uma função social e não somente uma função institucional. Nas nobres palavras de Norberto Bobbio²⁶:

A diferença entre a definição do direito de Kelsen e a de Lukic salta aos olhos: também para Kelsen o direito é um ordenamento coativo, mas é nada mais que ordenamento coativo. Qual é a “função social” desse ordenamento coativo não lhe interessa, porque, para além do objetivo genérico da paz ou da ordem ou, nas relações internacionais, da segurança coletiva, por meio deste particular instrumento que é o direito, por esta “técnica da organização social”, os mais diversos objetivos podem ser perseguidos e conquistados. Para Kelsen, o direito é um instrumento específico que não tem uma função específica, no sentido de que a sua especificidade consiste não na função, mas em ser um instrumento disponível para as mais diferentes funções. (BOBBIO, 2007, p. 85).

Da mesma forma não se confundem, porquanto não é simplesmente uma mudança social que acarreta uma mudança jurídica. A lei é o instrumento que pauta o Direito e, portanto, decisões justificadas com base em argumentos de natureza exclusivamente moral de nada servem se contrariarem a lei ou se não tiverem caráter jurídico-racional, sob pena de violarmos o ordenamento jurídico e cairmos na esfera do ativismo judicial ou da mera discricionariedade pautada pelo argumento de autoridade como propunham os exclusivistas²⁷.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 85.

²⁷ Acerca da temática, importante colocação de Frederick Schauer: “For it turns out that many of those who have urged greater attention to text, or original intent, or precedent, or greater deference to political or majoritarian decisions, are (commonly) claiming not that antecedent morality is nonexistent, but rather that judges should see their role in a morally constricted way”. (SCHAUER, Frederick. Constitutional Positivism. **Conn. L. Rev.**, v. 25, 1993, p. 811).

As valorações morais que podem ser utilizadas como embasamento de decisões não são quaisquer valorações. São valorações que já se encontram de certa forma no ordenamento. Tais valorações empregadas pelos tribunais são tidas como razões jurídicas²⁸. Segundo o prof. Juliano Maranhão:

No fundo, a justificação moral em seguir regras pode ser lida no sentido de justificação racional da escolha (autônoma) pela heteronomia, que foi justamente o desafio enfrentado pelos contratualistas, resultando em concepções que vão do extremo hobbesiano, em que praticamente não há restrições à soberania, à afirmação de direitos humanos contra a autoridade do Estado. (MARANHÃO, 2012, p. 44).

Ainda, sob a ótica de outros estudiosos da dicotomia entre direito e moral no que tange às vertentes positivistas, Jules Coleman afirma que para que o direito seja propriamente “normativo”, ele precisa ser um “princípio moral” como condição de legalidade em todos os ordenamentos jurídicos²⁹. Tal argumento se sustenta justamente na ideia de que, para além de um mero texto legal, seguimos determinados comportamentos por serem convenções sociais estabelecidas, como por exemplo, o estabelecimento de filas para definir a ordem de atendimento de algum serviço. Mesmo que não haja propriamente uma lei que assim determine, trata-se de uma ação coesa e compartilhada de forma uniforme pelos indivíduos.

Dworkin já defendia a ideia de quando um juiz se depara com algum caso para o qual o ordenamento jurídico não ofereça uma resposta imediata, serão levadas em conta as decisões anteriores em caráter semelhante para buscar o que diz ser a “melhor justificação moral” destas decisões, o que levaria à descoberta de um princípio justificador aplicável para o caso³⁰.

Em que pese a explicação acima trazida por Dworkin não seja totalmente adequada para o ordenamento brasileiro (o que será explicado em momento posterior ao tratarmos sobre os princípios), a ideia contida em sua teoria, neste particular, já nos traz a perspectiva de que casos difíceis não serão resolvidos com meras análises

²⁸ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 29-30.

²⁹ COLEMAN, Jules. Negative and Positive Positivism. **Journal of Legal Studies**, v. 11, p. 139-164, 1982, p. 141.

³⁰ MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**: Princeton Foundations of Contemporary Philosophy. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 85.

textuais da lei. Ademais, Dworkin invoca um instrumento até então desconsiderado por diversos autores de sua época, qual seja: os princípios jurídicos³¹.

Já é possível, portanto, denotar que a ideia rígida e inflexível de que o Direito se resume à lei resta superada. O ordenamento jurídico não se resume a normas ou leis e sim a um complexo sistemático de um sistema jurídico.

Na prática, há de destacar-se uma figura jurídica que, por assim dizer, que evidencia como que “valorações” podem ser utilizadas de forma justificada e racional na atividade interpretativa dos casos difíceis dos tribunais na atualidade: os princípios jurídicos.

E, não é por acaso que os princípios são tidos como razões jurídicas, mas sim pelo fato de que advém do conteúdo das próprias regras do sistema, sendo resultantes de um processo de abdução do conteúdo do próprio ordenamento jurídico³².

Dessa forma, uma afirmação com aparente caráter “moral” em sede de aplicação do direito pode ser apresentada como uma conclusão de caráter lógico, linguístico e baseada em premissas e razões jurídicas adequadas ao ordenamento jurídico em questão³³.

Inclusive, justamente por isso que há falhas visíveis na compreensão tida pelos exclusivistas, na medida em que sua teoria não está de acordo com a evolução do Direito ao simplesmente reafirmar as teses do positivismo clássico e fechar seus olhos para esses institutos, posto que frente a tal cenário somente o inclusivismo oferecerá uma “explicação mais razoável e adequada da prática jurídica nessas sociedades”³⁴.

Não há como ficarmos presos na ideia de que o Direito é uma ciência pura, semelhante às ciências da natureza. O Direito é uma conduta humana, influenciada por valores, culturas, desigualdades sociais e diversos outros fatores que não são exatos ou comuns a todo e qualquer ordenamento jurídico.

³¹ Ainda acerca da teoria de Dworkin, importante elucidação de Andrei Marmor: “Principles do not become part of the law because an authority has decided that they do; their legal validity is partly, but necessarily, a matter of moral truths”. (MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**: Princeton Foundations of Contemporary Philosophy. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 88).

³² MARANHÃO, Juliano. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 120.

³³ PECZENIK, Aleksander. Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning. **Ratio Juris**, v. 123, p. 123-136, 1988, p. 132.

³⁴ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 65.

Da mesma forma, precisamos enxergar que o ordenamento jurídico (no caso, tratamos do brasileiro) não é composto apenas de regras, ou seja, de comandos positivos ou negativos de conduta. Não se trata de “a fonte do direito” e sim as fontes, dentre elas: regras, costumes, doutrina, precedentes, postulados normativos, princípios, etc.

A fim de demonstrar os elementos jurídicos que compõem a teoria positivista inclusiva, tratemos agora sobre a figura dos princípios jurídicos no ordenamento brasileiro, bem como da importância e papel dos direitos fundamentais constitucionais.

4.2 O POSITIVISMO JURÍDICO LÓGICO-INCLUSIVO E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Para compreendermos a importância dos princípios jurídicos no ordenamento brasileiro, devemos, inicialmente, refletir acerca do seguinte questionamento: existem regras/normas suficientes para resolução de todo e qualquer conflito sob jurisdição brasileira que possa aparecer para o enfrentamento dos tribunais? A resposta é clara: não.

Ainda, conforme análise anterior acerca da teoria positivista exclusiva, é notável que, em casos em que as regras não forem suficientes para a resolução de um litígio, não há autorização para que os juízes decidam de acordo com suas próprias convicções.

Muitos indivíduos podem arguir que determinada decisão jurídica é “injusta”, posto que a moral não é um conceito universal. Para alguns, por exemplo, a decisão do STF que decidiu pela legalidade da aplicação analógica do instituto da união estável entre pessoas do mesmo sexo³⁵ é reprovável moralmente. Contudo, não se trata de uma análise individual³⁶, mas sim de uma construção hermenêutica que esteja

³⁵ Decisão proferida em sede da ADI 4.277/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4.277**. Relator: Ministro Ayres Brito, 02 fev. 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>>. Acesso em: 12 abr. 2022).

³⁶ Sobre o tema, discorre o doutrinador Aleksander Peczenik: “It is thus morally better to have a society possessing a legal order that in some cases leads to morally wrong decisions than to force individual persons to rely upon their own moral judgments in all cases”. (PECZENIK, Aleksander. Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning. *Ratio Juris*, v. 123, p. 123-136, 1988, p. 133).

amparada por todo o sistema jurídico brasileiro e opere na garantia dos direitos previstos constitucionalmente³⁷.

Nosso ordenamento não é apenas um conjunto de regras. Desconsiderar que existem diversos outros institutos além das regras puras bem como ignorar o propósito base de cada determinação legal, não permitirá a análise concreta dos casos e de suas peculiaridades, retirando a autonomia do aplicador do direito em considerar todas as razões jurídicas relevantes para tomar uma decisão adequada³⁸.

Dentre os instrumentos que compõem as razões jurídicas que devem ser consideradas no processo decisório das cortes brasileiras, destaca-se a figura dos chamados princípios jurídicos.

Primeiramente, cumpre destacar, de antemão, que os princípios não se confundem com as regras. Não há, nos princípios, uma determinação expressa de conduta que determine o que o indivíduo, dentro de determinada ordem jurídica, possa, não possa ou deva fazer frente a determinada situação de sua vida cotidiana.

E é justamente neste ponto que podemos compreender o porquê de a figura dos princípios ter sido, de certa forma, ignorada pela teoria positivista exclusiva: como não constituem uma regra, e, portanto, não estão dentro da lógica de uma teoria pura e exata do direito, não poderiam estar inclusos em nenhum processo de aplicação do Direito.

Ademais, não há como considerarmos os princípios como instrumento integrante da tarefa decisória dos tribunais se partirmos do pressuposto de que o Direito e a moral em absolutamente nada se relacionam.

Os princípios servem para estabelecer diretrizes valorativas a serem almeçadas (estado ideal de coisas) e, para tanto, em que pese não determinem a solução do

³⁷ Neste sentido, destaca-se que, em seu voto na ADI supramencionada, o Min. Marco Aurélio, destaca a importante necessidade de que a moralidade individual não pode constituir obstáculo para a concretização dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente a todo e qualquer indivíduo: “As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 4277. Relator: Ministro Ayres Brito, 05/05/2011, Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

³⁸ ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 43.

caso concreto, contribuem como uma das razões jurídicas necessárias para a tomada de decisão³⁹.

Desta forma, os princípios visam à proteção de “direitos individuais de uma coletividade”, ou seja, seu papel não é garantir o direito de cada cidadão individualmente considerado, mas sim garantir a concretização de diversos direitos individuais para a coletividade de indivíduos que estejam sob a proteção daquela ordem jurídica⁴⁰. Ou seja, muito além da resolução do litígio concreto que trouxe à tona a determinada discussão jurídica, os princípios auxiliam no processo da articulação do processo civil em caráter *erga omnes*, ou seja, na função das cortes supremas de decidir, em última análise, o que é o direito aplicável para todos os integrantes daquele ordenamento jurídico em questão.

Neste sentido, os Ministros, no caso da já mencionada ADI 4277/DF, ao invocarem como razão jurídica em seus votos o princípio da igualdade, não buscavam estabelecer que determinado casal homoafetivo pudesse constituir união estável, mas sim determinar que, constitucionalmente, este direito é garantido a todos os cidadãos brasileiros que perpassem pela mesma situação.

Ainda, destaca-se que a figura do princípio da igualdade invocado, não se trata de figura externa ao ordenamento de puro caráter moral, e sim de um estado de coisas ideal expressamente determinado pela nossa Carta Magna, especificamente em seu Art. 5º *caput*, que assim dispõe:

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

Denota-se que o dispositivo acima não constitui uma regra. Não há nenhum comando imperativo ou descrição de conduta que oriente diretamente o comportamento dos indivíduos. Há, na verdade, uma diretriz, uma descrição de um estado ideal em caráter genérico, que serve como pilar para todo o sistema jurídico brasileiro, desde o estabelecimento de leis até a atividade interpretativa e decisória de toda e qualquer instância do Poder Judiciário.

³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 103.

⁴⁰ PECZENIK, Aleksander. Law. Morality, Coherence and Truth. **Ratio Juris**, v. 146, p.146-176, 1994, p. 160.

Ou seja, os princípios constituem razões jurídicas capazes de influir na atividade argumentativa e, portanto, na tomada de decisões da corte. Aliás, não apenas influir, mas podem ser tidos como o instrumento determinante para a solução dos casos mais complexos que exijam uma construção hermenêutica que vá além da subsunção.

Aqui, portanto, é possível vislumbrar que a ideia de que o Direito é uma ciência pura e de que os aplicadores do direito tão somente proclamam o que a lei já nos traz como solução única para os conflitos jurídicos não se sustenta.

O ordenamento jurídico brasileiro não é formado exclusivamente por regras que determinem a solução única para todo e qualquer caso. As cortes supremas brasileiras, ao analisarem questões acerca de possíveis violações a normas federais ou constitucionais, realizam uma análise pormenorizada de todo o conjunto de componentes do Ordenamento, o que vai muito além do simples texto legal (muitas vezes insuficiente para a tomada de decisão).

Ao analisarmos as decisões das cortes supremas brasileiras, notadamente verificamos uma série de instrumentos jurídicos invocados para a construção interpretativa que levará à norma, propriamente dita, que trará a solução da controvérsia, dentre eles, por exemplo: precedentes, doutrina (jurídica e de outras áreas), regras, postulados normativos, princípios, direitos fundamentais, etc.

Cada uma dessas “ferramentas jurídicas”, por assim dizer, possui uma estrutura e um papel distinto na atividade interpretativa e decisória por parte das cortes. Uma dessas distinções que precisa ser mencionada para fins de compreensão do papel dos princípios jurídicos, é a relativa entre tais princípios e as regras propriamente ditas⁴¹.

Em síntese, a diferença está no grau de abstração e, portanto, do que exatamente buscam as regras e os princípios estabelecer dentro de determinado ordenamento jurídico. Nas nobres palavras do ilustre Professor Humberto Ávila:

A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta de sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento

⁴¹ Para uma compreensão mais completa e detalhada da referida distinção entre os princípios e regras, imprescindível leitura da obra “Teoria dos Princípios” do ilustre professor Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021).

necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma (ÁVILA, 2021, p. 87).

Assim, não encontraremos nos princípios uma prescrição de conduta que determine um comportamento proibido, permitido ou obrigatório para os cidadãos daquela ordem jurídica em questão. Estaremos diante de uma diretriz de caráter geral que estabeleça um estado ideal a ser objetivado pelas atividades interpretativas relativas a determinado ordenamento jurídico.

Todavia, não podemos considerar que os princípios são absolutos. Eles constituem diretrizes a serem consideradas no processo decisório. Dessa forma, podemos, inclusive, ter, no caso concreto, conflito entre dois princípios distintos, situação na qual teremos que realizar uma atividade ponderativa. Ou, ainda, é possível que determinada decisão seja tomada apenas no âmbito de observância de regras e não necessite da invocação de nenhum princípio como razão jurídica.

Contudo, mesmo que não haja a invocação expressa, em determinada decisão da Corte Suprema, de algum princípio jurídico propriamente dito, implicitamente, é muito provável que, na construção hermenêutica-sistemática da atividade interpretativa da escolha do significado do direito no caso, algum princípio tenha sido levado em consideração. E isso, justamente, porque são basilares para e compõem toda a lógica de construção do ordenamento jurídico.

Para fins de melhor compreensão, pensemos novamente no exemplo do princípio da igualdade contido no art. 5º *caput* da Constituição Federal. Por mais simples que possa parecer, quando o STF, por exemplo, decidiu acerca da possibilidade de retorno ao nome de solteiro do cônjuge ainda na constância do vínculo conjugal⁴², é evidente que, mediante o estado ideal promovido pelo princípio da igualdade, tal permissão também é concedida aos casais do mesmo sexo (considerando a legalidade da união estável homoafetiva, também decidida pelo STF).

Ainda, cumpre analisar a relação entre os princípios e os direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, posto que não necessariamente se confundem, mas, em

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp 1.873.918/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 02 mar. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201902397287>. Acesso em: 19 abr. 2022.

muitos casos, relacionam-se e complementam-se para o estabelecimento dos objetivos protetivos do sistema constitucional brasileiro.

4.3 OS PRINCÍPIOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Muito se diz a respeito dos direitos fundamentais. Termos como “direito fundamental à vida”, “liberdade de expressão”, “liberdade religiosa”, etc, são constantemente invocados no universo jurídico brasileiro. Contudo, qual o papel desses direitos na ordem constitucional brasileira e no que se relacionam com os princípios jurídicos para o processo decisório das cortes supremas?

Os direitos fundamentais são aqueles protegidos constitucionalmente que precisam ser levados em conta em toda a atividade hermenêutica-interpretativa e também decisória. São vinculantes e possuem caráter genérico/abstrato. Justamente nesse sentido, a atuação das cortes supremas deve transformar essas proposições abstratas em diretrizes/regras concretas a serem protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro⁴³.

Ainda, é preciso compreender que, os direitos fundamentais possuem estruturas distintas, podendo se apresentar como regras ou como princípios, o que irá definir, justamente, que os direitos fundamentais não são necessariamente absolutos, pois podem estar sujeitos a processos de ponderação no caso concreto, conforme as palavras do Prof. Luís Roberto Barroso⁴⁴:

Vale dizer: direitos fundamentais são vinculantes e podem ser tutelados pelo Poder Judiciário. Porém, a interpretação e aplicação de direitos subjetivos com caráter de direitos fundamentais podem envolver complexidades e sutilezas. Normas de direito fundamental ora se apresentam com estrutura de regra, ora de princípios. Muito frequentemente, terão a natureza de princípios, o que significa que podem sofrer restrições, podem ter de ceder parcial ou inteiramente diante de certas situações fáticas ou jurídicas e estarão sujeitas à ponderação com outros direitos fundamentais ou interesses coletivos. (BARROSO, 2022, p. 200).

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 200.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 200.

Os direitos fundamentais são um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro. São estruturas jurídicas cuja proteção é fundamental para a garantia da democracia e do Estado Democrático de Direito (cláusulas pétreas estabelecidas por nossa Constituição Federal).

Conforme a explicação supra do Prof. Barroso, os direitos fundamentais não possuem uma única estruturação possível. Podemos pensar em exemplos que demonstrem as diferentes possibilidades de estruturas que contenham direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, o que é de suma importância para definirmos o papel dessa estrutura no processo de aplicação do direito.

Pensemos, a título exemplificativo, no direito fundamental previsto no inciso V do art. 5º da Constituição: o “direito de resposta, proporcional ao agravo”. Aqui, o dispositivo constitucional em questão nos traz a garantia a esse direito fundamental, mas de forma abstrata, ou seja, sem definir, *a priori*, como o ordenamento irá, de fato, garantir o exercício desse direito pelos cidadãos.

Todavia, é possível conceber um princípio processual que instrumentaliza esse direito fundamental, tornando-o, em certa medida, concreto quando estamos diante do exercício da jurisdição, qual seja: o direito ao contraditório. Ou seja, há, através de lei infraconstitucional, o estabelecimento de uma diretriz, um estado ideal de coisas que irá permitir a efetividade do direito fundamental à resposta.

Contudo, também há que pensarmos que a expressão “direito ao contraditório”, por si só, também não é, por assim dizer, um instrumento concreto de efetivação do direito. Nesse sentido, é possível notar que o direito ao contraditório está presente em diversos dispositivos diretamente aplicáveis no decorrer do Código de Processo Civil.

Um exemplo: o aplicador do direito, caso tome determinada decisão de mérito sem a integração do contraditório, terá proferido sentença nula ou ineficaz (dependendo do caso), conforme preceitua o art. 115 do Código de Processo Civil.

Este dispositivo é uma instrumentalização concreta do estado de ideal de coisas idealmente almejado pelo princípio do contraditório que, por sua vez, relaciona-se diretamente com a garantia do direito fundamental à resposta, expressamente assegurado pela nossa Carta Magna.

Dessa forma, podemos perceber que, diante de cada situação concreta, um universo muito maior do que simplesmente regras (no sentido de textos imperativos de comando) será invocado. Cada situação fática, dentro de suas peculiaridades, irá

ser discutida mediante a integração dos diversos graus de abstração dos instrumentos jurídicos que, conjuntamente, compõem o ordenamento jurídico.

E, repita-se: não basta que o aplicador do direito utilize diferentes graus de abstração em suas decisões fundamentadas, é preciso que haja a compreensão e o direcionamento de qual é o papel que aquele instrumento jurídico em questão desempenha no processo hermenêutico. Uma regra não irá desempenhar a mesma função hermenêutica-interpretativa, no processo decisório, do que um princípio jurídico, por exemplo.

A fim de que o sistema jurídico, e não somente algum dispositivo isoladamente, seja utilizado como a base interpretativa para o estabelecimento de razões jurídicas e, em grau mais concreto, para a formação de precedentes, a compreensão dessas questões é, portanto, essencial.

4.4 TÉCNICAS INTERPRETATIVAS E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES: O POSITIVISMO LÓGICO-INCLUSIVO NA ATUAÇÃO DAS CORTES

Interpretar é uma tarefa árdua e que exige certos domínios técnicos precisos, afinal quando um aplicador do direito interpreta alguma disposição ou fato jurídico (no sentido de escolher o sentido mais adequado dentro da moldura de significados possíveis), muitas vezes está afetando, em algum grau, o direito fundamental de uma pessoa em abstrato.

Todo e qualquer ato interpretativo tem como premissa básica aquilo que é o norte do direito brasileiro: a Constituição Federal, seus princípios e direitos fundamentais. A própria ideia de que há princípios norteadores da atividade jurídico-interpretativa que advém da Constituição já evidencia que não há como conceber a moral e o Direito como aspectos desconexos e que não se influenciam mutuamente conforme propõe a noção positivista-exclusivista.

Assim, apesar do embate histórico entre as noções positivistas e o antipositivismo, é preciso que as interpretações feitas pelos aplicadores do direito estejam em conformidade com a noção inclusivista-ética do positivismo, inclusive pelo fato de o nosso sistema estar relacionado com a ideia de *corte suprema* e não de corte superior.

O Direito não advém apenas de um caráter hierárquico e não se justifica pelo poder de quem interpreta, de forma que o intérprete não deve orientar suas teses naquilo que ele próprio considera moral (sob pena de cairmos na esfera do ativismo judicial), e sim naquilo que a própria ordem normativa que está inserido já definiu como essencialmente moral.

Ademais, o Direito não pode ser confundido com a moral como considera a noção jusnaturalista/antipositivista pois, caso contrário, estaríamos adentrando na esfera da interpretação subjugada ao sentimento do populismo⁴⁵. Afinal, o precedente não é vinculante pelo sentimento social que representa e sim por uma questão institucional-estrutural de desempenho funcional das cortes supremas. Conforme explicitado anteriormente, a moral é justamente o elemento que solidifica o estabelecimento de princípios essenciais e direitos fundamentais orientadores do Direito.

Não há como o julgador se desprender de aspectos morais, pois não há como desprender-se daquilo que é essencial e norteador que são, em última instância, os direitos fundamentais. Porém, a moral tem que ser limitada a orientar aquilo que já é consolidado pela própria constituição, de forma que deve ser contingente e definida⁴⁶.

A atividade interpretativa não parte de uma ciência pura do direito. O ordenamento jurídico não é uma lista de regras, ou seja, de comandos imperativos, capazes de resolverem todo e qualquer conflito na ordem jurídica em questão. Há diversos outros elementos que compõem toda a razão de ser de forma sistemática de nosso ordenamento. Não há como ignorarmos o fato de que, para que advenha nova legislação, por exemplo, ela não somente precisa respeitar as regras constitucionais, como também precisa estar de acordo com os direitos fundamentais e os princípios jurídicos, sob pena de caracterizar-se como inconstitucional e, portanto, estar em desacordo com a ordem normativa brasileira.

É certo, portanto, que nosso ordenamento jurídico, ao estabelecer diretrizes e estados de coisas ideais (solidificados nas figuras dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos), pontua determinados “valores” basilares que sempre deverão ser

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 49.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 49

levados em consideração quando o aplicador do direito estiver realizando sua atividade de caráter interpretativo e decisório⁴⁷.

Isso, somado ao fato de que não há resposta *una* para cada fato jurídico, evidencia que a atividade do intérprete e aplicador do direito não pode equiparar-se à atividade de um matemático, por exemplo. Não há receitas prontas em nosso sistema jurídico. Nossos juristas não são meros proclamadores da lei, visto que muitas vezes apenas o texto legal sequer contém, por si próprio, a regra a ser aplicada.

4.5 O MODELO DE CORTES SUPREMAS EM APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O principal ponto que norteia a interpretação é e sempre deve ser a segurança jurídica, pois no momento que o indivíduo não sabe como deve agir para estar em conformidade com o Direito, ele está à beira do abismo de sua autodeterminação. É característica essencial de qualquer estado de direito a possibilidade de todo e qualquer indivíduo ter controle sobre o impacto de suas ações no mundo jurídico, pois só assim terá sua dignidade humana plenamente garantida frente ao ordenamento.

Isso se justifica na medida em que, ao analisarmos a estrutura jurisdicional brasileira (principalmente após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) percebemos a dupla funcionalidade e dupla dimensão da tutela dos direitos, consubstanciada nas noções de dignidade da pessoa humana e segurança jurídica. Isto é, ao mesmo tempo que a tutela dos direitos possui uma funcionalidade interna ao processo e entre as partes integrantes deste no sentido de oferecer uma decisão justa, efetiva e tempestiva ao caso concreto, possui uma funcionalidade que extrapola o processo concreto no sentido de garantir a uniformidade do direito por meio dos precedentes⁴⁸.

⁴⁷ No voto proferido pelo Min. Luiz Fux na ADI 4.277: “Hoje temos os princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, e os próprios princípios materiais que informam o sistema jurídico, como um todo, iluminam o sistema jurídico. E, sob essa ótica, o Homem, o Ser Humano, hoje se encontra como centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico. Então, é absolutamente impossível solucionar essa questão sem passar por esses princípios constitucionais, dentre tantos, e estes que guardam, talvez, um pouco mais de afinidade com a questão aqui proposta”.

⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 32

Ao analisarmos um precedente, não estamos nos atentando somente às suas palavras finais ou à decisão em si, mas sim a todo o processo hermenêutico-interpretativo para que fosse possível determinar a norma aplicável para a solução do litígio em questão. As razões jurídicas invocadas (que, conforme visto, não se resumem às regras, mas sim a um conjunto de instrumentos e elementos que integram o ordenamento jurídico) constituem o precedente e, portanto, são determinantes para o desenvolvimento e aplicação do direito⁴⁹.

Logo, é possível perceber que a determinação do direito não está previamente contida no texto legal ou, até mesmo, na decisão em si quando falamos da “jurisprudência” como fonte do Direito. Tais elementos constituem, tão somente, o ponto de partida, a estrutura primordial, através dos quais os juristas irão dar início à construção interpretativa e à determinação das razões jurídicas pertinentes para então chegarem à efetiva decisão (que constitui apenas uma pequena parte de um precedente).

Toda a estrutura lógica da institucionalização das cortes no Brasil nos permite vislumbrar o papel diferenciado das cortes supremas (STJ e STF). Nosso ordenamento traz como garantia fundamental processual a ideia do duplo grau de jurisdição, ou seja, o duplo exame integral do processo e da lide em si (incluindo a questão probatória). No tocante ao duplo grau, portanto, é possível perceber que a dimensão de tutela dos direitos que prevalece é a interna, mais preocupada na resolução do caso concreto em si.

Contudo, quando tratamos de algum caso que chegue às Cortes Supremas, não há, por exemplo, o reexame das provas da lide em questão (conforme preceitua a Súmula 7 do STJ que, inclusive, determina que o mero reexame de prova não enseja recurso especial). É certo que há uma preocupação das Cortes Supremas em dar uma resposta para o litígio concreto, porém, ao analisar eventual violação à lei federal (STJ) e à norma constitucional (STF), sem realizar o reexame de provas, a dimensão da tutela dos direitos que prevalece nessa atividade diz respeito à dimensão externa, na tarefa de determinar o Direito. Tarefa essa que apenas pode ser compreendida se partirmos dos pressupostos teóricos da teoria do positivismo lógico-inclusivo, posto que não há uma justificação hierárquica para a função das Cortes Supremas e sim

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 73.

uma questão estrutural que visa garantir a tutela dos direitos em sua dupla dimensionalidade.

5 ANÁLISE DE CASO

A fim de ilustrar as ideias até agora percorridas acerca da necessidade de compreendermos a vertente do pensamento jurídico mais adequada ao fundamento e função das Cortes Supremas brasileiras, qual seja, o positivismo na sua lógica inclusiva, cabe realizar uma análise breve e sucinta do acórdão paradigmático do julgamento da ADI 4277 que evidencia a importância dos conceitos e ideias contidas nessa teoria.

5.1. ADI 4277: A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

5.1.1 Contextualização

Primeiramente, é necessário contextualizar o caso que originou a ADI 4277. Inicialmente, a controvérsia jurídica foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, sob a forma de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por questões técnicas e processuais, as quais não cabem serem analisadas no presente trabalho, a ação foi processada e julgada na forma de ação direta de inconstitucionalidade com fim a determinar que fosse dada interpretação conforme à constituição ao art. 1.723 do Código Civil para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas. O julgamento se deu em 02 de fevereiro de 2011.

O objeto central da ação proposta pelo Governador foi acerca da interpretação conferida aos incisos II e V do art. 19⁵⁰ e aos incisos I a X do art. 33⁵¹, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro). Alegou, em síntese, que a interpretação conferida estaria reduzindo os direitos dos homossexuais por negar às uniões homoafetivas estáveis o mesmo rol de direitos atribuídos às relações estáveis heterossexuais, o que violaria certos preceitos fundamentais como da igualdade, da segurança jurídica, da liberdade e da dignidade da pessoa humana (todos assegurados constitucionalmente).

Dessa forma, postulou fosse determinada a “interpretação conforme à constituição” aos dispositivos do Decreto-lei objeto da ação, por analogia, com vistas a equiparar as uniões estáveis heteroafetivas com as uniões estáveis homoafetivas, incidindo, em ambos os casos o reconhecimento de que trata o art. 1.723 do Código Civil⁵² e demais direitos assegurados a tal modalidade.

Desse breve “relatório”, por assim dizer, já é possível destacarmos alguns pontos relevantes que demonstram alguns indicativos das teorias apresentadas no decorrer deste trabalho. Tomando como ponto de partida a teoria positivista exclusivista, a ação sequer teria objeto a ser decidido. Explique-se: o dispositivo base acerca da união estável (art. 1.723 do Código Civil) textualmente preceitua que é reconhecida a união estável (e, portanto, seus efeitos e seus direitos) como a união *entre o homem e a mulher*.

⁵⁰ Decreto-Lei 220/1975, art. 19, *in verbis*:

“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 outra localidade, se militar ou servidor público [...].”

⁵¹ Decreto-Lei 220/1975, art. 33, *in verbis*: “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 a educação dos dependentes;

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”.

⁵² Código Civil, art. 1.723, *in verbis*: “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”.

Logo, partindo do pressuposto de que todo e qualquer caso encontra sua solução diretamente emanada do texto legal, não restariam dúvidas de que a união estável só é configurada na modalidade de relação heteroafetiva. A função dos ministros (aplicadores da lei) seria tão somente declarar este entendimento e, portanto, entender pela desnecessidade de determinar a “interpretação conforme a constituição” do dispositivo do art. 1.723 do Código Civil. A técnica da subsunção traria a solução *una* da controvérsia. Esta seria a análise hermenêutica e decisória se levássemos em conta a teoria positivista exclusivista.

Contudo, acertadamente, este não foi o viés adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277.

5.1.2 O positivismo jurídico inclusivo como aliado à garantia dos direitos

A complexidade de um sistema jurídico, por si só, já torna quase impossível que possamos resolver alguma controvérsia que chegue às Cortes Supremas com a análise de apenas um dispositivo.

Os exclusivistas, como apontado, indicariam que a resposta está contida diretamente no dispositivo do art. 1.723. Não haveria necessidade de invocar princípios, direitos fundamentais, razões extrajurídicas e sequer qualquer conteúdo de aspecto moral ou relativo aos direitos humanos em caráter amplo. Todavia, é de se questionar: ao adotar, à letra fria da lei, a ideia de que a união estável é reconhecida quando formada pelo *homem e a mulher*, estaria de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro como um todo? Estaria respeitando os direitos fundamentais de ordem constitucional? A resposta para ambos os questionamentos é negativa.

Em uma primeira análise que, inclusive, constitui parte da fundamentação dos votos proferidos na decisão, já é possível vislumbrar que tal decisão violaria o princípio da igualdade e, portanto, os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos independentemente de suas cores, raças, sexo, idades e afins. Se a Carta Magna, em seu art. 5º *caput*, já garante que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de*

*qualquer natureza*⁵³”, como seria possível levar em conta apenas o texto puro do art. 1.723 do Código Civil?

Portanto, notável que a teoria positivista exclusivista não seria apta a responder a controvérsia de forma a respeitar a tutela efetiva dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos brasileiros. O direito, sozinho, não é capaz de, mediante regras, tutelar toda e qualquer situação fática de cunho moral que possa alcançar as Cortes. Nas palavras do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio:

A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen - a denominada teoria pura do Direito - desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

É necessário pontuar que a própria concepção dos direitos fundamentais como a base do ordenamento jurídico a orientar todo e qualquer processo decisório já pressupõe a existência de uma ordem axiológica por detrás. Inclusive, tal concepção é abraçada pelas Supremas Cortes brasileiras. A exemplo, trecho do voto do Min. Luiz Fux, na ADI 4.277:

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

Uma das principais evidências do caso de que o âmbito das controvérsias jurídicas, muitas vezes, extrapola qualquer ideia kelseniana de “ciência pura do direito” é, por exemplo, quando pensamos no conceito de família. Por diversas vezes, nossa legislação (seja constitucional ou infraconstitucional) menciona a “família”, seja para atribuir deveres ou para estabelecer e garantir proteções e direitos. Contudo, é insustentável defendermos que, para todos os integrantes da ordem jurídica brasileira, o conceito de família seja o mesmo.

⁵³ Acerca do tema, importantíssima colocação contida no voto do Min. Rel. Ayres Britto acerca da necessidade de ampliação do conceito de família para abarcar a ideia de igualdade mesmo que, para alguns, isso signifique abrir mão da “neutralidade axiológica” do texto legal: “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 indistintamente preconceituoso ou homofóbico”.

Para alguns, a família necessariamente está atrelada ao casamento (civil e/ou religioso). Para outros, a família é tão somente a união amorosa de pessoas com o propósito de constituir uma vida conjunta. Alguns defenderiam que apenas uma união heteroafetiva é apta a configurar uma família, enquanto outros entendem que o aspecto sexual é totalmente irrelevante para essa caracterização. Da mesma forma, o legislador, ao tentar definir a “família”⁵⁴ não teria como abarcar a complexidade desse instituto.

E, em síntese, por que não seria possível que o legislador o fizesse e, portanto, já nos trouxesse a receita inicial para o caso acerca da união estável homoafetiva? Em singelas palavras: a família nunca foi e nunca será somente um instituto jurídico. É, antes de mais nada, uma instituição de cunho social. Um conceito dinâmico e passível de mudanças conforme a evolução da sociedade⁵⁵ e o desenvolvimento de novos conceitos sociais⁵⁶.

Esta noção resta evidente quando, no decorrer de todo o acórdão ora analisado, podemos perceber a invocação de diversas informações que não constituem razões propriamente jurídicas. Dados estatísticos sobre o número de relações estáveis homoafetivas no Brasil e no mundo, dados acerca da violência homofóbica suportada pelos homossexuais, doutrinas que tratam sobre o viés político e social da questão envolvendo a relação homoafetiva, dentre outros.

Todas essas informações são essenciais para a construção da decisão que seja adequada ao Direito e também à realidade social que a própria Constituição Federal busca proteger. Um dos institutos jurídicos, previstos em lei – mais especificamente regradados pelo Código de Processo Civil –, que permitem que a

⁵⁴ Constituição Federal, art. 226, *in verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

⁵⁵ Sobre a questão, elucida o Min. Luiz Fux em seu voto: “Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) - o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos”.

⁵⁶ Nos termos do voto do Min. Rel. Ayres Britto: “O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar”.

sociedade integre suas perspectivas ao direito a ser aplicado é, justamente, a figura do *amicus curiae*.

5.1.3 A importância da figura do *amicus curiae* e das análises sociojurídicas do Direito Comparado

Ao analisarmos a fundamentação dos votos proferidos na ADI 4277, é perceptível que as razões invocadas para a construção interpretativa da solução do caso possuem natureza jurídica e também extrajurídica.

Explique-se: não há como compreendermos a união estável homoafetiva sem nos debruçarmos sobre questões históricas, sociais e culturais. Isso porque, conforme reiterado pelos Ministros diversas vezes, trata-se de fenômeno social que carrega consigo muitas questões que o direito, principalmente se entendido como ciência pura e dogmática, não é capaz de determinar em todas as suas nuances e peculiaridades.

Primeiramente, é preciso debruçarmos sob o ponto de vista histórico. No voto do Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, este busca fazer um apanhado de toda a evolução social e jurídica relacionada, de alguma forma, à homossexualidade. Não há como ignorar o fato de que este tipo de relação afetiva enfrenta inúmeros obstáculos sociais ao redor de todo o mundo. Progressivamente, os Estados, em suas respectivas ordens jurídicas, foram reconhecendo, por exemplo, o direito ao casamento homoafetivo. Contudo, ainda existem diversos ordenamentos jurídicos que não reconhecem a união homoafetiva ou, até mesmo, ordenamentos que a proíbem expressamente.

Sob um viés positivista exclusivista, elaborar uma reconstrução histórica e tecer um panorama de Direito Comparado jamais faria parte do processo hermenêutico que culminasse na eventual decisão do caso concreto.

Atrelado aos dados estatísticos, doutrinas e análises sob a ótica do Direito Comparado, há que se destacar a figura jurídica cuja existência e previsão legal expressa (nos termos do art. 138 do Código de Processo Civil⁵⁷), por si só, já

⁵⁷ Código de Processo Civil, art. 138, *in verbis*: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda

demonstram a impossibilidade de compreender o direito como uma ciência pura e totalmente apartada da moral: o instituto do *amicus curiae*.

Para uma compreensão inicial acerca do conceito e importância do *amicus curiae*, elucida Edgard Silveira Bueno Filho⁵⁸:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (BUENO FILHO, 2011, p. 3).

Trata-se, portanto, de instrumento jurídico que, primordialmente, aproxima a sociedade do Direito. Através das manifestações dos *amici curiae* é que a dimensão sociocultural é trazida aos ministros da Suprema Corte. Há aspectos das relações homoafetivas que somente é possível dimensionar através do pronunciamento de instituições que ativamente vivenciem essa realidade cotidianamente. Instituições que representem as vozes dos milhares de brasileiros que sofrem, em suas próprias peles, o preconceito e os óbices sociais, culturais e, inclusive, jurídicos para autodeterminarem suas relações afetivas.

Indivíduos que vivem às margens da sociedade, suportando a insegurança jurídica e a ausência de efetividade dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (dentre tantos outros). Não há como garantir uma tutela ampla e adequada dos direitos sem permitir que as minorias diretamente influenciadas pelo objeto da lide, possam manifestar-se. O Direito precisa estar em consonância com a realidade social.

manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

⁵⁸ FILHO, Edgard Silveira Bueno. **Amicus Curiae**: A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. São Paulo: RT Online, 2011, p. 3.

Dessa forma, na ADI 4277, foram chamados a manifestar-se, por exemplo, as seguintes instituições: Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI-UFMG) e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, dentre outros.

Para ilustrar a dimensão sócio jurídica do instituto do *amicus curiae*, destaca-se trecho da manifestação do Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual no que diz respeito à relevância do papel a ser exercido pela Corte Suprema a fim de garantir a igualdade e a segurança jurídica asseguradas pelo Estado democrático de Direito:

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias. Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas afetivas.

Permitir a oitiva de institutos socioculturais sobre temas de extrema relevância para a sociedade civil amplia o debate e, de certa, forma, legítima que as decisões tomadas também estejam calcadas na realidade, que estejam aptas a proteger concretamente os indivíduos protegidos sob a égide de nossa ordem constitucional. Neste sentido, destaca-se trecho do voto do Min. Celso de Mello justamente sobre a importância dos *amici curiae* (especialmente no tocante ao caso referente à ADI 4277):

É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para

grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.

O Direito, portanto, não é e nunca pode ser tido como estático. Trata-se de fenômeno social e, neste sentido, precisa estar em conformidade com a realidade sociocultural/socioeconômica do ordenamento jurídico que estabelece. Não há como pressupor que, pelo fato de que não há menção literal expressa em nosso ordenamento jurídico acerca da possibilidade da configuração da união estável homoafetiva, isso signifique que o grande contingente de casais que vivem nesta conjuntura estarão, portanto, desamparados pela ordem constitucional brasileira. Ordem esta que preceitua, em previsão constitucional contida no art. 3º, inciso IV, que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, e, por conseguinte, determina que o Direito nunca coadune com qualquer interpretação que possua viés discriminatório.

5.1.4 As análises jurídicas e extrajurídicas construídas para a formação do precedente e a garantia plena da tutela dos direitos

O primeiro ponto a ser levantado quando da análise propriamente “jurídica” do caso em questão é acerca da ausência de proibição expressa da equiparação da união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva⁵⁹. Note-se, essa questão, levantada no decorrer de todo o acórdão, não é trazida apenas para uma discussão simplória sobre o binômio: “*se não é proibido, é permitido*”. Aqui, o relevante acerca da ausência de proibição é justamente, trazer esta ideia como ponto de partida da discussão hermenêutica. Se, conforme entendimento do Min. Ricardo Lewandowski demonstrado em seu voto na ADI 4277, estivéssemos diante uma lacuna normativa, ainda assim, seria preciso que a técnica hermenêutica para preenchimento da mesma

⁵⁹ Conforme o Min. Rel. Ayres Britto: “Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e § 1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe”.

estivesse de acordo com o sistema legal e constitucional como um todo, inclusive no que tange à teleologia das normas constitucionais⁶⁰.

A definição da união estável como a união entre *homem e mulher* não é elemento constitutivo de uma proibição imperativa dos demais tipos possíveis de uniões afetivas⁶¹. Inclusive, alguns ministros, a exemplo dos Ministros Ayres Britto e Luiz Fux, argumentam, em seu voto, que a razão de ser da expressão “*homem e mulher*” foi, inclusive, opção legislativa que concretizasse a igualdade de gêneros nos papéis, deveres e direitos exercidos por ambos os companheiros, haja vista a histórica preponderância da figura masculina nas relações devido ao machismo estrutural.

Em que pese a discussão acima proposta pelos ministros acerca da *ratio legis* do dispositivo a respeito da união estável, a questão é justamente, entender que não há qualquer exigência interpretativa e hermenêutica pela literalidade do dispositivo do art. 1.723 do Código Civil. A técnica da subsunção pura, que acarretaria na interpretação *literal* do texto legal, nos levaria a uma resposta inconstitucional e incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

A vedação constitucional é, justamente, acerca de qualquer preconceito que possa vir a violar os princípios constitucionais aqui invocados, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da segurança jurídica, dentre outros. Necessária compreensão e técnica interpretativa que se coaduna com as garantias e direitos constitucionais assegurados pela Carta Magna. Nesse sentido, destaca-se importante passagem proferida no voto do Min. Rel. Ayres Britto:

Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito, do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc).

Subsequentemente, a atividade hermenêutica debruça-se sobre o conceito de família. Mas, afinal, o que é uma família para o ordenamento jurídico brasileiro? Quais

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1234-1235.

⁶¹ Registra-se que esse entendimento foi o majoritário no acórdão da ADI 4277. Contudo, o Min. Ricardo Lewandowski entendeu, de maneira divergente, que o texto de fato restringe a figura da união estável àquela união formada entre homem e mulher.

os elementos constitutivos de um núcleo familiar? Todo núcleo familiar merece ter sua proteção constitucional assegurada? A união estável, em que pese formalmente distinta do casamento, é protegida na mesma dimensão constitucional do que o casamento?

Essas questões chave foram objeto de ampla análise do Supremo Tribunal Federal para que se pudesse construir, mediante diversas técnicas hermenêuticas distintas, a “norma” aplicável ao caso, resultante do processo interpretativo.

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, mesmo que, conforme visto anteriormente, uma análise hermenêutica que levasse em conta exclusivamente a vertente exclusiva do positivismo, jamais teria permitido tal conclusão.

Contudo, há que se destacar que, em um modelo de cortes supremas que possuem, em última instância, a função precípua de determinar o que é o Direito em uma dupla dimensão da tutela dos direitos (particular e geral), o precedente formado não diz respeito somente à decisão em si, mas sim do conjunto de razões jurídicas e extrajurídicas determinantes para o processo interpretativo do qual resultou a norma aplicável.

Assim, não obstante a ADI 4277 tenha sido julgada procedente de forma unânime, houve divergência quanto à fundamentação dos votos proferidos. Em um primeiro momento, reitera-se a reflexão: qual a relevância de nos debruçarmos sobre eventuais divergências quanto à fundamentação visto que a decisão restou unânime e a controvérsia jurídica foi, em certa medida, solucionada?

Como mencionado anteriormente, para a formação de um precedente não basta somente analisarmos a procedência ou não de determinado pedido (de inconstitucionalidade, por exemplo). Precisamos nos debruçar sobre as razões determinantes que levaram ao raciocínio decisório que, por fim, determinou a procedência ou improcedência da ação/recurso. É necessário ater-se ao que chamamos de *ratio decidendi*, ou seja, as “razões de decidir”.

Essa necessidade advém, justamente, de uma visão inclusivista do positivismo jurídico. Não podemos tomar como papel das cortes supremas meramente rever as decisões judiciais dos tribunais “inferiores”. Uma clara evidência disso é que o nosso próprio ordenamento jurídico apenas menciona a existência e garantia do *duplo* grau de jurisdição. Ou seja, as cortes supremas não constituem um terceiro grau de jurisdição.

Não basta que saibamos que restou determinada a interpretação conforme a constituição do dispositivo do art. 1.723 do Código Civil. Para que possamos compreender o que é o Direito, saber os verdadeiros efeitos jurídicos e o alcance desta decisão particular para fins de tutelar a dimensão geral da tutela dos direitos, é imprescindível a análise pormenorizada das técnicas hermenêuticas utilizadas no decorrer do processo decisório.

Assim, cabe uma breve análise do processo hermenêutico e técnicas interpretativas construídas pelos ministros em seus votos. Ressalta-se, todavia, desde já, que ambos os entendimentos são calcados em uma noção inclusivista do positivismo, justamente pela necessidade de enxergar além da literalidade dos dispositivos constitucionais/legais invocados e de integrar conceitos sociais que possam permitir uma adequada tutela dos direitos sob a proteção integral de nossa Carta Magna.

5.1.5 Entendimento majoritário: a técnica de interpretação extensiva sob a ótica do sistema constitucional

A maioria dos Ministros fundamentou seus votos baseados na ideia de uma interpretação extensiva acerca do dispositivo do art. 226, § 3º, da Constituição Federal e, por conseguinte, pela determinação da interpretação conforme a constituição do art. 1.723 do Código Civil.

Denota-se que, para este viés hermenêutico, o pressuposto basal é de que o texto da norma constitucional supramencionada é dotado de “plurissignificatividade” ou polissemia. Ou seja, não há caráter literal determinante.

Para chegar neste raciocínio, primeiramente, foi preciso que os Ministros demonstrassem que, segundo a ordem constitucional brasileira, não há como entender que o referido dispositivo determinaria alguma proibição em relação ao âmbito que não esteja abarcado pela sua literalidade.

Isso significa, em outras linhas, raciocinar que, em que pese haja a expressão “é reconhecida a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar”, isso não determina que não existam outras configurações familiares que também sejam, para o sistema jurídico brasileiro, uma entidade familiar.

Não há necessidade, portanto, de “criar” instituto semelhante que se submeta ao mesmo regime jurídico da união estável heteroafetiva. O art. 226, § 3º, da Constituição Federal deve ser entendido como norma aberta cuja interpretação extensiva inclui a união homoafetiva.

Contudo, primeiramente, é necessário compreender a origem da polissemia e da abertura da norma em questão. Justamente por isso, é que os ministros que fundamentaram seus votos sob este entendimento, discorrem acerca da amplitude semântica do termo “família”.

Afinal de contas, como delimitar o que é uma família? Trata-se de conceito que se esgota nos termos literais no dispositivo constitucional do § 3º do art. 226? Ou trata-se de conceito social, cultural e/ou histórico que não detém as amarras preconizadas nas palavras do mencionado artigo caso este seja interpretado de forma puramente textual?

Para melhor compreendermos esta abertura do conceito de “família” sob a égide do direito constitucional brasileiro, destaca-se trechos do voto do Min. Rel. Ayres Britto:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Muller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusivo à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico).

[...]

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 replicaria forçar o nosso magno texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - *data vênia* de opinião divergente - extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida essa, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.

Dessa forma, a união homoafetiva configura mais uma hipótese de entidade familiar e de união estável. A tese defendida nessa linha argumentativa propõe que, à luz dos princípios e direitos fundamentais da constituição (destacando-se alguns,

como por exemplo o princípio da igualdade, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da segurança jurídica, dentre outros), a interpretação do dispositivo constitucional em questão somente pode ser extensiva⁶². Isso porque outras formas de interpretar a norma estariam em dissonância com todo o sistema protetivo da própria Carta Magna (inclusive, conforme destacam os ministros favoráveis a esta fundamentação, outra técnica interpretativa já estaria em desacordo com o próprio preâmbulo constitucional⁶³). Em outros termos: como poderíamos interpretar uma norma constitucional de forma inconstitucional?

É preciso compreender que a Constituição é, antes de mais nada, um conjunto harmônico de regras que precisa ser interpretado dessa forma. Nas palavras contidas no voto da Min. Cármen Lúcia:

Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

Novamente, é necessário pontuar que, a fundamentação acima só pode ser compreendida e aceita quando compreendemos o direito pelo viés inclusivista do positivismo jurídico. O Direito e a moral não se equivalem e nem são completamente afastados⁶⁴. Por diversas vezes, no decorrer do acórdão, é possível notar que a ideia de “valores constitucionais” é fundamental para enxergarmos o fenômeno da união estável homoafetiva.

⁶² Sobre a necessidade de superar a interpretação puramente literal do dispositivo constitucional, elucida o Min. Luiz Fux na fundamentação de seu voto: “Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa”.

⁶³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁶⁴ Ideia expressamente contida na fundamentação do voto do Min. Marco Aurélio: “Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação”.

Afinal, em uma ciência pura do direito, livre de qualquer valoração, fundada apenas em regras, com a subsunção como única ferramenta “interpretativa” e partindo do pressuposto de que os juízes apenas proclamam a lei, a questão acerca da união estável homoafetiva restaria decidida em apenas poucas linhas. Se a Constituição, expressamente e em termos literais, determina que se trata de *união entre o homem e a mulher*, não haveria nenhuma dúvida de que não há proteção constitucional à união estável que não seja formada pelo homem e pela mulher.

Pouco importaria se tal configuração familiar (diga-se, de casais homoafetivos) já fosse uma realidade social. Pouco importaria se inúmeros indivíduos, histórica e socialmente já jogados às margens da sociedade, restariam sem proteção e nenhuma segurança jurídica. Da mesma forma, pouco importaria se, em uma interpretação sistêmica, considerando o ordenamento jurídico como um todo e a constituição como um conjunto harmônica de normas e princípios fundantes, a subsunção nos trouxesse uma resposta contraditória que nos colocasse em um paradoxo jurídico-constitucional.

Neste sentido, não podemos permitir que, em prol de uma ciência pura do direito – sem qualquer dimensão valorativa a si atrelada –, decisões preconceituosas e, em certa medida, “inconstitucionais”, sejam tomadas. Invoco, no tocante à relevância desta compreensão hermenêutica e dogmática, as palavras constantes da fundamentação do voto do Min. Joaquim Barbosa:

Quis mesmo o constituinte de 1988 manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as consequências jurídicas e materiais daí decorrentes?

Creio que não. E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica pallette axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição. Aí sim, estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobre missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas.

Logo, o que permite a interpretação extensiva defendida majoritariamente no julgamento da ADI 4277, é justamente a compreensão de que o legislador, ao utilizar-se do binômio homem-mulher para definir a união estável, não preconizou que o instituto ali previsto (a união estável) deveria necessariamente atender a este binômio.

Isto por duas razões: a primeira quanto à ausência de proibição no que diz respeito a outras conjunturas afetivas também constituírem *entidade familiar*. Até

mesmo porque, eventual vedação nesse sentido estaria expressamente violando diversos dispositivos constitucionais (como o art. 5º *caput*, o art. 3º, inciso IV, o preâmbulo constitucional e também diversos princípios preconizados na Carta Magna, como princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da segurança jurídica, princípio da igualdade, etc).

A segunda razão versa sobre a necessidade de superar a literalidade do texto a fim de promover uma interpretação extensiva que esteja em consonância com o sistema constitucional como um todo (entendido como conjunto de regras, direitos, princípios, postulados normativos, etc).

De acordo com a fundamentação adotada pelos ministros que optaram por este entendimento (Min. Relator Ayres Britto e os demais que o acompanharam integralmente), não haveria que se falar em ativismo judicial ou extrapolação do papel do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Suprema, posto que a interpretação extensiva apenas estaria conferindo o sentido sistematicamente constitucional ao texto – que não poderia ser compreendido unicamente em seu sentido literal – sob pena de termos, aí sim, uma violação à Constituição e seus valores pré-estabelecidos.

5.1.6 Entendimento minoritário: a técnica de integração analógica frente à lacuna legislativa

Aqui, analisaremos a fundamentação dos votos proferidos, principalmente, pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes que, apesar de terem votado no mesmo sentido dos demais, realizaram técnica hermenêutica e, portanto, interpretação distinta para construir suas razões decisórias.

Primeiramente, é necessário esclarecer que diversas premissas constantes do entendimento majoritário – visto acima – são reiteradas pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Por exemplo, ambos os entendimentos estão de acordo com a ideia de que o conceito de família é amplo e não exaustivo. Ou seja, não há como sustentar, em nosso plano jurídico-constitucional, que a configuração de uma relação homoafetiva – com os mesmos caracteres de uma relação heteroafetiva – não constitua uma família. A ideia de família está atrelada aos direitos e princípios constitucionais, mas também à realidade sociocultural. A família não é meramente um instituto jurídico (neutro em valorações e alheio a aspectos morais, como defenderiam

aqui os exclusivistas), mas sim uma construção fático-social atrelada a elementos subjetivos como o afeto e o amor.

Além disso, também se trata de entendimento comum que a ausência de proteção aos casais homoafetivos caracterizaria uma afronta direta aos mais basais direitos fundamentais e princípios jurídicos constitucionais, tais como: segurança jurídica, igualdade, liberdade, etc.

A diferença primordial entre os entendimentos firmados no acórdão da ADI 4277 diz respeito à técnica hermenêutica utilizada no processo decisório. Como visto, a maioria dos Ministros entendeu que se tratava de caso em que seria necessária uma interpretação extensiva do próprio § 3º do art. 226 da Constituição Federal, de forma que a expressão “homem e a mulher” não fosse interpretada em sua literalidade, abarcando outros tipos de configurações familiares (no caso, a relação entre pessoas do mesmo sexo). Dessa forma, após essa interpretação extensiva que determinasse que os casais homoafetivos estariam dentro do âmbito de aplicação integral do dispositivo constitucional, bastaria determinar que ao art. 1.723 do Código Civil fosse conferida interpretação conforme a constituição.

Todavia, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes divergiram quanto a esta fundamentação.

Inicialmente, para compreender a fundamentação deste entendimento divergente, é necessária pontuação técnica. Para ambos os ministros, o art. 1.723 do Código Civil trata-se de mero “espelho” do dispositivo constitucional do § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Ou seja, não haveria necessidade técnica de determinar eventual interpretação conforme à constituição.

Em um primeiro momento, os ministros supramencionados esboçaram suas preocupações no que diz respeito ao entendimento majoritário proferido pelos demais ministros no tocante ao limite da atividade interpretativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Suprema, conforme trecho extraído do voto do Min. Ricardo Lewandowski:

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrílica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se

aproxime da vontade original do legislador, combinando-se com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.

Denota-se que, não obstante a crítica sobre eventual extrapolação do papel da Corte, resta evidenciado no excerto acima, novamente, que se trata de consenso o fato de que o entendimento positivista exclusivista de que o jurista seria mero proclamador do significado *uno* e prévio da lei precisa ser superado. O próprio papel do Supremo Tribunal Federal somente se justifica na medida em que compreendemos o direito sob a ótica inclusivista do positivismo.

Contudo, questiona-se o porquê do adendo feito pelo Min. Ricardo Lewandowski quanto ao limite de atuação do STF⁶⁵. A ressalva foi, justamente, pelo fato de que os demais Ministros entenderam pela interpretação extensiva do dispositivo constitucional em questão, em que pese o mesmo seja expresso ao definir a união estável como a união “entre o homem e a mulher”. Ou seja, para ambos os ministros optantes pelo entendimento aqui discorrido, não há como extrapolar o limite textual e semântico dessa expressão. Qualquer tentativa de fazê-lo comprometeria a vontade do legislador e, portanto, poderia configurar uma hipótese de ativismo judicial, isto é, uma extrapolação da atividade interpretativa da Corte dentro de sua função como Corte Suprema.

Indaga-se: isso nos permite dizer, então, que o Min. Ricardo Lewandowski e o Min. Gilmar Mendes optaram em uma fundamentação com base em visão exclusivista do positivismo? Não.

Uma primeira evidência de que os referidos Ministros não decidiram com base em um viés positivista exclusivista é, justamente, que, não obstante o uso de diferentes razões jurídicas e extrajurídicas para fundamentar seus votos, ambos votaram pela procedência da ADI 4277.

⁶⁵ A mesma crítica foi tecida pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto: “Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso mais uma vez dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte sob pena de nos deslegitimarmos”.

Ou seja, mesmo que a cláusula geral constitucional existente sobre a união estável determine, de forma literal e expressa, que se trata de união entre o homem e a mulher, os ministros votaram favoravelmente à procedência da determinação da interpretação conforme a constituição do dispositivo contido no art. 1.723 do Código Civil.

A construção da *ratio decidendi* dos Min. Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, contudo, tomou um caminho distinto. Como já dito, ambos entenderam que não há como realizar uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional em questão, sob pena, inclusive, de cairmos em um perigoso terreno conhecido como ativismo judicial, no qual a Corte Suprema estaria, de certa forma, transbordando os limites de sua atuação e de suas funções dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, o Direito, entendido como um complexo de regras, princípios, postulados jurídicos e direitos fundamentais, não permite que deixemos a situação dos casais homoafetivos que necessitam de uma tutela jurídica para protegerem seus interesses, da mesma forma que os casais heteroafetivos, vazia e carente de qualquer regramento. Seria, indiretamente, fomentar o preconceito e a desigualdade dentro de nossa ordem jurídica. Ou seja, ao compreender o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de forma literal e em seus exatos termos semânticos, estaríamos violando a própria Constituição. Cairíamos na esfera de um paradoxo para o qual não haveria solução jurídica se partíssemos de uma visão exclusivista.

Dessa forma, a fim de garantir a proteção jurídica necessária e, portanto, assegurar a força normativa de nossa ordem constitucional, mesmo sem realizar a interpretação extensiva do dispositivo constitucional, os Ministros optaram pela técnica hermenêutica da integração analógica para solucionar a controvérsia.

Para tal, partiram do pressuposto de que, em relação, especificamente, à união estável entre pessoas do mesmo sexo, há uma lacuna legal. Mais especificamente, uma lacuna axiológica (conceito que se depreende de uma inclinação pelo viés inclusivista do positivismo jurídico). Em síntese: não há, em nosso ordenamento jurídico, um regramento para a situação fática trazida ao poder judiciário através da ADI 4277.

Assim, a união estável entre pessoas de sexo oposto e entre pessoas do mesmo sexo não configuram institutos jurídicos iguais. Todavia, a união estável homoafetiva constitui uma configuração *equiparável* juridicamente à união estável heteroafetiva. E tal constatação jurídica se dá através de uma interpretação analógica,

ou seja, os institutos, porquanto equiparáveis, devem ter regimes jurídicos equiparáveis, de forma a estender o regramento das uniões estáveis heteroafetivas às uniões estáveis homoafetivas, no que couber.

A questão integrativa diz respeito justamente à necessidade de integrar os institutos jurídicos em questão ao sistema jurídico brasileiro constitucional em todos os seus preceitos básicos, de forma a garantir uma tutela adequada que condiga com os direitos fundamentais e princípios jurídicos.

Para fins ilustrativos, destaca-se trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski que sintetiza a construção de seu voto - no mesmo sentido do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes:

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 fênica e, de resto não proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juristas romanos, *ex facto oritur jus*.

Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões heterossexuais.

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

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

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura 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.

No mesmo sentido, colocação do Min. Gilmar Mendes em sua fundamentação:

A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, *a priori*, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da vedação à discriminação por sexo, e em sentido mais amplo, por orientação sexual, apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no atual estágio de nosso constitucionalismo.

[...]

Por isso, que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, em sentido

semelhante ao que explicitou o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação doutrinária, uma lacuna valorativa ou axiológica.

É que se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos à uma proteção, em seguida deve-se indagar sobre o seu correspondente dever de proteção. E a essa lacuna ou a essa não disciplina normativa do dever de proteção, impõe-se também algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter diversas divergências apenas de como fazê-lo.

Logo, é possível vislumbrar, novamente, que, embora mediante técnica interpretativa/hermenêutica distinta, a resposta jurídica perpassa uma ideia de que a literalidade do dispositivo nem sempre é a solução. Nem sempre a subsunção pura permitirá que obtenhamos uma tutela adequada, efetiva e tempestiva do Direito. Atrelado ao texto legal em si, é necessário expandir os horizontes e perceber que determinadas questões envolvem aspectos sociais, principiológicos e, acima de tudo, humanitários.

Aos juízes, ou, no presente caso, aos ministros, não cabe somente invocar os termos literais de determinada regra, mas sim, solucionar determinada controvérsia jurídica mediante interpretação, atividade esta que perpassa questões valorativas, mesmo que indiretamente.

Mais uma vez, percebe-se a importância de pontuar questões dogmáticas que estejam por trás das grandes decisões proferidas pela Corte Suprema, posto que, somente assim, é possível compreender o processo decisório em sua integralidade, bem como garantir que as regras sejam interpretadas conforme todo o sistema jurídico brasileiro.

E, então, somente assim, permitir que o Direito seja efetivo e que garanta a previsibilidade das decisões, de forma a assegurar a autodeterminação dos sujeitos que estão sob determinada ordem jurídica. Somente assim, será possível que ideias primordiais de nossa Constituição Federal (e de todo o sistema jurídico enquanto complexo sistemático), como a segurança jurídica, a igualdade e a liberdade, sejam, de fato, vivenciados pelos indivíduos a quem a Carta Magna buscou proteger, indistintamente.

6 CONCLUSÃO

Afinal, o Direito é facilmente delimitável? Resta perceptível que não. Há quem defenda que o Direito e a moral são conceitos que, de certa forma, possuem o mesmo significado. Há aqueles que defendem que, para que o Direito exista e constitua uma ordem normativa propriamente dita, é necessário que o Direito e a moral em nada se relacionem. Também há aqueles que compreendem o fenômeno jurídico como correlato com a moralidade, porém com definição distinta.

Por fim, há aqueles que erguem a bandeira de que essa discussão deveria ser restrita aos teóricos e acadêmicos do Direito, não sendo relevante para o direito na prática, para o direito do dia a dia, para o cotidiano jurídico dos tribunais e foros. Antes de entrarmos no mérito de falar daqueles, primeiramente, falemos acerca desta última categoria.

O objeto central do presente trabalho não se trata de discussão puramente abstrata, filosófica, restrita ao mundo das ideias. Ao contrário, a análise teórica aqui realizada demonstra a base constitutiva dos processos decisórios, das técnicas hermenêuticas e, portanto, em última instância, do real significado do Direito. Com tais informações e construções dogmáticas, é possível assegurar ao cidadão pertencente à ordem jurídica brasileira seus direitos e também estabelecer, em paralelo, seus deveres. É através dessa construção que podemos proteger os ideais fundamentais de nosso ordenamento jurídico, tais como: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a tão aclamada segurança jurídica. Contudo, para tal, é de suma importância que saibamos qual ou quais teorias que fundamentam as razões determinantes contidas nos precedentes, ou seja, quais as construções por detrás de determinada interpretação jurídica. Na lição do professor Daniel Mitidiero⁶⁶:

A partir do momento em que se tem clareza a respeito da relação entre processo civil e tutela dos direitos, é possível estruturá-lo de forma adequada. *A função condiciona a estrutura.* Quando se tem presente a dupla dimensão da tutela dos direitos, fica claro que o aproveitamento proporcional do tempo das partes e dos recursos judiciários exige a sua distribuição racional pelos diferentes *andares* da Justiça Civil. Viabilizar uma decisão de mérito justa, efetiva e tempestiva para a controvérsia é tarefa de juízes e das Cortes de Justiça. Promover a unidade do direito mediante precedentes é tarefa das Cortes Supremas. É claro que há escadas entre esses andares, mas o princípio básico é esse. Sem um bom projeto, dificilmente se consegue executar bem a obra. (MITIDIERO, 2021, p. 27-28).

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

É certo, portanto, que tal discussão possui um papel de destaque quando tratamos da dimensão geral da tutela dos direitos, porquanto é através dessa construção que irão se constituir os precedentes das cortes supremas e, portanto, o verdadeiro significado do Direito em caráter amplo.

Todavia, qual a teoria mais adequada para tal embasamento no tocante à ordem jurídica brasileira? Ao mesmo passo que compreender o Direito como sinônimo de moral é inadequado posto que a institucionalização e a concretização do Direito como um sistema determinado foi uma grande conquista civilizatória que preservou a ideia de segurança jurídica, também é inadequado compreender que o Direito em nada se relaciona com a moral, sob pena de violarmos direitos e princípios fundamentais quando uma interpretação de determinado dispositivo, quando em sua literalidade, determinar que façamos, propiciando desigualdades e injustiças sob um argumento puramente ordem de ordem.

Além disso, como decidir, em caráter uniformizado, os popularmente chamados “*hard cases*”, isto é, casos em que a pura subsunção textual não é suficiente para a resolução de determinada controvérsia? Deveríamos, nestes casos, permitir que os juízes, de forma arbitrária, em suas próprias convicções, tomassem determinada decisão, quando nosso próprio ordenamento jurídico estabelece o dever legal de fundamentação das decisões⁶⁷? Aliás, não somente nosso ordenamento jurídico estabelece o referido dever, como também, determina que condutas meramente declaratórias por parte dos juízes (em qualquer grau e em qualquer instância) não são aptas a fundamentar as decisões judiciais:

Art. 489 do Código de Processo Civil. São elementos essenciais da sentença:
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

⁶⁷ Constituição Federal, art. 93, *in verbis*: “[...] Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação [...]”.

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A ideia do juiz tido como a “boca da lei”, preconizada pelos doutrinadores favoráveis ao viés exclusivista do positivismo, não se mostra adequada e, indiretamente – conforme os dispositivos legais ilustrados – não é sequer autorizada para que possamos respeitar a ordem jurídica brasileira.

Assim, a teoria que mais nos mais adequada, conforme demonstrado no presente trabalho, é do positivismo lógico-inclusivo, também conhecido como positivismo jurídico inclusivista.

Não podemos compreender o fenômeno jurídico como uma ciência pura ou, ainda, livre de valorações, da mesma forma que não há espaço, em uma ordem jurídica institucional, para uma compreensão de que tais conceitos sejam sinônimos.

Conforme ilustrado no julgamento da ADI 4277, é necessário que saibamos que a regra em sua literalidade, quer constitua uma lacuna axiológica ou não, não é o único elemento para a defesa dos direitos. O Direito precisa estar em comum acordo com a realidade social. Não podemos, protegidos por um escudo semântico, nos escusar, enquanto aplicadores do direito, da necessária tutela dos direitos. Não podemos deixar que determinados grupos e realidades sociais permaneçam à mercê de mudanças legislativas futuras e incertas.

O papel do Direito e, portanto, de seus aplicadores, é ativo. As cortes supremas, em seus processos decisórios, precisam estar munidas de elementos puramente jurídicos (em termos literais), mas também de elementos sociais, fáticos e valorativos (inclusive os integrantes do próprio sistema jurídico, como os princípios constitucionais e os direitos fundamentais), sob pena de nossas leis constituírem tão somente documentos escritos que não possuam eficácia e legitimidade social.

Ainda, para concluir acerca da importância do estudo teórico ao qual o presente trabalho dedicou-se para o fim de estabelecer as bases teóricas que possam auxiliar a atividade interpretativa dos aplicadores do direito na ordem jurídica brasileira, destaco as notórias palavras do Min. Luiz Fux em seu voto proferido na ADI 4277:

Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos - em especial aquelas ligadas à sua identidade - forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

Particularmente, nos casos em que se trata de direitos de minorias e que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp 1.873.918/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 02 mar. 2021. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&ti>

poPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201902397287>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Ag. Reg do RO em HC 165.031**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, 06/05/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur402861/false>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4.277**. Relator: Ministro Ayres Brito, 02 fev. 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COLEMAN, Jules. **Negative and Positive Positivism**. *Journal of Legal Studies*, v. 11, p. 139-164, 1982

COLEMAN, Jules. **On the relationship between law and morality**. *Ratio Juris*, v. 2, n. 1, p. 66-78, mar. 1989.

DWORKIN, Ronald. Hart's Posthumous Reply. **Harvard Law Review**, v. 130, pg. 2096-2130, 1994.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978

FILHO, Edgard Silveira Bueno. **Amicus Curiae: A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARANHÃO, Juliano. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law: Princeton Foundations of Contemporary Philosophy**. New Jersey: Princeton University Press, 2010

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

PECZENIK, Aleksander. Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning. **Ratio Juris**, v. 123, p.123-136, 1988

PECZENIK, Aleksander. Law. Morality, Coherence and Truth. **Ratio Juris**, v. 146, p.146-176, 1994.

QUINTANA, Mário. **Poesia completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Tradução de Pietro Nasetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SCHAUER, Frederick. Constitutional Positivism. **Conn. L. Rev.**, v. 25, 1993.

SCHAUER, Frederick. Chapter 14: Positivism Before Hart. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia. **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Charlottesville: Springer, 2013.

_____. Chapter 14: Positivism Before Hart. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia. **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Charlottesville: Springer, 2013.