

O RECONHECIMENTO DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: uma análise sob a ótica do “Estado de Exceção” de Agamben e dos “*hard cases*” de Dworkin

Vilmária Cavalcante Araújo Mota¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do posicionamento favorável ao reconhecimento jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo à luz da teoria do estado de exceção de Agamben, a qual questiona a legitimidade democrática do STF sobre questões morais e a teoria dos *hard cases* de Dworkin. Para tanto se utilizará como metodologia a pesquisa bibliográfica nos referenciais teóricos de Giorgio Agamben e Ronald Dworkin, bem como documental da ADIN 4277 de maio de 2011 e ADPF 132. Procurar-se-á demonstrar que a decisão que reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo contraria a Constituição Federal de 1988, bem como o Código Civil de 2002 e encontra-se pautada na falta de legitimidade democrática do STF, em especial para decidir sobre questões morais, o que reflete o ativismo judicial na resolução de casos difíceis (*hard cases*), demonstrando que o estado de exceção, enquanto paradigma de governo, tornou-se regra no Brasil. Assim, vive-se formalmente um Estado Democrático de Direito, mas com manifestações e indícios da existência dissimulada de um Estado de Exceção permanente.

Palavras-chave: Casamento homoafetivo. Reconhecimento. Ativismo Judicial. Constituição. Estado de Exceção

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP em São Paulo/SP, Mestra em Administração na linha de pesquisa Gestão Pública pela Faculdade de Estudos Administrativos- FEAD em Belo Horizonte/MG (2014), Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES em Montes Claros/MG (2001), Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES em Montes Claros (1999); Professora em cursos de Graduação e Pós-Graduação. vilmaria.cavalcante1@gmail.com

THE ACCEPTANCE OF SAME-SEX MARRIAGES: an analysis from the perspective of “the State of Exception” of Agamben and “hard cases” of Dworkin

ABSTRACT

This article aims to examine the decision of the Federal Supreme Court (STF) about the favorable position to the legal acceptance of same sex marriages based on theory “State of Exception” of Agamben, which questions the democratic legitimacy of the Federal Supreme Court about moral issues and the theory of “hard cases” of Dworkin. For this we will use as methodology the bibliographical research in theoretical frameworks of Giorgio Agamben and Ronald Dworkin and documentary of ADIN 4277 from May 2011 and ADPF 132. Will try showing the decision that accepted same sex marriages violates the Brazilian Constitution of 1988 and the Brazilian Civil Code of 2002, and it is guided by the STF’s lack of democratic legitimacy, especially deciding moral issues, reflecting the judicial activism in solving difficult cases (hard cases), showing that the “state of exception” as governmental paradigm became the rule in Brazil. Thus, formally there is a Democratic Rule of Law, but with demonstrations and evidences of existence of permanent exception state.

Keywords: same sex marriage. Acceptance. Judicial Activism. Constitution. State of Exception.

1 INTRODUÇÃO

No dia 5 de maio de 2011, em uma decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal (STF), o guardião da constituição brasileira, decidiu por unanimidade, considerar juridicamente possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Com isso, a união homoafetiva deixou de ser considerada uma mera sociedade de fato e passou a ser reconhecida como uma entidade familiar. A partir dessa decisão, os casais homossexuais passam a ter os mesmos direitos dos casais heterossexuais em regime de união estável, como pensão e herança em caso de morte de um dos parceiros, divisão de bens e pensão alimentícia em caso de separação, etc.

O julgamento do STF foi realizado com fulcro em duas ações: Uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 4277) e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132)². Após se verificar que os benefícios previdenciários requeridos aos servidores homossexuais do estado do Rio de Janeiro já haviam sido reconhecidos em lei a ADPF foi transformada em ADIN. A Procuradoria-Geral da República ajuizou a ação com dois desígnios: o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e a equiparação de direitos das uniões homoafetivas às uniões entre casais heterossexuais. O argumento principal da ADPF transformada em ADIN, proposta pelo estado do Rio de Janeiro, foi o de que o não reconhecimento da união homoafetiva contradiz preceitos fundamentais constitucionais como o princípio da igualdade, da liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Grosso modo, esse é o resumo da decisão em comentário.

Ressalte-se que nos últimos anos o STF tem desempenhado um protagonismo na vida institucional brasileira, principalmente no que tange à tomada de decisões sobre importantes demandas nacionais que envolvem questões de largo alcance político-jurídico, como por exemplo, a implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade, como é o caso do casamento homossexual, dentre outros. Essa postura tem ressoado e produzido aplausos e críticas por parte da sociedade. Tal fato ilustra uma fluidez presente entre a política e direito que caracteriza o mundo contemporâneo.

²ADIN nº 4.277. A íntegra do acórdão do STF encontra-se disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. As referências à decisão feitas neste ensaio utilizarão os números das páginas do arquivo em PDF. Ressalte-se que ADIN n. 4.277 foi julgada conjuntamente com a ADPF n. 132.

A decisão em análise repercute essa falta de legitimidade democrática do STF, inovando a Constituição Federal e o Código Civil brasileiro, produzindo normas inexistentes por meio de ativismo judicial, em especial quando decide sobre demandas que envolvam escolhas morais, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, legalização do aborto de anencéfalo, dentre outras. Essa postura do STF configura um verdadeiro estado de exceção instalado de forma permanente no Brasil.

2 A DEFINIÇÃO E OS REQUISITOS DO CASAMENTO DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL

Não se pode negar que a homossexualidade faz parte da história da humanidade, sendo um tema que sempre causou repulsa ou admiração, de acordo com as normas sexuais e morais vigentes nas diferentes culturas e épocas em que ocorreram, seja antiguidade, medievo ou modernidade. Contudo, nos últimos anos, superando o preconceito e a discriminação, apresenta-se uma crescente revelação pública da homossexualidade, na qual inúmeras pessoas passaram a viver plenamente sua orientação sexual. De forma que esta questão vem sendo discutida meticulosamente, principalmente pelos juristas, ante a ausência de tratamento jurídico sobre o tema.

De acordo com Barroso³

No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

Inegavelmente, no Brasil, a Constituição Cidadã de 1988 inaugurou uma nova fase do Direito de Família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar, em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado", conforme prevê o artigo 226 do referido texto legal.

³BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Revista Diálogo Jurídico. n. 16 – maio / junho / julho / agosto de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil, p. 1 - 2

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado⁴.

Contudo, devido a heteronormatividade⁵ que rege as normas e as instituições brasileiras, inexistem dentro dos conceitos e requisitos de casamento apresentados pela Constituição Brasileira e pelo Código Civil o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não consta nesses regulamentos a tipologia da família homoafetiva, pois essas legislações definem o casamento como entidade familiar binária, constituída somente entre o homem e a mulher.

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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 casamento⁶

De acordo com os ensinamentos do Ministro Barroso⁷

A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, **não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual**. Como consequência natural, **também não faz menção às uniões homoafetivas**. **Faz referência, no entanto, às uniões heterossexuais, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher**. **O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha.**(Grifo nosso)

⁴ BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 de outubro de 2016, s/p

⁵Miskolci nos informa que a primeira teórica a empregar o termo heteronormatividade foi a feminista norte-americana Adrienne Rich em um ensaio de 1980 publicado em 1986 com o título “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”. O autor, ainda interpreta o conceito de Michael Warner, esclarecendo a heteronormatividade como sendo: Um conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle, até mesmo aqueles que não se relacionam com pessoas do sexo oposto. Assim, ela não se refere apenas aos sujeitos legítimos e normalizados, mas é uma denominação contemporânea para o dispositivo histórico da sexualidade que evidencia seu objetivo: **formar todos para serem heterossexuais ou organizarem suas vidas a partir do modelo supostamente coerente, superior e “natural” da heterossexualidade** (MISKOLCI, Richard. **A teoria queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. Sociologias, Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan./jun. 2009, p. 156-157)

⁶BRASIL, op. cit. s/p

⁷Ibidem, p. 2

Muito embora inexista uma regra jurídica específica para tratar sobre união homoafetiva na legislação pátria, não se pode olvidar que estão cada vez mais presentes manifestações coletivas e individuais, seja nos espaços públicos e privados que “simbolizam a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram séculos de opressão para poderem ostentar sua identidade sexual, desfrutar seus afetos e buscar a própria felicidade”⁸.

Todavia, vale ressaltar que muitas das normas que constituem o Direito de Família pátrio deitam suas raízes no Direito Canônico, dentre elas o instituto do casamento. O Direito Canônico foi o primeiro ordenador das relações familiares no ocidente, portanto, grande parte das regras jurídicas que regulam os institutos jurídicos familiares advém do Direito Canônico, como exemplo as que se referem aos seus requisitos de validades, os impedimentos, causas suspensivas do casamento, dentre outras.

Em face disso a presente reflexão se destina tão somente a esclarecer que a Constituição Federal e o Código Civil brasileiro, enquanto institutos normativos heteronormativos, preveem o instituto do casamento como uma união heterossexual e que se o Direito deve resguardar essa situação fática, deve fazê-lo por meio de um instituto próprio, com normas específicas, elaborado, discutido e votado pelo poder legitimado, qual seja, o Poder Legislativo. O poder que detém a legitimidade jurídica-constitucional necessária para regulamentar os fatos sociais.

Sobre esse ponto, vale destacar a divergência na fundamentação adotada pela maioria e os **votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso, para quem o reconhecimento da união homossexual pelo STF não deveria abarcar os mesmos efeitos da união heterossexual.** Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, **o judiciário deveria dar uma resposta à questão, tendo em vista que a segurança jurídica estava prejudicada pela falta de legislação sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo, além de que cabe ao poder judiciário proteger os direitos das minorias. Porém, a decisão do STF seria uma “solução provisória”, que deixaria um “espaço reservado ao regramento legislativo”.** Tendo em vista o caráter fundamental dos direitos envolvidos, a falta (“lacuna”) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva justifica a aplicação da norma existente “no que for cabível” (ADIn n. 4.277, p. 191-192). da norma existente “no que for cabível” (ADIn n. 4.277, p. 191-192). As diferenças entre essa posição e aquela adotada pela maioria do STF, explicitada no item 5 da ementa do acórdão, reforça o caráter central que o

⁸BARROSO, op. cit. p. 3

direito à igualdade assumiu na fundamentação da decisão da ADIn n. 4.277⁹.
(Grifo nosso)

Incontestavelmente para que haja uma maior efetividade dos direitos dos pares homoafetivos enquanto entidade familiar faz-se necessária a elaboração de uma lei específica, criando e disciplinando um instituto próprio, pois existem também outras questões jurídicas envolvidas, como por exemplo, a adoção homoafetiva, o direito sucessório, o planejamento familiar, dentre outras.

O STF ao julgar a ADIN 4.277 e reconhecer juridicamente as uniões estáveis homoafetivas “com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”¹⁰, o fez com fulcro na tese principiológica de inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero e que a equiparação desses regimes jurídicos resguardaria o princípio da igualdade. Dessa forma, instado a manifestar-se sobre um caso excepcional e de natureza moral, agiu como um verdadeiro soberano, que decide contrário a norma, suspendendo a norma, sob o argumento de proteger o Direito, se colocando fora e acima dele.

Indubitavelmente a decisão do STF atraiu críticas da comunidade jurídica e resistências na própria esfera judicial¹¹, ambas baseadas na ideia de que o STF extrapolou os limites de suas funções e modificou o conteúdo da Constituição.

Streck, Barreto e Oliveira¹² ressaltam que:

Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal. **O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador.** (Grifo nosso)

⁹MAUÈS, Antônio Moreira. **Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade.** Revista Sequência. n. 70, p. 135-162, jun. 2015 – Florianópolis – Santa Catarina – Brasil. p. 137

¹⁰ADIN, op. cit. p. 5

¹¹Haja vista que vários foram os casos revelados pela mídia brasileira de juízes e tabeliões que se recusaram em realizar esses casamentos e uniões entre pessoas do mesmo sexo.

¹²STRECK, Lênio Luiz. BARRETO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Normas constitucionais inconstitucionais.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>> Acesso em: 25/04/2012.s/p

Como fundamento da crítica que se segue tomar-se-á por base Giorgio Agamben em sua obra “*Estado de Exceção*” refletindo acerca dessa forma de estado, compreendendo-o e reconhecendo que a forma de agir do STF tem caracterizado um estado de exceção, enquanto paradigma de governo na política contemporânea.

3 A DECISÃO DO STF E O ATO EXCEPCIONAL CARACTERIZANDO O ESTADO DE EXCEÇÃO DE AGAMBEN

Esboçar uma definição para o que seja o estado de exceção não consiste numa tarefa fácil. Na visão de Abreu e Gonçalves¹³

A definição do estado de exceção é tarefa complexa, uma vez que este instituto se situa entre a política e o direito, para alguns um fenômeno essencialmente político (situação de fato), para outros um instituto jurídico que deve constar expressamente no direito positivo (situação de direito).

De acordo com Agamben¹⁴ essa fluidez existente no conceito de estado de exceção cria um espaço vazio, anômico, uma zona de indeterminação entre política e direito, considerada por alguns como um fenômeno extrajurídico e jurídico por outros.

A contiguidade essencial entre estado de exceção e soberania foi estabelecida por Carl Schmitt em seu livro *Politische Theologie* (Schmitt, 1922). Embora sua famosa definição do soberano como "aquele que decide sobre o estado de exceção" tenha sido amplamente comentada e discutida, ainda hoje, contudo, falta uma teoria do estado de exceção no direito público, e tanto juristas quanto especialistas em direito público parecem considerar o problema muito mais como uma *quæstio fietida* que como um genuíno problema jurídico. Não só a legitimidade de tal teoria é negada pelos autores que, retomando a antiga máxima de que *neeessitas legem non habet*, afirmam que o estado de necessidade, sobre o qual se baseia a exceção, não pode ter forma jurídica; mas a própria definição do termo tornou-se difícil por situar-se no limite entre a política e o direito.

¹³ABREU, Ivy de Souza y GONCALVES, Luísa Cortat Simonetti. **O estado de exceção e as decisões do supremo tribunal federal nas questões morais: uma análise das teorias de Agamben e Dworkin.** *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2013, n.41 [citado 2016-10-23], pp.395-407. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200012>.p. 397

¹⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** 2 ed. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 6

Assim, Agamben ressent-se da inexistência de uma teoria do estado de exceção objetivamente consistente no direito público contemporâneo, isto porque ainda não se deliberou se o estado de exceção seria questão de fato ou problema jurídico, pois a matéria encontra-se em área de intersecção entre o jurídico e o político. De acordo com o autor, transita-se em uma “terra de ninguém”, onde há a presença (e também a ausência) do direito público e do fato político.

Dessa forma, ao proclamar o estado de exceção suspendendo a lei, o soberano cria um espaço onde direito/fato, natureza/cultura não podem se distinguidos e, desta maneira, pode ele originar um novo ordenamento. Sendo assim, o estado de exceção não consiste em conceito jurídico e tão pouco político, mas, anterior e, portanto, essencial para a criação do ordenamento jurídico-político.

Para o referido autor no estado de exceção quem decide é o soberano. A lei perde sua força, é suspensa e os atos do soberano adquirem força de lei. Desse modo, o vínculo existente entre a ordem jurídica e o estado de exceção é o próprio soberano. Destarte, nesta complexidade paradoxal “o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”¹⁵. E mais, o estado de exceção define um “‘estado da lei’ em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem ‘força’) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua ‘força’”¹⁶.

Na vigência de um estado de exceção há uma inversão lógica do ordenamento jurídico, pois a lei (Constituição Federal, Código Civil) perde sua força e é suspensa, ficando momentaneamente inaplicável e os atos do poder soberano (Decisões do STF), que não têm *status* de lei, passam a ser aplicados e a vigor com força de lei. Ponderando os ensinamentos de Schmitt (1996) infere-se que, hodiernamente no Brasil existe uma unidade política (STF) e ela é soberana, pois possui competência para decidir no caso excepcional, ou seja, possui uma palavra una (acórdãos) que se sobrepõe a todo o ordenamento jurídico de uma nação.

Segundo a teoria decisionista de Schmitt¹⁷ o soberano tem o monopólio da decisão última, no que reside a essência da soberania do Estado. A soberania do Estado não consiste no monopólio da coerção ou da dominação, mas da decisão.

¹⁵ Ibidem, p. 12

¹⁶ Ibidem, p. 61

¹⁷ SCHMITT, Carl. Teologia Política. Tradução Elisete Antoniunk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Assim, o estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer. A exceção é o caso excluído da norma geral, mas não está fora da relação com a norma, nas palavras de Giorgio Agamben: “A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta”¹⁸.

O estado de exceção é, nesse sentido, **a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desapplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa.** Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. **Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção.**(Grifo nosso)

De acordo com ensinamentos de Abreu e Gonçalves¹⁹ essa tem sido uma situação recorrente no Brasil, principalmente no que tange às soluções de questões morais.

O estado de exceção, apesar do nome, se tornou regra na realidade do Estado Democrático brasileiro. **A naturalização das desigualdades sociais e os abusos cometidos pelos Três Poderes são fatores que contribuíram para esta trágica constatação.**(Grifo nosso)

A naturalização do estado de exceção vivenciado no Brasil vem sendo refletida pelo protagonismo político do Poder Judiciário brasileiro, em especial do STF quando instado a decidir sobre questões morais, como é o caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, dentre outras, nas quais decide sobre os casos difíceis tornando discutível a legitimidade democrática de suas decisões, fazendo-nos refletir sobre a convivência paradoxal da possibilidade de defesa dos direitos fundamentais e sua suspensão pelo órgão soberano existente dentro e fora dos limites jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito.

Os autores Abreu e Gonçalves²⁰ definem os casos difíceis como sendo

[...] **situações em que não existe norma jurídica específica aplicável ao caso concreto, seja por omissão legislativa (inexistência de lei), seja pela própria complexidade da questão, que se submeteria a cláusulas de textura aberta, sendo aplicável ao caso,** por exemplo, mais de um princípio constitucional. Por não haver nenhuma regra previamente estabelecida, a

¹⁸Ibidem, p. 25

¹⁹ ABREU; GONÇALVES, op. cit. p. 399

²⁰ ABREU; GONÇALVES, op. cit. p. 401

decisão, *a priori*, poderá ser proferida em qualquer direção, com base no “poder discricionário” do julgador. (grifo nosso)

Nota-se que o posicionamento adotado pelo STF sob análise foca-se na tentativa de dar eficácia aos direitos fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ambos assegurados pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Nesse ponto, conforme afirma Bobbio²¹ “*O grave problema de nosso tempo com relação aos direitos do homem não é mais fundamentá-los, e sim protegê-los*”.

Contudo, a efetivação dos direitos fundamentais torna-se um tema relevante e essencialmente preocupante, na medida em que se vislumbra uma maior participação do Judiciário no processo de democratização do País, tornando-o um verdadeiro "Chapolin Colorado" da realidade jurídica social brasileira. Essa hiperatuação pode ser abstraída na relevância dada aos precedentes judiciais e ao aumento acentuado de demandas processuais referentes ao controle de constitucionalidade, bem como pelas formas de controle jurisdicional das omissões constitucionais²², constituindo um paradigma de governo na política contemporânea.

4 O CASAMENTO HOMOAFETIVO E AS DECISÕES DIFÍCEIS DE ACORDO COM O *HARD CASES* DE DWORKIN

A resolução dos casos difíceis (*hard cases*) ou que envolvam questões morais são demandas constantes perante o Poder Judiciário, haja vista a inefetividade do Poder Executivo em executar políticas públicas eficientes ou do Poder Legislativo em assumir uma decisão que envolva questões polêmicas, como por exemplo, casamento entre pessoas do mesmo sexo, aborto de anencéfalo, a legalização da maconha, dentre outros. Tais fatos sociais, por não possuírem amparo legal, precisam ser dirimidos pelo Poder Judiciário, com o intento de evitar a construção de uma imagem negativa dos agentes políticos, os quais se omitem quanto à discussão de determinadas questões por receio de diminuïrem seu eleitorado.

²¹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25

²²Tem-se como modalidades desse tipo de ações a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Esse desequilíbrio entre os poderes tem legitimado o estado de exceção explicitado por Agamben. Segundo o autor, as teorias sobre o estado de exceção moderno consistem em tentativas de incluir na ordem jurídica a própria exceção. Desta feita o estado de exceção, necessário à existência do estado de direito, “tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea”²³.

Os casos difíceis (*hard cases*) se encontram numa região “sombria” entre o desrespeito consumado e o vazio jurídico existente na legislação. Não raro, instala-se a natural dificuldade diante “daquele que diz o direito” no sentido de encontrar a melhor decisão jurídica para tais fenômenos jurídicos. Em situações como essa, os interessados não conseguem obter plausibilidade jurídica na jurisdição em que são recebidos, e deste modo “ascendem” aos tribunais superiores na esperança de que o colegiado possa dar “voz de justiça” à sua complexidade e colmatar o vazio jurídico, como é o caso das uniões homoafetivas sob apreço.

Atienza²⁴ reverbera que “os casos difíceis por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros”. Em tese, pode-se afirmar que talvez seja por isso que o Poder Legislativo quedou-se inerte, não editando nenhuma norma regulamentadora sobre as uniões homoafetivas, embora sejam constantes as ações judiciais que buscam assegurar o direito ao exercício da sexualidade e suas relações com o outro.

Dworkin, em sua obra “*Uma questão de princípio*”, apresenta a interessante discussão sobre a teoria das decisões judiciais em casos de natureza controversa. O autor investiga como deveriam ser apreciados os casos difíceis, se como algo novo no campo das decisões ou apenas como um exercício de interpretação. De acordo com Dworkin²⁵

Pode parecer que essa flexibilidade destrói a diferença na qual insisto, **entre interpretação e uma decisão nova sobre o que Direito deve ser**. Não obstante, essa restrição superior existe. **O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito**, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, **incluirá ou implicará alguma concepção da**

²³ AGAMBEN, op. cit. p. 13

²⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Editora Landy, 2003, p. 84

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 241.

integridade e coerência do Direito como instituição, e essa concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste, isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas, e de que maneira. (grifo nosso)

Dentro dessa visão, observa-se que muitas vezes essa decisão pode ser política, muito por conta daquilo que o estado de coisas reais não encontra previsão legal. Abreu e Gonçalves²⁶ nos alertam que a utilização da ponderação dos princípios não deve ser descartada, ainda que a avaliação se amolde numa decisão política.

Enfatiza Dworkin²⁷: “[...] as decisões judiciais [...], mesmo em casos difíceis [...] são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas”. O autor segue fazendo uma exposição sobre a diferença entre o que conceitua como princípios e o que considera política

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade²⁸.

Destarte, os interesses dos governantes não devem prevalecer sobre o julgamento dos casos concretos. Entretanto, sabemos que esse é um discurso vazio, mera retórica jurídica diante do procedimento de acessibilidade dos juízes brasileiros aos tribunais superiores, conforme preleciona Abreu e Gonçalves²⁹

Um exemplo de **prevalência de um poder da República sobre os outros é a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Os ministros do Supremo Tribunal Federal são **nomeados pelo Presidente da República depois da aprovação pelo Senado Federal, por conseguinte, a participação do povo na escolha dos membros da Corte Constitucional é indireta**, os políticos eleitos –representantes do povo– são quem decide. (grifo nosso)

²⁶ ABREU; GONÇALVES, op. cit. p. 402

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36

²⁸ Ibidem, p. 141.

²⁹ Ibidem, p. 403

Advertem os autores que tal fato configura um estado de exceção que se perpetua com aspecto de legalidade e legitimidade, configurando um paradoxo no Estado Democrático de Direito vigente no Brasil atualmente.

Abreu e Gonçalves³⁰ ressaltam que

Deste modo, **a nomeação dos ministros, que decidem sobre as questões morais, é uma escolha de governo, é uma opção política, pautada na ideologia** e, principalmente, **nos interesses dos políticos** – em especial do Presidente da República – e **não uma decisão democrática**. Da forma como está estabelecida, **a nomeação possibilita a perpetuação dos interesses de determinado governo** e, mais, demonstra a **ingerência do Poder Executivo no Poder Judiciário**.(grifo nosso)

Rememora Agamben que regimes democráticos foram transformados em regimes totalitários durante as duas guerras mundiais, por causa da progressiva expansão dos poderes do executivo e, “de modo mais geral, do estado de exceção que as havia acompanhado e seguido”³¹.

Para Abrão³² há uma configuração que possa assegurar ao STF a legitimidade que necessita para atuar diante dos casos de grande repercussão, basta seguir a teoria interpretativa democrática defendida por Peter Häberle, conforme agiu no caso das células tronco.

Acreditamos que **a legitimidade política do STF somente será alcançada mediante uma discussão mais profunda, como a possibilidade de eleição de seus ministros, ou que sua composição passe a ser não só de juristas, mas também de membros do Legislativo e da sociedade civil**. Embora distante, essa discussão entrará na pauta do dia, até pela própria atuação do STF **no sentido de permitir a participação popular e de outros técnicos em matérias específicas, como a audiência pública ocorrida para o julgamento da possibilidade utilização de células tronco**.(grifo nosso)

Ressalte-se que o Brasil vem adotando perigosamente a forma do sistema constitucional norte-americano, por meio do qual a Corte Suprema decide e decidiu questões morais importantes para o povo e para o país³³ sem que houvesse qualquer

³⁰ ABREU; GONÇALVES, op. cit. p. 404

³¹ AGAMBEN, op. cit. 18

³² ABRÃO, Carlos Eduardo Siqueira. **A evolução histórica das decisões do STF: politização e democracia**. Revista da Faculdade de Direito. Nº 1, 2014. Disponível em: <http://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/15-carlos-abrao.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2016, p. 160

³³ Nesse contexto, Atienza cita o exemplo de uma decisão de um famoso caso nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte reconheceu um direito ao aborto com base no direito fundamental à *privacy*. A decisão do

consenso entre os debates estabelecidos pelos filósofos, estadistas e o povo³⁴. Esse modelo de transferência de responsabilidades gera um poder incontrolável para os tribunais superiores, em especial para o STF, de modo que o “Supremo Tribunal tem a última palavra sobre quais direitos a Constituição afirma e protege e, portanto, sobre o que os governos nacionais e estaduais não podem fazer”³⁵.

Dessa forma,

Quando se tratam de questões morais (“hard cases”), a decisão final é do Poder Judiciário. Independentemente da legitimidade democrática, a decisão deverá ser acatada por toda a sociedade. [...]. É exatamente o que acontece com a posição do **Supremo Tribunal Federal** hoje nos “hard cases”. **A decisão judicial tem força de lei**³⁶.

Há que se afirmar que o Poder Judiciário, como poder constituinte do Estado Democrático de Direito, deve zelar pelo governo das leis e não dos homens, pela utilização constante dos princípios preservando, assim, o governo da democracia. Não se pode olvidar que quando qualquer um dos poderes perder de vista a legalidade, perder-se-á a democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É *incontesti* o aumento acentuado de indivíduos que assumem sua homossexualidade e sua relação com outro na sociedade brasileira, restando ao Direito o papel capital de tutelar os direitos e deveres oriundos de tais relações. Ante a omissão do Poder Legislativo em normatizar a matéria, acabou por deixar essas relações homoafetivas à margem do ordenamento jurídico, durante anos. Visando sanar esta lacuna normativa, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis,

referido *hard case* reverberou em todo o país, instaurando um verdadeiro confronto de opiniões, tendo ainda como acréscimo um desconforto na classe jurídica no sentido de saber qual seria a decisão mais adequada ao caso. (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Editora Landy, 2003, p. 84)

³⁴Ibidem. p.404

³⁵Ibidem, p. 405

³⁶Idem, p. 11

reconhecendo os direitos salvaguardados pela Constituição Federal e pelo Código Civil a estes grupos.

Restou à Suprema Corte equiparar a união homoafetiva às uniões estáveis, visando dar prevalência aos preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, dentre outros contidos na Carta Magna, função inerente a um tribunal constitucional, isto é, guardião da Constituição Federal. Portanto, cabendo a ele zelar pelo cumprimento das normas constitucionais.

Indubitavelmente tal julgamento fez surgir vários efeitos para o Direito, em especial para o Direito de Família. Entretanto, a referida decisão do STF causou controvérsias entre os doutrinadores, na esfera judicial e na sociedade de modo geral, segmentos que divergem quanto à legitimidade e constitucionalidade do posicionamento manifestado.

Vale ressaltar que para os aderentes à ideia de constitucionalidade da referida decisão, o Supremo ao se posicionar favorável à constituição familiar entre indivíduos de mesmo sexo, cumpriu sua função magistral de tutelar os princípios postos pela Carta Magna. Já para a corrente divergente, o STF ao julgar as referidas ações apresentou uma postura ativista comparável à forma do sistema constitucional norte-americano, por meio do qual a Corte Suprema decide constantemente questões morais importantes para o povo e para o país, sem que haja qualquer consenso, debates ou a realização de audiências públicas.

Agamben sustenta que esse modelo transfere responsabilidades entre os poderes e gera um superpoder, até certa forma incontrolável, para os tribunais superiores, em especial para o STF, de modo que o Supremo Tribunal Federal torna-se um soberano que tem o poder de decisão, enfatizando quais os direitos a Constituição resguarda e protege, bem como sobre quais as ações devem ou não ser realizadas pelos governos (Federal, Estadual e Municipal). Isso se torna um paradoxo na esfera de um Estado Democrático de Direito, pois cria um estado de exceção permanente, no qual a ordem jurídica é suspensa pelo soberano sempre que este identifica um ato como excepcional.

Contudo, Agamben e Dworkin alertam para o fato de que se a democracia for sequestrada por órgão de soberania que não é eleito, a vida política e social poderá transformar-se num potencial palco de espólios dado pelos obséquios de aventureiros e abutres políticos.

Todavia, autores como Abrão, Härbele, Abreu e Gonçalves apresentam uma saída para a materialização da legitimidade política do STF mediante uma discussão mais profunda sobre algumas mudanças, como a possibilidade de eleição de seus ministros, ou que sua composição passe a ser não só de juristas, mas também de membros do Legislativo e da sociedade civil, assim como também apresentar para discussões os temas morais relevantes, por meio das audiências públicas e dos debates.

Certo é que a ditadura será dispensada se a democracia continuar servindo aos interesses econômicos predominantes, e os militares permanecerem indisponíveis para outras tratativas autoritárias. Assim, o estado de exceção é uma forma de desestabilização considerada mais eficaz que o totalitarismo, porque permite substituir governos progressistas por governos conservadores sob o manto da fachada democrática.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Eduardo Siqueira. **A evolução histórica das decisões do STF: politização e democracia.** Revista da Faculdade de Direito. Nº 1, 2014. Disponível em: <http://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/15-carlos-abrao.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2016

ABREU, Ivy de Souza; GONCALVES, Luísa Cortat Simonetti. **O estado de exceção e as decisões do supremo tribunal federal nas questões morais: uma análise das teorias de Agamben e Dworkin.** *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2013, n.41 [citado 2016-10-23], pp.395-407. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200012>. Acessado em 20 de agosto de 2016.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** 2 ed. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica.**

Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Editora Landy, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Revista Diálogo Jurídico. n. 16, maio / junho / julho / agosto. Salvador /Bahia – Brasil, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Planalto. **Constituição Federal.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 de outubro de 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4.277.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acessado em 20 de agosto de 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução Luis Carlos Borges. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAUÈS, Antônio Moreira. **Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade.** Revista Sequência. n. 70, p. 135-162, jun. Florianópolis/Santa Catarina – Brasil, 2015.

MISKOLCI, Richard. **A teoria queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização.** Sociologias, Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan./jun. 2009, p. 150-182.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política.** Tradução Elisete Antoniunk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.