



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, vol. 1, mai./2013. ISSN 1982-4564.

A aplicação do direito: o caso da união estável homoafetiva sob o enfoque da teoria de Ronald Dworkin e Klaus Günther

Joanna Maria de Araújo Sampaio *

Resumo: A decisão judicial não pode ser concebida como fruto de mera aplicação automática de regras gerais e abstratas, pois pertence a um momento distinto da criação legislativa e executiva. O momento da aplicação deve – especialmente nos casos considerados como difíceis, nos quais não exista uma norma que ofereça uma resposta clara e inequívoca – apresentar uma integridade em relação a todo o ordenamento. A exigência da resposta certa para um caso único e irrepetível encontra-se na necessária responsabilização dos juízes e no seu compromisso com o Estado Democrático de Direito visando proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. O artigo objetiva analisar o caso difícil apresentado na recente decisão do STF no caso da união homoafetiva, com enfoque na teoria da resposta certa de Ronald Dworkin e na idéia de coerência em Klaus Günther.

Palavras-chave: Aplicação do direito. Teoria das decisões judiciais. Jurisdição constitucional. Ronald Dworkin. Klaus Günther. União homoafetiva.

Abstract: The judicial decision cannot be perceived as the result of mechanical application of general and abstract rules, as it belongs to a distinct moment of the legislative and executive creation. The moment of application must – especially on those cases that are considered hard, to which there are no rules that bring a clear and unequivocal answer – provide an integrity regarding the whole legal system.. The requirement of the right answer to a unique and unrepeatable case is necessary to the responsibility of judges and their commitment to the Democratic Rule of Law in order to protect the fundamental rights of citizens. The article aims to analyze the case difficult presented in recent Supreme Court decision in the case of homoaffective union, focusing on the theory of Ronald Dworkin's right answer and the idea of coherence in Klaus Günther.

Keywords: Law application. Theory of adjudication. Constitutional jurisdiction. Ronald Dworkin. Klaus Günther. Homoaffective union.

* Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Advogada, Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia da UFPR.

Introdução

A opção por utilizar o marco teórico de Ronald Dworkin para analisar a questão da união estável homoafetiva recentemente julgada pelo Supremo Tribunal Federal se dá pela sua coerência ao integrar os princípios no cerne da sua teoria das decisões judiciais. Para Dworkin, não basta que as decisões judiciais analisem qual regra é aplicada a cada caso, pois os princípios são igualmente normas e devem ser sempre respeitados. A importância que Dworkin confere aos princípios irá influenciar na sua teoria da decisão nos casos difíceis¹, vez que, frente a um destes casos, o juiz não terá discricionariedade para decidir da melhor maneira, isto é, criar o direito.

Conforme a sua teoria da resposta certa, toda questão possui uma resposta, devendo ela ser descoberta de maneira coerente (pela escolha do princípio aplicável ao caso). Segundo Dworkin, nos casos controversos o juiz sempre deverá dar uma resposta certa: a melhor possível. O juiz ao decidir o caso controverso, deverá interpretar os argumentos apresentados, levando em consideração não só as regras e os precedentes, mas também os padrões morais da sociedade e os seus próprios.

Para Dworkin a prática judicial deve conceber o direito como cadeia (the chain of Law), o qual deve ser analisado em seu passado, presente e futuro, numa interpretação crítico-constructiva, como se fosse uma narrativa, na qual, a cada decisão construída, fosse incorporado um pedaço da história jurídica. Esta concepção do direito como cadeia está inserida na proposta política de Dworkin, de coerência da prática judicial com os princípios, visto estes serem também normas, pois atuam como norteadores de comportamento. O juiz ao analisar a questão irá analisar o ordenamento como um todo, incluindo suas expectativas morais e principalmente a expectativa moral da comunidade².

Ressalte-se, entretanto, que por invocar princípios morais Dworkin não pode ser identificado como um representante do pensamento jusnaturalista clássico. Afinal, da sua postura antipositivista não decorre um compromisso jusnaturalista com uma moral objetiva que pressupõe a existência de princípios universais e inalteráveis que devem apenas ser descobertos pela razão humana. Os princípios morais não resultam de um processo ‘contemplativo’, mas, ao contrário, de um processo ‘construtivo’. Com efeito, Dworkin supõe que a argumentação moral constrói

¹ Para Dworkin, casos difíceis seriam aqueles os quais o juiz não conseguiria resolver por uma simples aplicação da lei, isto é, pela mera subsunção do fato concreto à norma geral e abstrata. Seriam “os casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes” (DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10).

² CHUEIRI, Vera Karam de. Verbete: DWORKIN, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*, p. 261.

historicamente princípios capazes de justificar as instituições da sociedade, em função dos seus próprios conteúdos e de sua força argumentativa.³

Segundo Dworkin, o direito se constitui por normas, das quais se destacam os princípios. Para o autor, diferentemente do positivismo jurídico de H. L. A. Hart⁴, o direito não pode ser reduzido a regras, pois estas não encerram o debate sobre a efetivação do direito, apenas a iniciam, já que, por seu caráter geral e abstrato, elas não conseguiriam regular a sua própria aplicação.

Dworkin adota um sistema aberto de regras, desta maneira, o direito permitiria a possibilidade de criticá-lo internamente, pois os direitos morais sairiam do seu exílio como *backgroundrights* e passariam a influenciar a interpretação das regras, inclusive para a solução dos casos difíceis⁵.

Assim, o juiz não precisaria criar um direito para decidir um caso difícil, ele poderia alcançar a resposta certa para o caso⁶, de maneira que a sua resposta seja a mais coerente com os princípios constitucionais, o que afirma sua característica institucional e não de *backgroundrights*⁷.

Dessa maneira, Dworkin esclarece que os juízes não podem se esquivar de tomar decisões para as quais não exista uma regra clara, mas as suas decisões não podem ser arbitrárias, isto é, elas não podem ser tomadas sem um fundamento previsto pelo ordenamento, especialmente se este fundamento for um argumento de política. Este só seria admitido para fundamentar as decisões dos órgãos legitimados democraticamente (não vitalícios e responsáveis perante a coletividade por seus atos). Para se tornar legítima, a decisão deverá ser fundamentada num argumento de princípio.

Para Dworkin, uma decisão judicial deve sempre se fundamentar num argumento de princípio, e nunca num argumento de política para não ultrapassar a sua competência e ferir os ideais democráticos. Apesar dos juízes não serem meros delegados do Poder Legislativo, a sua atuação não deve ir além dos limites de um órgão que não foi eleito pelo povo para atuar como seu representante. Sua atuação é contramajoritária e por isto deve agir dentro dos limites dos princípios estabelecidos pela comunidade de princípios.

Paralelamente ao pensamento de Dworkin, o filósofo Klaus Günter pensa no aplicador do direito como possuidor de uma função distinta da do legislador, na medida em que irá promover a concretude das regras, analisando-as frente ao caso real. Dessa maneira, os discursos de aplicação

³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, 3ª ed, p. 187.

⁴ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995, p. 86.

⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico – ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: Leonel Severo Rocha (Org.) *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 173.

⁷ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995, p. 81.

do direito não seriam “mera renovação dos discursos de fundamentação do direito. Ao contrário, caracterizam-se por um exame da sua adequação diante das circunstâncias do caso concreto”⁸.

Apesar da distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política ser importante para delimitar o papel do Judiciário de garantidor dos direitos individuais e co-criador do direito, a sua função se distingue das funções do Legislativo e do Executivo por um motivo ainda mais profundo. A atividade do Judiciário possui uma racionalidade prática diferente da atividade dos órgãos eleitos majoritariamente, se verificando assim uma diferença estrutural entre ambas as atividades.

Para Günther ⁹, os discursos de aplicação são distintos dos discursos de justificação. No plano da validade de uma norma, a norma é justificada de acordo com os interesses gerais dos destinatários da norma. Neste plano não é possível verificar todas as situações em que a norma a ser justificada será aplicada, por isto, é necessária a existência de um plano de adequação, que irá aplicar as normas de maneira coerente. A racionalidade na aplicação se difere da justificação, pois enquanto nesta são analisadas apenas as situações previsíveis de acordo com os interesses comuns, naquela é analisada uma determinada situação com todas as suas características de maneira coerente com o sistema.

Enquanto Günther explora a coerência das decisões de aplicação, de maneira similar, Dworkin explora a sua integridade. Para ambos, as decisões de aplicação devem se fundamentar na coerência ou na integridade do ordenamento jurídico, de modo que o juiz alcance a melhor decisão para uma determinada situação. A melhor decisão será aquela orientada por princípios e nunca por políticas, respeitando, assim, a racionalidade de uma decisão de aplicação.

Dessa maneira, o objeto do presente artigo será a análise da decisão sobre a união estável homoafetiva, recentemente julgada pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a relacionar a teoria das decisões judiciais de Klaus Günther e de Ronald Dworkin com a nossa prática judicial. Para tanto inicio com um resumo deste caso difícil e do voto do relator, o Ministro Carlos Ayres Britto e, em seguida, uma análise do mesmo.

⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 412.

Apresentação do caso

Após muitos anos de polêmica e manifestações fervorosas contra e a favor, em 2011 a questão da união homoafetiva finalmente foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, quando foram julgadas, de maneira conjugada, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ (posteriormente convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação aos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Dec-lei 220/75 e ao art. 1.723 do Código Civil) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF.

A ADPF nº 132 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, alegando o descumprimento:

“I - da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual.

II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como ‘heterossexual’”¹⁰.

A ação proposta elencou como causa de pedir os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da razoabilidade.

No que tange às informações prestadas, os Tribunais de Justiça do Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná se mostraram a favor da equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva; enquanto os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Santa Catarina se mostraram desfavoráveis. A Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro manifestou o vigor com que a Lei Estadual 5.034/2007 é aplicada em prol da igualdade de benefícios previdenciários dos servidores públicos em união homoafetiva do Estado. Também favorável foi o parecer da Procuradoria-Geral da República e a Advocacia Geral da República, que pugnaram pela equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva.

Por sua vez, a ADIN nº 4.277 foi proposta pela Procuradoria Geral da República com o objetivo de declarar:

“a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”¹¹.

¹⁰ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 616-617.

¹¹ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 623-624.

A ação foi proposta sob o fundamento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

Ambas as ações contaram com o deferimento de grande quantidade de *amicus curiae*, dentre eles: Associação de Incentivo à Educação e a Saúde do Estado de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Conectas Direitos Humanos, Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais, Grupo Gay da Bahia, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual (GAI), Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e Associação Eduardo Banks.

O julgamento conjugado da ADPF nº 132 e da ADIN nº 4.277 foi decidido por unanimidade, pela procedência das ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O Ministro Ayres Britto, relator, em sua decisão, apresentou diversos motivos para a procedência da ação e a consequente interpretação conforme a Constituição do art. 1.723¹² do Código Civil, para

“dele extrair qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva”¹³.

Primeiramente, o Ministro relator afirma que o sexo das pessoas não pode ser levado em consideração para favorecer a desigualdade entre elas. Isto porque a promoção do bem de todos é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, sendo proibida a discriminação pelo sexo, conforme o art. 3º, inciso IV, da Constituição. Segundo o Ministro, esta promoção do bem de todos deve ser viabilizada por meio da “adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral”. Assim, o combate ao preconceito seria vital para a “plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural”¹⁴, previsto como fundamento do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, inciso V, da Constituição Pátria.

Para Ayres Britto, a Constituição não se manifesta de maneira a determinar o tipo de envolvimento sexual que considere legal:

¹² “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”

¹³ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 656.

¹⁴ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 632.

“em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio, que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual ‘tudo o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’”¹⁵.

Assim, a Constituição teria silenciado quanto ao desempenho das funções sexuais para garantir o livre arbítrio de cada um. A proibição da discriminação em razão do sexo aparece como proteção à dimensão sexual dos indivíduos, a qual configura um verdadeiro bem de personalidade. A orientação sexual, por sua posição de direito fundamental e de bem de personalidade, corresponde à emanção do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição), pois “se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente”¹⁶.

Para o Ministro, como a Constituição não determinou o concreto uso da sexualidade humana, esta fica a cargo da autonomia da vontade. A liberdade humana para se concretizar precisa do direito à intimidade e do direito à privacidade. Neste sentido, a prática da sexualidade necessita desse encaixe com a intimidade e a privacidade. A igualdade também deve ser respeitada, na medida em que “todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade”¹⁷.

Ayres Britto acredita que os parceiros homoafetivos estáveis devem ter a mesma proteção que os parceiros heteroafetivos estáveis, por honra ao princípio da igualdade e da não discriminação. Desta maneira, a família constitui-se como “lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo ‘inviolável do indivíduo’”¹⁸ (inciso XI, do art. 5º). A família é a “base da sociedade” e “tem especial proteção do Estado” (Art. 226, *caput*). Desta forma, todas as demais normas referentes a ela devem ser analisadas conforme esta importância que a Constituição lhe garante. A família é, por natureza, amorosa, parental, protetora dos seus membros e estável, tais características a credenciam como base da sociedade, pois também

¹⁵ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 634.

¹⁶ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 638.

¹⁷ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 643.

¹⁸ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 646.

ela deseja ser estável, afetiva e solidária. Assim, a família que deve servir de “norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra”¹⁹ e não o inverso.

A família a que se refere a Constituição é assimilada em seu sentido coloquial e não ortodoxo, visto a sua ligação com o mundo do ser ao não fazer distinções entre as formalmente constituídas e as de fato. Deste modo, “interpretando por forma não reducionista o conceito de família”, Ayres Britto acredita que o “STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico”²⁰.

Quanto à expressão contida no §3º, art. 226, da união estável entre “o homem e a mulher”, para o Ministro, tal referência a gêneros significa uma proteção especial à mulher em relação estável não formalizada, visto que tal tipo de união tornava a mulher desprestigiada por não possuir uma união de “papel passado”. A dualidade entre o homem e a mulher, constante na Constituição, surge para garantir relações jurídicas horizontais, sem hierarquias entre os companheiros, não se relacionando com a dicotomia entre a homossexualidade e a heterossexualidade. Este pensamento é corroborado pela ausência de disposição no mesmo sentido quanto ao casamento civil.

Com base nesses fundamentos, o Ministro relator conclui pela interpretação conforme a constituição do art. 1.723 do Código Civil, para garantir a igualdade entre a união homoafetiva e a união heteroafetiva²¹.

¹⁹ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 647.

²⁰ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 649.

²¹ Com base nesta decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre a possibilidade do casamento homossexual, considerou que, uma vez igualada a união homoafetiva à união heteroafetiva em Ação Direta de Inconstitucionalidade, a equiparação também deveria se realizar no plano do casamento civil. No Recurso Especial nº 1.183.378 – RS, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, afirma que a Constituição de 1988 inaugurou uma proteção especial à família, independente da forma em que seja constituída, privilegiando o pluralismo familiar. Uma vez que a Constituição expressamente ordena a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, §3º) e que o vínculo que dá maior segurança à família é o do casamento civil, feriria a igualdade a não proteção de famílias homoafetivas neste sentido. Na visão do Ministro Relator, a democracia não é apenas o governo da maioria, sendo o poder Judiciário legítimo para proteger os direitos das minorias: “*Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode ‘democraticamente’ decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais*”. (STJ, Resp nº 1.183.378 – RS, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, j. em 25.10.2011)

Análise do voto do relator

Nas decisões judiciais colegiadas brasileiras, normalmente “a estratégia é invocar tantas autoridades quantas possíveis para sustentar a opinião do juiz, considerado sempre como indivíduo e não como voz de uma instituição dotada de uma racionalidade própria”²² O tribunal dificilmente age como o órgão colegiado que deveria ser, pois normalmente as decisões são meras agregações de opiniões derivadas de uma votação por maioria ao invés de se construir uma verdadeira decisão coletiva²³. A fundamentação de uma decisão, mesmo dentro de um mesmo voto, por vezes é fragmentada em diversas idéias para dar uma falsa sensação de decisão grandemente fundamentada por inúmeras razões e com respaldo de inúmeros autores.

Assim, nota-se que, muito aquém da exigência de uma integridade no direito, proposta por Dworkin, a jurisprudência brasileira não possui nem mesmo uma coerência dentro de uma mesma decisão colegiada, ou pior, dentro de um mesmo voto.

Não estamos aqui tentando mostrar um modelo de decisões judiciais que seja dotado de autoridade pelo qual seria possível acusar a prática jurisprudencial brasileira como “errada”. O que ocorre é que a partir da promulgação da Constituição de 1988, a visão da jurisprudência tem se alterado no Brasil. A redemocratização trouxe reivindicações por direitos individuais e sociais²⁴ até

²² RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Sobre a qualidade da jurisdição: Fundamentação das sentenças, justiça opinativa e luta pela justificação no direito brasileiro contemporâneo”. Paper apresentado em palestra no Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná (03.11.11), p. 3.

²³ Por exemplo, o Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de votar de maneira a garantir os direitos dos casais homossexuais, apenas o faz por considerar que exista uma lacuna constitucional sobre o tema, sendo necessária a criação de uma analogia entre as uniões homoafetivas e as uniões heteroafetivas. Segundo o Ministro, embora a Constituição seja taxativa ao determinar que união estável seria aquela formada por pessoas de sexos diferentes, a união homoafetiva poderia ser protegida como entidade familiar. Entretanto, o Ministro ressalta que essa proteção é provisória, enquanto o Legislativo não dispuser contrário a tal equiparação: “Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional. O que se pretende ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo”. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 718. Nota-se que tal fundamentação é muito distinta da fundamentação do Ministro Relator, segundo o próprio Ministro: “Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação. Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes”. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 746.

²⁴ O papel no pós-guerra da expansão dos direitos humanos e a proliferação de leis internacionais garantidoras desses direitos também foram responsáveis por uma judicialização de demandas antes impensadas de serem postas perante as cortes: “Coaduna com essa proliferação de leis, a existência de novos produtores do direito, especialmente no âmbito internacional: tratados de direito internacional e de direitos humanos acabam por gerar efeitos internos, tendo que haver produção de novos textos por partes dos países signatários para aplicação interna desses tratados. Nessa

então desprestigiados e as teorias de Dworkin e Alexy se tornaram atrativas por trazerem um novo tipo de racionalidade para o direito e chamaram a atenção para a centralidade dos princípios, sobretudo na fundamentação de decisões judiciais acerca de direitos fundamentais²⁵. A busca por modelos racionais para suplantarem a irracionalidade das decisões baseadas em autoridade tem sido um motor principalmente entre teóricos do direito e constitucionalistas.

A necessidade da superação dos argumentos de autoridade por parte da jurisprudência brasileira vem da necessidade, especialmente, de responsabilização pelas decisões. O juiz não deve produzir apenas uma decisão com base em leis demonstráveis. Ele deve construir a melhor decisão para o caso com base em razões de aplicação fundamentadas na integridade do sistema.

Apesar da decisão do Ministro relator no caso da união homoafetiva não estar centrada em argumentos de autoridade (a decisão se preocupa em construir uma fundamentação racional) – diferentemente de alguns votos do acórdão, tais quais os do Ministro Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que apresentam vários argumentos de autoridade na tentativa de fundamentar as suas decisões –, ela é fragmentada em sua fundamentação, não apresentando uma razão que efetivamente ordene a preservação de um direito das minorias no caso específico, sob o ponto de vista de uma lógica discursiva. Ayres Britto coloca como fundamentos os princípios constitucionais da igualdade (e o princípio análogo da não discriminação), da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da proteção especial à família.

Em uma análise com base nos pensamentos de Dworkin e Günther, o voto do Ministro relator carece de uma única racionalidade. A ela falta o ônus argumentativo de fornecer a melhor resposta para o caso, com base numa perspectiva do direito como integridade.

*dimensão, verifica-se uma demanda de direito cada vez maior: para garantir a identidade e estabilidade social, ao mesmo tempo em que se aumentam as pressões dos movimentos sociais que acabam por utilizar o Judiciário como terreno de luta social. Nesse viés, o Judiciário acaba ‘encarnando um espaço público neutro, no seio do qual todo cidadão teria a possibilidade de fazer valer os seus direitos e interpelar os governantes’ a justiça constituiria, deste modo, um novo Fórum de deliberação política, senão o ‘novo palco da democracia’. O juiz assume, então, o papel de manter os equilíbrios sociais, ponderando os interesses e definindo soluções aceitáveis socialmente. O crescimento da importância dos Tribunais se deu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que cada vez mais estes se manifestam sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica : reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese de Doutorado – Pós-graduação em Direito, PUC-PR, Curitiba, 2011, p. 76.*

²⁵ José Rodrigo Rodriguez acredita que “estamos assistindo a uma reação a este modo de agir e pensar, fundado na mera invocação de autoridades, ao menos desde a promulgação da Constituição de 1988. A partir deste momento, com o processo de redemocratização do país, seguiu-se um intenso processo de reivindicação de direitos pela sociedade perante o poder judiciário com o fim de tornar efetivas as normas constitucionais. A assim chamada ‘constituição cidadã’, que nasceu de um intenso debate na sociedade civil com ampla participação popular em sua confecção, tornou-se referência necessária para a luta dos diversos movimentos sociais”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Sobre a qualidade da jurisdição: Fundamentação das sentenças, justiça opinativa e luta pela justificação no direito brasileiro contemporâneo”. Paper apresentado em palestra no Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná (03.11.11), p. 30.

A equiparação de tratamento jurídico da união homoafetiva à união heteroafetiva é a de absoluta exigência do princípio de igual consideração e respeito. Neste caso, a igualdade exige que os modos de vida de cada indivíduo sejam respeitados pelo Estado, independentemente da opção sexual de cada um. Nosso sistema jurídico vem caminhando para uma ampliação da igualdade, que aparece na sociedade como um crescente respeito pelo modo de vida da comunidade homossexual. A lógica argumentativa da igualdade é coercitiva, a melhor resposta que atende a integridade do direito é a preservação do direito à igualdade.

Entretanto, em seu voto, o Ministro relator, apesar de se fundamentar em princípios, acaba por dispersar o seu raciocínio ao tentar colocar o máximo de princípios coerentes com o caso em tela, sem elencar o motivo determinante para a sua decisão. Assim, sua decisão, apesar de, em minha opinião, ser correta, acaba se tornando fraca do ponto de vista da fundamentação, pois não coloca o princípio que impõe a sua aplicação. O Ministro coloca a igualdade como um dos fundamentos da sua decisão:

“O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, ônus e interesses também juridicamente positivados”²⁶.

Não obstante, ele igualmente coloca como fundamentos: o princípio constitucional de proteção especial à família²⁷, o princípio da dignidade da pessoa humana²⁸ e o princípio da autonomia da vontade²⁹, que, apesar de serem aplicáveis ao caso, não constituem os motivos determinantes para a decisão, pois não constituem o fundamento para a melhor resposta possível, de acordo com a integridade.

²⁶ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 643.

²⁷ “De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (‘textos normativos’, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva 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”. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 644.

²⁸ “Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III, do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 638.

²⁹ “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”. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 639.

Ademais, em seu voto, Ayres Britto demonstra contradições argumentativas. Em sua discussão com o Ministro Ricardo Lewandowski, Ayres Britto afirma que no caso da união homoafetiva não via uma lacuna constitucional a ser preenchida pelo Judiciário na ausência do Legislativo. Isso porque Ayres Britto teria dado à Constituição uma “interpretação superadora da literalidade”³⁰. Apesar de indicar que a Constituição não é meramente texto e que há necessidade de se respeitar o “fundamental atributo da coerência”³¹ da Constituição – aceitando uma perspectiva hermenêutica e pós-positivista –, o Ministro, em várias passagens, se refere ao “Magno Texto”, em expressa referência ao positivismo kelseniano.

O relator admite que a proteção a um direito de liberdade sexual do ser humano pode ser protegido enquanto tal, apenas porque há um silêncio constitucional sobre a questão. Assim, uma “enunciação igualmente constitucional em sentido diverso”³² poderia impedir a sua proteção. Não sendo meu objetivo entrar numa questão sobre a inconstitucionalidade de uma norma constitucional hipotética, este cuidado em demonstrar que há um silêncio constitucional sobre o caso demonstra que, para Ayres Britto, o texto constitucional é valorizado em sua literalidade, pois uma disposição constitucional preconceituosa contra a liberdade sexual dos homossexuais seria capaz de impedir o direito à igualdade dessa minoria, ainda que houvesse determinação constitucional no sentido de tratar a todos com igualdade.

Essa extrema preocupação com o texto constitucional coloca a questão da sexualidade humana sob um ponto de vista positivista, no qual o Direito é considerado um sistema fechado e limitador. Por isto, mesmo procurando fundamentar sua decisão em argumentos principiológicos, o Ministro ainda compreende o direito como um sistema fechado de regras:

“Ora por efeito de uma ‘norma geral positiva’ (Hans Kelsen), ora por efeito de uma ‘norma geral negativa’ (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas”³³.

Para Klaus Günther, a decisão judicial, nos casos de aplicação do direito, possui uma lógica própria e distinta das decisões legislativas e executivas. A aplicação do direito deve corrigir a

³⁰ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 746.

³¹ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 649.

³² ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 639.

³³ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 634.

indeterminação do direito num caso específico. Desta maneira, por meio de uma aplicação imparcial e adequada, é possível realizar o ideal do princípio de universalização, pois ainda que a norma geral e abstrata não possa considerar todas as situações de aplicação – pela limitação de tempo e conhecimento – no momento da aplicação pode-se pretender conhecer todos os sinais relevantes de um caso específico delimitado no tempo e no espaço.

Assim, enquanto as normas, no plano de validade, são justificadas de acordo com os interesses gerais dos destinatários das normas, no plano da aplicação são analisados todos os princípios e situações relevantes para se extrair a melhor decisão para o caso. Dworkin tangencia essa questão ao separar as decisões fundamentadas em princípios das decisões fundamentadas em políticas. Para o autor, apenas as decisões embasadas em princípios seriam adequadas ao Judiciário, de maneira a não ferir os ideais democráticos, pois estas se fundamentariam num direito moral que Estado Democrático de Direito está comprometido a proteger. Já as decisões de política objetivariam um interesse coletivo, sobre os quais os juízes não são legitimados a decidir, pois uma decisão sobre o que seria melhor para a sociedade como um todo só pode ser decidida por ela mesma ou por seus representantes democraticamente eleitos³⁴.

Dworkin coloca o Judiciário em posição de grande importância para a eficácia dos direitos. Ao afirmar que a constante criação de regras gerais e abstratas pelo Legislativo e Executivo não é responsável pela solução da questão da efetividade do direito – mas tão apenas o início desse processo de efetivação, Dworkin mostra que o Judiciário não pode atuar como mero delegado do Legislativo, pois a ele cabe a função de fazer a transposição do abstrato para o concreto, fazendo com que a regra abstrata seja aplicada de maneira individualizada³⁵.

Assim, a união das teorias de Dworkin e Günther seria capaz de promover uma efetivação de direitos morais sem cair num ativismo tosco, comum nos tribunais, que vê o juiz como um paladino da justiça, podendo impor a sua moralidade pessoal em questões que só podem ser decididas por representantes do povo.

³⁴ Como exemplo de decisão política na jurisprudência brasileira, podemos citar a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, na qual a Ministra Ellen Gracie negou o pedido de medicamentos de um indivíduo, contra o Estado, capazes de salvar a sua vida, por conta de um argumento político: “*Em sua decisão, a Ministra ignora o direito individual ao medicamento, não protegendo o direito à vida e à saúde no caso, para adotar um argumento político. Filiando-se a um pragmatismo jurídico – segundo o qual os cidadãos não possuem direitos e assim os juízes devem decidir da maneira a melhor atender os interesses da coletividade – a Ministra decide que ‘a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas’* (STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007). Dessa maneira, o direito individual poderia ser sacrificado para atender a um interesse coletivo”. CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91*. Revista Direito GV, São Paulo, 5(1), jan./jun. 2009, p. 62.

³⁵ CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. *Revista do Tribunal de Contas – MG*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas/MG, v. 65, n. 4, out/dez. 2007, p.10.

Nesse sentido, o voto do Ministro relator se manteve dentro da lógica de uma decisão de aplicação, pois fundamentou seu voto em argumentos de princípio, que verificavam a adequação dos dispositivos do Código Civil impugnados com os princípios constitucionais e direitos individuais. Desta forma, a equiparação da união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva não foi fundamentada no que seria melhor para a sociedade, mas na necessidade de proteção de direitos fundamentais.

Contudo, Ayres Brito não fundamenta seu voto num direito que obrigasse o tribunal a dar somente aquela resposta, ou, de outra maneira, segundo o qual o tribunal estaria obrigado a proteger esse direito sob pena do Estado Democrático de Direito carecer de legitimidade por não garantir direitos aos seus cidadãos³⁶.

Conclusão

De acordo com a concepção dworkiniana do direito como integridade, os juízes devem entender o direito de acordo com a “comunidade personificada”, ou seja, o direito deve ser pensado como sendo proveniente de um único autor, de maneira que a sua prática contemporânea seja coerente com o passado e com o futuro. Neste sentido, o direito como integridade se distancia das concepções pragmatistas e positivistas, pois não vê o direito com foco nem apenas no passado, nem apenas no futuro, mas sim numa perspectiva íntegra. Assim, o direito não é estático, ele é essencialmente dinâmico e deve sempre ser interpretado de acordo com a sua história institucional.

Por ser essencialmente interpretativo, o direito como integridade sempre espera que o juiz, ao decidir, realize uma re-interpretação de todo o direito e não meramente de uma parte dele. Dworkin cria Hércules para demonstrar como esse processo poderia ser realizado. Entretanto, esse juiz “super-poderoso” só seria necessário metodologicamente, pois na prática o juiz faria isto de maneira automática e semi-intuitiva, com base na sua experiência e na sua própria convicção política do que seja o direito. Portanto, o juiz constrói durante toda a sua carreira o que Hércules procura construir de maneira metodológica num único caso.

Essa visão dinâmica do direito exige que se considere a Constituição como uma “constituição viva”³⁷, pois ela deve ser capaz de se manter atualizada com a moral social e os

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 230.

³⁷ Conforme Strauss, “*A ‘living constitution’ is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended*”. No entanto, nossa compreensão é mais radical, ou seja, a constituição é viva porque opõe e complementa forma e matéria na significação de uma comunidade de pessoas. Ver STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 01 e CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI,

direitos individuais que forem impostos por ela. Não obstante, é necessário que essa constituição seja segura, não podendo ser alterada por qualquer opinião particular sobre como ela deveria ser.

Levando-se em conta que as emendas constitucionais não são suficientes para garantir a dinâmica da constituição³⁸ (apesar de se proliferarem no sistema constitucional brasileiros) e que um texto escrito é sempre fonte de complexidade (ao ser necessário interpretá-lo e aplicá-lo), cabe ao Judiciário parte da tarefa de manter a constituição viva. Nesta tarefa, a não desnaturação da Constituição se dará pela aplicação do princípio da integridade, o qual exige que as decisões judiciais sejam íntegras com todo o ordenamento jurídico, com respeito especial ao passado e aos objetivos futuros impostos pela Constituição³⁹.

Um determinado momento histórico não pode ser capaz de congelar o significado da Constituição. Os direitos morais que os cidadãos possuem contra o Estado não podem ser estagnados em um determinado período. A comunidade personificada exige que se interprete o direito de maneira dinâmica e íntegra. Neste sentido, a jurisprudência brasileira já coleciona algumas decisões⁴⁰ que demonstram a alteração do paradigma homem/mulher nas uniões estáveis. Estas decisões refletem as demandas da sociedade brasileira e a tensão normativa necessária para discernir as legítimas pretensões acerca da igualdade. Vale dizer, a jurisprudência ampliou a noção

Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39.

³⁸ STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 2.

³⁹ Nesse sentido, David A. Strauss fala sobre como é possível garantir a segurança da constituição e ao mesmo tempo, mantê-la viva, no direito norte-americano, por meio do common law: “*Our constitutional system, without our fully realizing it, has tapped into an ancient source of law, one that antedates the Constitution itself by several centuries. That ancient kind of law is the common law. The common law is a system built not on an authoritative, foundational, quasi-sacred text like the Constitution. Rather, the common law is built out of precedents and traditions that accumulate over time. Those precedents allow room for adaptation and change, but only within certain limits and only in ways that are rooted in the past. Our constitutional system – I’ll maintain – has become a common law system, one in which precedent and past practices are, in their own way, as important as the written U.S. Constitution itself. A common law constitution is a ‘living’ constitution, but is also one that can protect fundamental principles against transient public opinion. And it is not one that judges (or anyone else) can simply manipulate to fit their own ideas.*” STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 3.

⁴⁰ “*PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta*”. (STJ, RESP nº 238715, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros, Órgão julgador: Terceira Turma, DJ.02.10.2006). Esse entendimento já vinha prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais. Ver: TRF1, AC nº 932520064013900AC, Rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, Órgão julgador: Segunda Turma, e-DJF1 26.05.2011; TRF2, AC nº 200951010298084, Rel. Desembargador Federal Reis Friede, Órgão julgador: Sétima Turma Especializada, E-DJF2R 25.05.2011; TRF3, AC nº 200361100035725, Rel. Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Órgão julgador: Primeira Turma, DJF3 08.07.2011; TRF4, REOAC nº 200670000197675, Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, Órgão julgador: Terceira Turma, D.E. 29.04.2009; TRF5, AC. nº 200384000035431, Rel. Desembargador Federal Paulo Gadelha, Órgão julgador: Segunda Turma, DJE 15.04.2010.

de igualdade para amparar a igualdade de preferência sexual. Assim, o significado de “união estável” não pode ser congelado no momento em que foi criada a norma que a regulamentava. A aplicação do direito deve analisar todas as circunstâncias que não puderam ser previstas no momento da elaboração da norma por conta da limitação de tempo e conhecimento humanos.

Para Dworkin, a legitimidade de um governo depende do igual respeito e consideração com que trate todos os cidadãos, respeitando todos os modos de vida. É neste contexto que deve ser analisado o instituto da união estável homoafetiva. Neste caso, ao não aceitar a igualdade entre a união estável heteroafetiva e a homoafetiva, o governo brasileiro estaria tratando todos os cidadãos com igual respeito e consideração? Acredito que a resposta a essa pergunta seja negativa, pois todos os cidadãos possuem o direito à igualdade e este direito deve sempre ser protegido pelo Judiciário. Sendo assim, apesar de não ter sido fundamentada de maneira coerente e íntegra, conforme os ditames das teorias de Günther e Dworkin, o voto do Ministro Relator no caso da união estável homoafetiva efetivamente protegeu o direito à igualdade pugnado pela nossa Constituição.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica : reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Dissertação de Doutorado – Pós-graduação em Direito, PUC-PR, Curitiba, 2011.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. *Revista do Tribunal de Contas – MG*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas/MG, v. 65, n. 4, out/dez. 2007, p.10.
- CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91*. Revista Direito GV, São Paulo, 5(1), jan./jun. 2009.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.
- _____. A dimensão jurídico – ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.
- _____. Verbete: DWORKIN, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*, p. 261.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 109.
- _____. *A Justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap, 2011.

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

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Freedom's Law: the moral reading of the american constitution*. New York: Oxford University Press, 2005.

_____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2. (Spring, 1996), pp. 87 - 139.

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

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

_____. *Un concepto normative de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica*. Paper ampliado e revisado de uma conferência pronunciada pelo autor no Simposio “The Legitimacy of Law”, celebrado em Murikka-Institut, p. 280.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOZICKI, KÁTIA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios*. Revista Direito GV, São Paulo, v.2, nº.1, jan./jun. 2006, p. 247.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Sobre a qualidade da jurisdição: Fundamentação das sentenças, justiça opinativa e luta pela justificação no direito brasileiro contemporâneo*, p. 3. Paper apresentado em palestra do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná (03.11.11).

STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

Artigo recebido em 19 de setembro de 2012.

Artigo aprovado para publicação em 09 de maio de 2013.