



O APARENTE EMBATE ENTRE POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA

Dandara Miranda Teixeira de Lima¹
Federico Losurdo²

Resumo:

O estudo visa analisar o conflito entre as correntes positivistas e pós-positivistas conforme a prática do judiciário brasileiro. Compreende-se que o positivismo normativo não apresenta incompatibilidade teórica com a discricionariedade do juiz, restando às teorias pós positivistas atribuir limites e racionalidade às decisões judiciais. Partindo desse pressuposto, se investiga de que forma a doutrina e jurisprudência brasileiras absorvem as teorias interpretativas pós-positivistas. Percebe-se, através da análise da decisão sobre união homoafetiva, que o aparente embate entre positivismo e pós-positivismo encobre a predominância do sincretismo teórico interpretativo na fundamentação jurisdicional, cuja utilidade seria de justificar a convicção pessoal do julgador.

Palavras-chave: Positivismo; Pós-positivismo; Discricionariedade do juiz; Judiciário brasileiro; União homoafetiva

THE APPARENT CONFLICT BETWEEN POSITIVISM AND POST-POSITIVISM IN BRASIL: NA ANALYSIS OF HOMOAFECTIVE UNION DECISION

Abstract:

In this paper, we analyze the conflict between the positivist and postpositivist doctrines, according to the practice of the Brazilian judiciary. We underline that normative positivism does not present theoretical incompatibility with discretion of the judge and that the postpositivism approach has the purpose to assign limits and rationality to judicial decisions. Based on this assumption, this essay investigates how Brazilian doctrine and case-law absorbed the postpositivism theories. By analyzing the decision on homosexual marriage, it appears clear that the apparent conflict between positivism and postpositivism conceals the actual predominance of interpretive syncretism in the judicial reasoning.

Keywords: Positivism; Postpositivism; Judge's discretion; Brazilian judiciary; Homosexual marriage

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA. Bolsista (Capes). E-mail: limad0879@gmail.com

² PhD em Direito. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, São Luís. Habilitado em Itália como Professor Associado de Direito Constitucional e Direito público. E-mail: federico.losurdo@uniurb.it



1 Introdução

O positivismo jurídico, em que pese suas variações, é apresentado normalmente com algumas características principais, dentre as quais se destaca a discricionariedade do juiz. Conforme sustenta Streck (2013), o advento de teorias pós-positivistas no século XX surgiu justamente para atribuir limites à discricionariedade do juiz, tendo como maiores marcos a teoria da argumentação de Robert Alexy, e a necessidade de integridade das decisões judiciais, desenvolvida por Ronald Dworkin. Colocar a prática jurídica em perspectiva no Direito representaria, portanto, uma das grandes viragens teóricas do neonconstitucionalismo.

Por outro lado, é possível observar que apesar da tentativa de racionalizar a atuação do juiz por parte desse movimento, as teorias apontadas são utilizadas reiteradamente como alibi para ampliar a liberdade do órgão julgador. Observa-se como as críticas ao ativismo judicial são facilmente taxadas de positivistas ou formalistas, ainda que tenha sido o positivismo jurídico uma teoria que assumidamente aceitou a atividade interpretativa do juiz como impassível de controle.

Nesse sentido, primeiramente, se buscou esclarecer que o se conhece por positivismo jurídico abrange períodos históricos de construções teóricas diversas, porém normalmente sua história é esquecida e seus conceitos alvos de mais ataque recaem na sua versão mais primitiva, qual seja, o positivismo exegético ou ideológico. Adiante, se observou que na jurisdição e doutrina brasileiras, a pretensa superação do positivismo jurídico se encontra mais longínqua, tendo em vista que a importação das teorias pós-positivistas e métodos hermenêuticos assumiu feições patológicas e resultou em um sincretismo metodológico.

Para a aferição desse resultado, a análise dos fundamentos da decisão que aplica o regime jurídico de união estável a homossexuais se fez crucial, tendo em vista que nela podem ser observadas as mais diversas teorias, inclusive exegéticas. Outrossim, os meios de investigação utilizados, como livros, artigos, páginas especializadas e os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), esclarecem o caráter bibliográfico e documental da pesquisa, direcionado primordialmente a uma reconstrução crítica do referido tema a partir da análise da citada decisão judicial.

A relevância do tema, por sua vez, se mostra imperiosa porque o aparente embate entre positivismo e pós-positivismo no Brasil obstaculiza o aprofundamento das investigações da fundamentação das decisões judiciais, que sob o manto dos métodos e teorias modernas



constitucionais, confluem para um sincretismo interpretativo, que justificam apenas a convicção pessoal do julgador.

2 A questão da discricionariedade do juiz no positivismo jurídico

Conforme relata Norberto Bobbio (1995), o positivismo jurídico é acusado de sustentar uma concepção estática da interpretação, que deveria consistir somente na reconstrução pontual da subjetividade do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar estas últimas às condições e exigências histórico-sociais variadas.

Em contrapartida, é necessário frisar que da tentativa do positivismo jurídico de criar uma ciência pura do direito não decorre necessariamente que a aplicação do direito pelo juiz seja feita ainda por subsunção, presa à lei ou à vontade do legislador. Contudo, para essa compreensão é necessário distinguir os diferentes movimentos considerados positivistas no percorrer da história.

A equiparação entre direito e lei, que teve como consequência a exclusão do problema da justiça do campo do direito, deve-se a diversos elementos históricos. Destacam-se, por exemplo, os argumentos rousseauianos acerca da soberania popular, que resultaram na premissa de que a ideia de uma lei injusta seria contraditória tendo em vista que não poderia ser o povo – que fez a lei – injusto consigo mesmo, isto é, a lei seria o produto da vontade geral, e, portanto, igual ao direito.

Além disso, como o positivismo consiste em uma postura científica, do século XIX, que buscava analisar os fatos empiricamente, no Direito, tal mensurabilidade será encontrada no produto do parlamento: a lei. Primeiramente, o direito romano era estudado e ensinado pelos comentadores ou glosadores. Aos poucos, toda a argumentação jurídica passaria a integrar os códigos, considerados verdadeiros “textos sagrados”.

Após, com a percepção de que os Códigos seriam incapazes de abarcar toda a realidade, surgiram vários embates teóricos para resolver as lacunas legislativas: a problemática girava em torno de como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não fosse destruída. As primeiras respostas foram dadas pela Escola da Exegese, na França, e, pela Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha. Em suma, a principal característica da



interpretação desse primeiro positivismo, denominado como exegético, seria o apego à análise sintática, de forma que “a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos” que compõem o Código seria suficiente para resolver o problema da interpretação do direito (STRECK, 2014, p. 124).

Nesse sentido, se o conhecimento universal do direito já está dado pelo conhecimento da lei, o trabalho do corpo judiciário seria apenas de exercer uma função de subsunção, qual seja: a de aplicar a Lei (premissa maior) em direção ao caso (premissa menor), mantendo o monopólio da decisão no plano político, nas instâncias legislativas. Apenas em hipóteses excepcionais a analogia e os princípios gerais do direito poderiam ser utilizados.

No século XX, com o crescimento do poder regulatório do Estado e o desgaste dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação, alguns movimentos ganharam força como a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre³. Em meio ao desfalecimento do rigor jurídico da Jurisprudência dos Conceitos é que Kelsen se propõe a reforçar seu método analítico. Para isso, o autor constata que o problema da interpretação do direito é muito mais semântico e precisa ser distinguido entre: interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento. Assim explica Streck acerca dessa distinção:

A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua aplicação, normas. Esta interpretação, denominada de autêntica, seria a única capaz de criar direito, não por intermédio de um conhecimento puro, mas no exercício da política jurídica, influenciada por noções de justiça, moral dentre outras. Já a descrição dessas normas deveria ocorrer de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produzindo apenas proposições, que não possuiriam obrigatoriedade (2014, p. 126).

Kelsen, portanto, reconhece que o órgão julgador está sujeito tanto a juízos morais, políticos e ideológicos, quanto à polissemia dos signos linguísticos, de forma que a aplicação do direito sempre será um ato de vontade não passível de controle. A percepção de que a moralidade é mutável de indivíduo para indivíduo resulta, portanto, na discricionariedade do juiz:

A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma

³ A Escola do Direito Livre (fundada por Hermann Kantorowicz com a obra *A Luta pela Ciência do Direito*, em 1906) e a Jurisprudência dos Interesses (da qual o máximo representante foi Rudolf Von Jhering com a obra *A finalidade do direito*, em 1877) defendiam a plena liberdade do juiz de decidir as controvérsias, conforme aquilo que ele percebe como “o justo”, sem os limites derivantes do direito positivo.



norma, como também se pode produzir uma norma que situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 1987. p. 369).

Como o autor bem observa, o que realmente caracteriza o positivismo é o relativismo. Traçando-se um paralelo: assim como na teoria hobbesiana o direito era produto do soberano, ou, em se tratando do movimento advindo com Revolução Francesa, podia o legislador do novo regime igualmente definir o direito, também o juiz poderia produzir a norma no chamado positivismo normativo. A característica fundamental é, pois, a discricionariedade, mesmo que ela tenha se deslocado de autor em autor.

Como o positivismo considerou a discricionariedade como uma fatalidade mediante a exclusão da razão prática da esfera de atuação do direito (pela impossibilidade de ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito), restou para ser resolvido este problema que é a interpretação jurídica. Por sua vez, a proposta foi tomada pelas teorias do direito pós-positivistas, as quais possuem por característica essencial o enfrentamento do problema interpretativo, e, portanto, se projetam para a razão prática, expulsa precedentemente do âmbito jurídico-epistemológico positivista.

Com o neoconstitucionalismo, que parte da superação da percepção do direito como distante da moral, e, portanto, enfatiza a utilização de princípios como normas, foi necessário buscar formas de legitimar a atuação judicial, de forma a superar sua discricionariedade. Afinal, deveria ser o pós-positivismo a principal característica do neoconstitucionalismo. Há, ainda, uma peculiaridade a ser resolvida: “juízes não costumam ser funcionários eleitos pelo povo com base em certo programa ideológico, sendo em geral nomeados de forma vitalícia e por procedimentos alheios ao controle direto dos cidadãos”, conseqüentemente sofrendo de um déficit democrático (NINO, 2010, p. 510).

Dessa forma, alguns doutrinadores trazem certas restrições a que devem se submeter os juízes no exercício de sua discricção. Alexy afirma que ordenamento jurídico deve ser preenchido também pelos princípios, distinguindo-os das regras. O seu critério de diferenciação gira em torno da resolução de conflitos: enquanto a colisão de regras somente permite que uma prevaleça, o conflito entre princípios no caso concreto deve ser resolvido por meio do método da ponderação (sopesamento). Este método deve ser acompanhado da aplicação de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.



Mais além, Alexy se empenhou na elaboração de uma “fórmula da ponderação” a fim de expor em detalhes a racionalidade da ponderação. Com a aplicação de fórmulas, exsurgiria uma regra, aplicável por intermédio da subsunção. A tentativa de aperfeiçoamento da sua teoria por uma espécie de racionalidade é fruto da crença de que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente” (ALEXY, 1999, p. 55), uma tentativa evidente de resolver o impasse da legitimidade do juiz.

Aparentemente, Dworkin caminhou em esteira semelhante ao estipular que os juízes, como os demais funcionários públicos, devem adotar apenas aquelas decisões que podem justificar com base em uma teoria geral, que também permita justificar as outras decisões que se propõem a adotar, o que denomina de “doutrina da responsabilidade política”. Esta responderia as aspirações elementares de coerência, facilitando a previsibilidade das decisões judiciais (NINO, 2010). Explica-se: “o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada” (STRECK, 2013, p. 359), isto é, a interpretação do juiz estaria vinculada à integridade.

Para isso, Dworkin propõe a distinção entre princípios e valores. Estes apenas fixam objetivos sociais coletivos e podem ceder a outros direitos ou a outro objetivo social de relevância. Aqueles estabelecem direitos, os quais são distributivos e individualizados. Os juízes, por conseguinte, devem se ater e julgar de acordo com os princípios, enquanto as decisões políticas devem ser destinadas aos demais poderes do Estado. Esses princípios devem justificar todas as normas institucionalmente reconhecidas (de origem legislativa ou jurisprudencial), a fim de formar uma consistência articulada.

Obviamente, ambas as teorias não estão salvas de críticas. Streck (2013) percebe que o procedimento de Alexy, durante as etapas da ponderação, desagua novamente na ocorrência do juízo discricional, o que é admitido pelo próprio autor. Por outro lado, Nino (2010) ressalta que, quanto à Dworkin, sua distinção entre políticas e princípios é menos clara do que este parece supor, de forma que é ilusório que os juízes não levam em conta suas considerações sobre políticas em suas decisões.

Conforme exposto, as teorias pós-positivistas, sem pretensão de exaurir suas variações, possuem a pretensão de conferir certa racionalidade às decisões do juiz, e, portanto, extirpar sua discricionariedade. Apesar das críticas doutrinárias, saber se houve a supressão da



discricionariedade do juiz exige certa análise de fatores pragmáticos, como a fundamentação que toma lugar nos próprios tribunais. Por conseguinte, se traça um panorama geral sobre a recepção das teorias pós-positivistas no Brasil, e se observa, como exemplo de caso concreto, a fundamentação do Supremo Tribunal Federal na decisão acerca da aplicação do regime jurídico de união estável a parceiros do mesmo sexo.

3 O cenário interpretativo brasileiro no contexto neoconstitucional

No Brasil, antes da promulgação da Constituição de 1988, não havia pretensão de atribuir normatividade às Constituições, as quais, na prática, possuíam mesmo status que as leis, os decretos e as portarias. Basicamente, elas dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes e legisladores para serem efetivadas, principalmente, porque o Poder Judiciário não possuía tanta independência e tampouco poder político. O retrato desse cenário pode ser encontrado em inúmeros exemplos:

[...] a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar [...] (SARMENTO, 2009, p. 6).

A Constituição de 1988, com o compromisso de redemocratização do país, trouxe um generoso elenco de direitos fundamentais (individuais, políticos, sociais e difusos), conferindo-lhes aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) e protegendo o poder de reforma por meio das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV).

O papel do Judiciário foi reforçado, gradativamente, devido a diversos fatores. Primeiramente, a própria Constituição traz maior abertura para sua atividade, ao adotar princípios vagos com forte carga axiológica, consagrar a inafastabilidade da tutela judicial (art. 4º, XXXV) e ampliar o sistema de controle de constitucionalidade (as ações e os legitimados). Contudo, como a maior parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ligados ao regime anterior foi mantida após a promulgação da Constituição de 1988, havia ainda um distanciamento entre a atividade do Poder Judiciário e as inovações constitucionais na doutrina brasileira.



Esse distanciamento, contudo, não perdura eternamente. Sarmiento (2009) divide o constitucionalismo em duas fases: o "constitucionalismo brasileiro da efetividade" e o "pós-positivismo constitucional". O primeiro momento, mesmo aparentando obviedade no momento presente, era simplesmente de que a Constituição deveria ter incidência direta sobre a realidade social e não depender mais da boa vontade dos legisladores e dos governantes. Assim, o juiz deveria aplicá-la rotineiramente, para que esta finalmente fosse concretizada: a jurisdição seria o espaço privilegiado para a realização da vontade constitucional.

No primeiro momento, entretanto, ainda não emergia a preocupação com a abertura do debate jurídico à argumentação moral. Esta só ocorre na segunda fase: a do pós-positivismo constitucional. Nesta, a doutrina brasileira passa dar ênfase aos princípios constitucionais e estudar as peculiaridades de sua aplicação.

Foram marcos relevantes a publicação da 5ª edição do Curso de Direito Constitucional, de Paulo Bonavides, bem como do livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, de Eros Roberto Grau, que divulgaram entre nós a teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, e fomentaram as discussões sobre temas importantes, como a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. Também deve ser salientada a ampla penetração, no âmbito de algumas pós-graduações em Direito, a partir de meados dos anos 90, do pensamento de filósofos que se voltaram para o estudo da relação entre Direito, Moral e Política, a partir de uma perspectiva pós-metafísica, como John Rawls e Jürgen Habermas. E ainda merece destaque o aprofundamento no país dos estudos de hermenêutica jurídica, a partir de uma nova matriz teórica inspirada pelo giro lingüístico na Filosofia, que denunciou os equívocos do modelo positivista de interpretação até então dominante, assentado na separação cartesiana entre sujeito (o intérprete) e objeto (o texto da norma) (SARMENTO, 2009, p. 8).

Com a renovação dos ministros do STF e a conseqüente absorção da doutrina de princípios, as discussões passam de fato a adentrar a prática jurisdicional. Aos poucos, estudos a ela relacionados, percebendo a problemática da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, se voltam cada vez mais ao modo como a jurisdição constitucional deveria ser exercida. Deveria ser o juiz mais ativista ou menos ativista? Conforme já ressaltado, é justamente com esse propósito que há um estudo maior das teses pós-positivistas.

De qualquer forma, é patente a mudança de paradigma no atual cenário do Supremo Tribunal Federal, que tem invocado cada vez mais princípios em seus julgamentos, utilizado a ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade e se valido das mais variadas referências filosóficas em suas fundamentações. Ademais, a postura ativa do STF tem atraído cada vez mais forças sociais para o seu âmbito, resultando na aparição de novos temas mais



impregnados de conteúdo moral (como o caso das pesquisas em células-tronco embrionárias, aborto de feto anencéfalo e união estável entre pessoas do mesmo sexo) e ainda de maior intervenção no processo político (intensificação do controle jurisdicional das CPIs, etc.) (SARMENTO, 2009).

Apesar da evolução na jurisprudência brasileira, é necessário apontar algumas possíveis objeções diante da absorção das diversas teorias pós-positivistas. Por certo, ainda que o pós-positivismo vise superar a discricionariedade do juiz e atribuir maior racionalidade prática no âmbito jurídico, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as suas teorias, ocasionando o que Streck chama de “condições patológicas”. Como esclarece Sarmento, aqui, “a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões” (2009, p. 15).

Em que pese às críticas já abordadas frente à teoria da argumentação de Alexy, é necessária a avaliação de sua aplicação no cenário jurisdicional brasileiro. A constatação de Lenio Streck (2014) é de que apesar das frequentes menções a princípios constitucionais em conflito, raramente se encontra um voto em que todas as etapas da ponderação tenham sido realizadas: basicamente, a ponderação é feita diretamente, confrontando um princípio, valor ou interesse a outro. É por isso que o autor considera não haver nem mesmo uma “teoria da argumentação” no Brasil, principalmente porque seria o respeito ao procedimento da ponderação que outorgaria validade à regra que iria reger o caso.

Quanto à teoria de Dworkin, Eros Grau (2016, p. 23) afirma que suas leituras, desde a segunda metade dos anos 1980, fizeram vítimas dos princípios e dos valores, uma vez que os juízes despedaçariam a segurança jurídica pelo abuso do uso de princípios de forma cotidiana. Na verdade, Streck (2014) aponta que “uma leitura apressada de Dworkin [...] dá uma falsa impressão de que Hércules é o portador de uma subjetividade assujeitadora”, quando, na verdade, ele representa um modelo de integridade e coerência, à medida que o juiz interprete o que aconteceu antes (o que foi julgado até então) e leve a responsabilidade adiante a partir do que tem em mãos, como um romance escrito por vários autores.

A dificuldade reside, contudo, no próprio fato de que as sessões do Supremo Tribunal Federal se restringem à leitura dos votos, ao invés de serem deliberativas. Não há contra argumentação dos fundamentos dos próprios ministros e o resultado é apenas uma ementa concisa, fruto da soma de votos. Ao fim, cada Ministro mantém seu posicionamento intacto, e



eis que o romance dworkiano é escrito por vários autores relativamente desconexos (SILVA, 2015).

Uma das consequências da falsa aplicação das teorias pós-positivistas apontadas por Streck é o que ele intitula de panprincipiologismo, o qual consiste na criação de “tantos quantos princípios a vontade assujeitadora do sujeito da modernidade pudesse criar” (LUIZ, 2013, p. 67). Esta tentativa de tornar princípio quaisquer *standards* jurídico ocorre normalmente diante de um problema específico, em que não há uma base normativa que albergue a intenção do julgador. Apesar da lista exemplificativa do autor, Sarmento (2009) aponta que os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade tem sido os campeões, pois revestem mais facilmente a decisão com o politicamente correto.

Nesse contexto, os juízes são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, ainda que exista uma regra clara e válida que se coadune com a hipótese. Aliás, com essa cultura principiológica instalada no ambiente intelectual brasileiro e nas decisões judiciais, há uma certa aversão às se baseiam em regras e defendem o texto da lei (como será mostrado adiante no caso da decisão acerca da união homoafetiva). “Positivismo hoje no país é quase um palavrão” (SARMENTO, 2009, p. 15).

Cabe ressaltar, contudo, que apesar da aparente mudança de paradigma e reviravolta da prática judiciária de positivista para pós-positivista, a oposição entre as correntes não parece ser tão nítida nas decisões judiciais. Obviamente, os princípios facilitam a abertura interpretativa e a realocação de seu sentido para a vontade do juiz. Mesmo assim, o que tem sido observado no Brasil é que simplesmente qualquer teoria pode ser utilizada, inclusive as exegéticas. Por isso, é importante ressaltar que o chamado panprincipiologismo gera a sensação de embate ferrenho entre positivismo e pós-positivismo nas decisões judiciais, mas, na verdade, consiste em apenas mais um sintoma do solipsismo judicial.

Na verdade, tanto no plano da dogmática jurídica mais tradicional como na dogmática que vem assumindo posturas mais críticas, é possível ainda detectar uma questão paradigática, representada pelo uso sincrético das mais diversas teorias jurídicas. Assim, mesmo em algumas obras consideradas críticas, isto é, aquelas que procuram superar o senso comum teórico mais estandardizado, pode-se verificar uma recaída em velhos clichês, como a busca da verdade real, a vontade da lei, a intenção do legislador, o apelo à metodologia de Savigny e, mais contemporaneamente, a adesão ao fenômeno da ponderação de valores, fruto de uma equivocada importação da teoria da argumentação de Robert Alexy. Em um mesmo texto ou em um mesmo julgamento, é possível vislumbrar o uso concomitante de teses absolutamente exegéticas e teses voluntaristas, sendo que, no caso destas, é lugar comum a transformação do julgador em “ponderador” (STRECK, 2014, p. 106).



Virgílio Afonso da Silva (2007) também observa o aparente embate entre o arcaico e moderno nos métodos de interpretação mediante análise da doutrina brasileira. Seguindo o mesmo roteiro, por arcaico entende-se a interpretação da constituição feita conforme os cânones sistematizados por Savigny desde a metade do século XIX. O moderno, em seu turno, “é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são ferramentas adequadas para a interpretação da constituição” (p. 116), se devendo, portanto, utilizar métodos e princípios de interpretação exclusivamente constitucional.

Os princípios de interpretação seriam aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional (unidade da constituição; concordância prática; conformidade funcional; efeito integrador; força normativa da constituição). Em análise realizada por Virgílio (2007), o que o autor constata é que alguns desses princípios em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação, e ainda, possuem pouca probabilidade de aplicação juntamente com outras práticas e métodos constitucionais. Contudo, o mais espantoso é que apesar dessa lista ser encontrada em inúmeros manuais de direito constitucional no Brasil, na Alemanha não há uma difusão minimamente expressiva daqueles nos pátrios manuais.

Os métodos, em situação análoga aos princípios citados, também foram teorizados por um alemão, Ernst-Wolfgang Böckenförde (método hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método científico-realista, método hermenêutico concretizador). Seus métodos foram difundidos no Brasil, principalmente por Canotilho. Entretanto, conforme Virgílio, não se vislumbra como eles poderiam ser aplicados em conjunto com os princípios de interpretação citados, ou outras práticas interpretativas (2007). Em suma:

O sincretismo metodológico, característico da discussão sobre interpretação constitucional, impede que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional. Comum a análises sobre o tema é o fato de que esses métodos sejam apenas resumidamente explicados – não raro com base apenas na obra de Canotilho – sem que se chegue a qualquer conclusão sobre a relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e principalmente, sobre a compatibilidade entre eles (p. 135).

Outrossim, é possível acrescentar a esta conclusão do autor que não somente o sincretismo metodológico retarda as discussões acerca da interpretação constitucional no Brasil, mas um fator prejudicial relevante é que o pretenso sincretismo ainda se encontra no imaginário



das pessoas sob o véu do embate entre positivismo e pós-positivismo. Adiante, a análise da fundamentação da decisão acerca da união homoafetiva será esclarecedora nesse sentido.

4 Sincretismo na decisão sobre união homoafetiva no STF

Um caso emblemático que sugere a oposição entre positivismo e pós-positivismo no Brasil é a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277. Estas propõem a aplicação do regime jurídico da união estável a parceiros de mesmo sexo. O entendimento da Corte Constitucional foi de que a união homoafetiva consiste em entidade familiar, de forma que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

A decisão, contudo, gerou certa reação na comunidade jurídica, formando uma aparente disputa entre positivistas e pós-positivistas. Explica-se: a problemática gira em torno do texto artigo 1.723 do Código Civil, o qual dispõe que “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”.

Por um lado, defende-se que o texto do artigo, no que tange aos termos “homem e mulher”, deve ser interpretado de forma exemplificativa ou emancipativa. Este entendimento seria o resultado da interpretação do texto da lei conforme a Constituição, já que levaria em consideração a aplicação de princípios constitucionais, tais como de igualdade (art. 5º, caput), liberdade (art. 5º, caput), dignidade humana (art. 1º, III), segurança jurídica (art. 5º, caput). Evidentemente, é esta posição a que se atribuem indícios pós-positivistas.

Por outro lado, a decisão do STF atraiu as críticas de personalidades como Ives Gandra da Silva Martins, Lenio Streck, Uziel Santana e Venosa. Estes afirmam que não houve respeito ao texto da Constituição, o qual claramente restringe a união estável àquela “entre homem e mulher” (GENTIL, 2011). Ademais, o texto consta expressamente na Constituição de 1988, que dispõe em seu artigo 226, §3º: “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar”. Em suma, a Corte teria modificado, de fato, o conteúdo da Constituição, extrapolando o fenômeno da mutação constitucional⁴, e, conseqüentemente, o limite de suas funções (MAUÉS, 2015).

⁴ Por mutação constitucional: “[...] fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões ou emendas[...] é o processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos dantes não contemplados” (BULOS, 2012, p. 432).



Este último posicionamento tão logo foi identificado com uma postura positivista e formalista. Maués (2015), por exemplo, ao analisar as críticas, identifica como justificativa à pretensão de exclusão das relações de homossexuais do âmbito da união estável o suposto desrespeito do STF à intenção do constituinte, que seria de dedicar apenas ao homem e a mulher o referido instituto.

Obviamente, o argumento da “intenção do legislador” tão logo é fadado ao fracasso, já que traz um conjunto de problemas na sua busca, bem esmiuçado por Dworkin em suas diversas obras (*Uma Questão de Princípio, A justiça de Toga e O Império do Direito*): quais indivíduos devem ser levados em conta e como combinar suas intenções; quais estados psicológicos devem ser considerados para aferir a intenção do constituinte; como lidar com a situação em que o constituinte não pensou no caso (MAUÉS, 2015).

Aparte do argumento da intenção do legislador, Vechiatti (2010, p. 3) comenta, fazendo referência ao apego ao texto expresso que “é preciso ter em mente que não vivemos mais sob a égide de um formalismo positivista, de há muito ultrapassado pela ciência jurídica, que pregava que somente era juridicamente possível aquilo que os enunciados normativos reconheciam expressamente”.

Tendo em vista que a crítica neoconstitucional ao positivismo jurídico tem sido justamente de ignorância da realidade social, o estrito apego ao texto da lei ou à vontade do legislador, e a desconsideração da moral ou princípios, é sugestivo que a decisão acerca da união homoafetiva tenha configurado “uma verdadeira ruptura de paradigmas” (CHAVES, 2012, p. 295).

De fato, a análise dos votos da referida decisão parece corroborar com certos paradigmas da teoria do neoconstitucionalismo. A abordagem definitivamente visa dar atenção à realidade social, utilizada como argumento em basicamente todos os votos proferidos, principalmente como substrato para entender o que se configura como homossexualidade e família. Esta realidade é assim resumida por Barroso (2012, p. 121):

O contexto fático do ajuizamento da ação pode ser descrito da seguinte forma. Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. 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, existiam incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.



A preocupação com a realidade social enseja, pois, que haja justiça no tratamento de parceiros do mesmo sexo, incumbida ao STF. Como os artigos 1.723 do Código Civil e 226, §3º da Constituição são colocados como entrave proibitivo ao reconhecimento jurídico da união homoafetiva, é comum a menção à justiça em contraposição à interpretação literal ao longo dos votos.

O Ministro-relator Ayres Brito, por exemplo, não realiza uma análise textual, propriamente dita, e tampouco sugere a existência de uma lacuna: há sim uma superação da literalidade do disposto no artigo 226, §3º da Constituição pelos princípios constitucionais e a realidade fática. O Ministro Luiz Fux, em seu turno, coloca o caso como uma questão de justiça que enseja “ousadia judicial”:

Diz ele: O importante não é obter a resposta, senão parar de questionar e não parar de perguntar. Então, se essa é uma questão de justiça, o que nós temos de empreender é exatamente uma resposta, buscar a resposta para essa questão que se afirma ser uma questão que encerra uma solução de justiça. [...] De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial – mas a vida que é uma ousadia, ou, então, ela não é nada – é o momento de uma travessia. “A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo”.

A necessidade de enquadramento jurídico da união estável entre parceiros do mesmo sexo foi reconhecida até mesmo por quem reconhece que o texto da Constituição é claro no sentido de que só poderia ocorrer entre homem e mulher. Isto porque o caso trata de uma realidade de elementar contestação empírica que não pode se colocar à margem da proteção do Estado, de acordo com o Ministro Lewandowski.

Como a presença de valores na Constituição implica a inclusão de princípios também como normas autoaplicáveis (art. 5º, §1º), evidentemente estes também percorrem a fundamentação do STF. Aliás, afirma um dos ministros: “Constituição tem princípios e regras que formam as normas”. Aparte dos já explanados, há menção ainda ao pluralismo (art. 1º, V, e preâmbulo); vedação à discriminação (art. 3º, IV); à intimidade e à privacidade (art. 10º) e até à felicidade (art. 1º da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1766).

Ademais, é ressaltada a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º). Em suma, “se formos [...] ao rol de garantias constitucionais, constataremos um bom vernáculo pedagogicamente lançado” (FUX, 2011, p. 733).

Merece atenção, contudo, o posicionamento do ministro Gilmar Mendes que, mesmo considerando o texto claro no que tange a homossexualidade, afirma que “existem fundamentos



jurídicos suficientes e expressos” que autorizam esse reconhecimento. Portanto, “não com base no texto legal (art. 1723 CC), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º)”, mas em direitos fundamentais básicos. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, afirma que o óbice gramatical pode ser contornado com os princípios do próprio ordenamento, os quais, citando Celso Antônio Bandeira de Melo, são mais graves de serem transgredidos por abrangerem todo um sistema de comandos.

É comum, igualmente, a utilização de doutrinadores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, o que também podem ser considerados indícios da ruptura de paradigmas na decisão, já que estes autores e outros “representam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo neoconstitucionalismo” (STRECK, 2013, p. 298).

Em contrapartida, contrário ao senso comum, a fundamentação não se restringe aos argumentos de justiça e à utilização de princípios. É possível identificar argumentos atinentes ao positivismo na redação dos votos. Um primeiro argumento: como o artigo 226, §3º da Constituição não proíbe a união estável entre parceiros do mesmo sexo, então esta seria permitida.

É possível identificar a norma geral negativa Kelseniana, conforme a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, supostamente extraída da Constituição, no seu artigo 5º, II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

É certo que essa norma geral provém da teoria do ordenamento jurídico, contribuição original do positivismo jurídico. Esta considera que o ordenamento possui três características fundamentais: a unidade, coerência e a completude. Para sustentar esta última é que surge a teoria da norma geral exclusiva, segundo a qual:

Não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma implicitamente nela contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação geral antitética (BOBBIO, 1995, p. 209).

Contudo, cabe trazer uma crítica à baila: nem sempre tudo que não é proibido é permitido, assim, não porque a Constituição reconhece a união estável entre homem e mulher que esta pode ser feita entre pessoas do mesmo sexo. Se assim fosse, inúmeras iam ser as não proibições transformadas em permissões. Streck (2009, p. 81) exemplifica:

A Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (art. 102, I, “a”, refere apenas a



possibilidade de arguição que trate de leis federais e estaduais). E nem por isso torna-se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Veja-se: em nome do “princípio democrático” ou da “república”, os municípios espalhados pelos quatro cantos do Brasil poderiam alegar que “a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais”, etc. Ora, nada disso pode ser “colmatado” por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema – por lei -, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte.

Ademais, cabe destacar a possível remissão a vontade do legislador constitucional em alguns votos do STF a fim de defender que não foi intenção dele proibir a união homoafetiva. Ayres Britto, por exemplo, afirma que o propósito constitucional foi:

[...] de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre duas tipologias do gênero, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou sem papel passado ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva [...] é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta e nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento tal da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroatividade e da homoafetividade. (2011, p. 29).

O mesmo pode ser observado no voto de Luiz Fux, ao afirmar que a Constituição Federal não quis excluir a união homoafetiva quando consagrou a união estável: “Talvez o legislador constitucional tenha entendido até desnecessário – se ele estabeleceu que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, que há uma liberdade sexual consagrada como cláusula pétrea” (2011, p. 9).

A busca pela intenção do legislador foi ainda nitidamente realizada, conforme a fundamentação apresentada pelo Ministro Lewandowski, quando conclui que, conforme sua verificação das discussões travadas na Assembleia Constituinte, “quando se votou o dispositivo em tela” a intenção era, de modo insofismável, que a união estável abrange (gesse), única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto” (2011, p. 711). As dificuldades para a definição do que seria a vontade do legislador já foram brevemente explanadas, de forma que sempre ‘cabe a pergunta: de que “legislador” falam os comentadores?’ (STRECK, 2014, p. 106).

Aliás, a conclusão deste mesmo voto quanto à literalidade do texto revela que a interpretação literal também é utilizada, inclusive no voto do Ministro Gilmar Mendes, conforme os quais não há dúvida de que o texto do artigo restringe a união estável entre homem e mulher. Por outro lado, quanto aos demais, nada considerado mais literal do que a exigência



de que o texto do artigo 226, §3º contivesse um termo proibitivo claro e expresso, isto é, “somente entre homem e mulher” (SILVA, 2015) para uma interpretação contrária.

Efetivamente, Streck considera que a literalidade do texto suscita diversos questionamentos: “devemos sempre buscar o conteúdo “literal”? Ou somente quando nos interessa? E o que é isto- a literalidade? O que é isto – o texto jurídico? Em face da vagueza e da ambiguidade que cerca a linguagem, de que modo é possível sustentar o discurso jurídico numa pretensa literalidade?” (2014, p. 139-140). Na verdade, Virgílio observa que há inúmeros motivos para que o significado das palavras seja tomado em sentido mais ou menos literal. Contudo, as razões devem ser “expressamente mencionadas e ultrapassarem mero uso indiscriminado de rótulos como “formalismo” e “positivismo” (2015, p. 183).

No Brasil, a necessidade de uma fundamentação menos rasa se deve ainda a um fator diferenciador de outros países que tutelaram a união homoafetiva: o país tem a regulação sobre matrimônio e união estável mais específica que os demais países⁵, contudo, no âmbito institucional, é o único em que o poder Legislativo foi completamente ignorado durante todo o processo (SILVA, 2015). Acrescenta, ainda, que o raciocínio se perfaz de incoerência, quando a Corte alega não impor nenhuma medida coercitiva para o cumprimento de suas decisões ou um prazo para que o Congresso legisle:

Es muy difícil entender una interpretación acerca de la deferencia y de la teoría de la separación de los poderes según la cual una Corte no puede imponerle al Congreso la obligación de legislar ni tampoco puede establecer un plazo para que legisle, pero puede, por sí sola, hacer todo aquello que, según su propio entendimiento sobre la teoría de la separación de los poderes, le compete al Congreso (id., p. 191).

Por fim, sem a pretensão de exaurir todos os argumentos, métodos e correntes teóricas possíveis, é possível citar ainda a utilização do raciocínio por analogia para a supressão dessa lacuna, qual seja, o tratamento jurídico da união homoafetiva (LEWANDOWSKI, 2011, p. 719). Trata-se também de um indício do positivismo jurídico, o qual sustenta que a integração é uma atividade puramente interpretativa, porque o raciocínio por analogia é um raciocínio lógico, isto é, de tipo silogístico, baseada em uma afirmação de semelhança (BOBBIO, 1995, p. 216).

⁵ Conforme o raciocínio de Virgílio Afonso da Silva (2015), quanto mais específica seja a disposição constitucional no que se refere ao gênero, tanto menor a liberdade interpretativa da Corte. Acrescenta que em países com legislações menos específicas que a brasileira, o Parlamento não foi ignorado, como na Alemanha, Andorra, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Croácia, Dinamarca, Equador, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Hungria, Irlanda, Islândia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suécia, Suíça, Uruguai, África do Sul e Colômbia.



5 Conclusão

Após a análise dos diversos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na decisão, é possível concluir que a análise do caso pela oposição binária entre positivismo e pós-positivismo é de veras simplória. Como foi possível detectar no presente tópico, a leitura minuciosa dos fundamentos deixa claro que a distância entre as correntes é ilusória. Em um mesmo voto, por exemplo, há menção tanto à justiça da causa, quanto a tentativa de identificação da vontade do legislador constituinte.

A constatação sinaliza para o uso sincrético de diversos métodos para a fundamentação de uma decisão precedentemente tomada, isto é, para defesa de uma própria ideia de justiça, ainda que se tratem de correntes com divergências gritantes. Repare-se: a crítica não está direcionada ao resultado do julgamento, mas sim à forma como este foi realizado e ao escudo que encoberta essa problemática e atrasa seus avanços e discussões, qual seja, de que aquela se resume ao duelo entre positivismo e pós-positivismo.

Diante do exposto, é perceptível que alguns fatores contribuem de forma significativa para o não aperfeiçoamento da fundamentação das decisões judiciais. Primeiramente, o ataque constante à percepção do juiz *bouche de loi* do positivismo exegético serve de escusa para que o juiz tenha, no momento atual, maior liberdade de atuação (como averiguável no voto do Ministro Lewandowisk sobre união homoafetiva). Assim, esta facilmente se converte em discricionariedade do julgador, a qual é justamente admitida pelo positivismo jurídico normativo.

A falta de uma pretensão séria de efetivação das teorias do pós-positivismo é facilmente observada no Brasil, que as integrou apenas de forma parcial, como pôde ser exemplificado com as teorias de Robert Alexy e Dworkin. Com efeito, como observou Virgílio (2005), é recorrente no Brasil a adequação de teorias e práticas interpretativas estrangeiras, que, ao fim, produz um sincretismo metodológico na doutrina e na jurisdição. Dessa forma, conforme pode ser constatado na decisão que reconhece a união estável homoafetiva, não há sequer uma oposição clara entre positivismo e pós-positivismo. O que existe, de fato, é a escolha moral e política do juiz justificada por teorias, termos e métodos jurídicos.

Cabe ressaltar que as antinomias na fundamentação judicial não se limitam à decisão apresentada. Veja-se, por exemplo, a decisão do Supremo que entendeu que o artigo 283 do



Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância, indeferindo as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. A decisão contrapõe a cautelar solicitada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347), em que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de todo sistema penitenciário devido ao seu estado caótico. Enquanto aquela exige cautela quanto à decretação do cárcere, esta acelera esta condição (MELLO; MORAES, 2016).

Portanto, se faz relevante o debate acerca da forma como os tribunais estão decidindo os diversos casos. Apesar da união homoafetiva ser uma conquista desejável para a sociedade, é possível vislumbrar que assim como os votos e julgamentos podem proferir decisões louváveis pelo seu juízo de valor, pode igualmente agir de forma contrária quando assim determinarem suas consciências. Por exemplo, houve recentemente decisão do Recurso Extraordinário (RE) 693456 pouco recepcionada por parte da sociedade, que permite o corte de salário de servidores em greve (STF, 2016).

Portanto, a maneira como os Tribunais fundamentam suas decisões desemboca no questionamento do que torna a atuação do Poder Judiciário legítima, já que os magistrados não são eleitos pelo povo. A questão é complexa, e não pode se limitar ao embate aparente entre positivismo e pós-positivismo, principalmente quando a realidade mostra não haver divergências preponderantes entre as duas correntes na prática do Judiciário. Por enquanto, resta o alerta de que a “ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda” (SARMENTO, 2009, p. 15).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**. In: Revista Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo, 1995.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADI 4.277/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. DJ de 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/6472-adi-4277-e-adpf-132-uniao-estavel-homoafetiva>>. Acesso em: 10 jun 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Dias parados por greve de servidor devem ser descontados, exceto se houver acordo de compensação**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328294>>. Acesso em: 03 mai 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAVES, Marianna. **O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal e a questão do ativismo judicial**. In: Constituição, Política e Cidadania. Porto Alegre: EDITORA JURÍDICA, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: os paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MAUÉS, Antônio Moreira. **Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade**. In: Seqüência (Florianópolis), n. 70, p. 135-162, jun. 2015.

MELLO, M. M. P. de; MORAIS, N. B. D. **O papel do Supremo Tribunal Federal (STF) e a cultura do encarceramento: uma análise em torno da ADPF 347 e HC 126.292**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

MONTEIRO, Maurício. **O STF e as uniões homoafetivas – Parte Final**. Disponível em: <<http://www.infonet.com.br/blogs/mauriciogentil/ler.asp?id=114491&titulo=mauriciomonteiro>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.



SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.**

Disponível

em: http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf. Acesso em: 10 ago. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico.** São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **La unión entre personas del mismo género: ¿cuán importantes son los textos y las instituciones?** In: *Discusiones*, nº 15, 2|2014, pp. 171-203.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, RS, n. 2, p. 75-83, 2009.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica do da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy.** *Revista Direito e Práxis*, n. 7, 2013, pp. 343-367.

_____. **Constituição, Interpretação e Argumentação: porque me afastei do neoconstitucionalismo.** In: *Constituição, Política e Cidadania*. Porto Alegre: EDITORA JURÍDICA, 2013.