

FORMALISMO E CETICISMO NA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: LEADING-CASE ADPF 132/RJ

GABRIEL FERREIRA DA FONSECA*

Resumo. O formalismo e o ceticismo são posições teórico-ideológicas que permeiam o senso comum teórico e prático do direito. A partir do estudo do caso paradigmático em que o Supremo Tribunal Federal (STF) deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, para possibilitar o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, discutiremos a tensão existente entre essas duas posturas, numa investigação zetética sobre a dogmática e a prática jurídica.

Palavras-chave: Retórica, Supremo Tribunal Federal, União Estável Homoafetiva.

FORMALISMO Y ESCEPTICISMO EN LA TÉCNICA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN: LEADING-CASE ADPF 132/RJ

Resumen. El formalismo y el escepticismo son posiciones teórico-ideológicas que permean el sentido común teórico y práctico del derecho. A partir del estudio de caso paradigmático en el que el Tribunal Superior Federal STF ha interpretado la Constitución como el art. 1723 del Cód. Civil, para posibilitar el reconocimiento de la unión estable entre personas del mismo sexo. Discutiremos la tensión existente entre estas dos posiciones, una investigación exegética, sobre la dogmática y la práctica legal.

Palabras clave: Retórica, Suprema Corte de Brasil, Unión homosexual estable.

* Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Mestrando em Filosofia do Direito na PUC-SP. Especialista em Direito Civil pela PUC-MG. Bacharel em Direito pela UFBA. Ex-presidente do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4410021D6>. Correo electrónico: gabrielfonseca@gmail.com.

**FORMALISM AND SKEPTICISM IN THE ART
OF THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION:
LEADING -CASE ADPF 132 / RJ**

Abstract. The formalism and the skepticism are theoretical and ideological viewpoints that permeate the practical and theoretical common sense of the Law. From the paradigmatic study of the case in which the Brazilian Supreme Court has interpreted in harmony with the Constitution to the Article 1723 of the Civil Code recognizing the stable union of the same sex people, we will discuss the tension between these two positions, in a critical investigation of the dogmatic and juridical practice.

Keywords: Rhetoric, Brazilian Supreme Court, Homosexual Stable Union.

§ 1. **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho pretende empreender uma pesquisa teórica sobre duas antigas tradições filosóficas que permeiam as reflexões acerca do direito: o formalismo e o ceticismo. Intenciona-se compreender em que medida essas perspectivas teórico-ideológicas se fazem presentes, ainda que implicitamente, no discurso proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro quando este é chamado a aplicar a técnica da “interpretação conforme à Constituição”.

O objeto de investigação eleito é, portanto, o “senso comum teórico do direito”¹ presente nas fundamentações de um das decisões que mais chamou a atenção da sociedade brasileira nos últimos anos: o julgamento da ADPF 132/RJ, que equiparou as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas.

Refletir sobre a postura teórico-ideológica dos tribunais superiores brasileiros tem a importante função de possibilitar uma com-

¹ O neologismo, segundo WARAT, *Introdução geral ao direito*, p. 13, serve para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas: “Nas atividades cotidianas –teóricas, práticas e acadêmicas– os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação”.

preensão mais completa do fenômeno jurídico como se apresenta e se constrói na prática.

A investigação aqui empreendida pode ser enquadrada no campo das reflexões de enfoque zetético². A ênfase aqui é no aspecto “pergunta”, na abertura para o questionamento, na crítica, sem limitar-se à preocupação direta com o aspecto “resposta”, com a decisão. Esta preocupação, entretanto, aparece, ainda que mediatamente, nas investigações aqui propostas, pois, qualquer reflexão acerca do direito liga-se, em alguma medida, ao problema da decisão de conflitos.

A Filosofia do direito, como lembra JOÃO M. ADEODATO, é a vanguarda do conhecimento jurídico. Depois dela vem a teoria geral do direito e só na retaguarda atua a dogmática jurídica. “*Toda dogmática foi antes filosofia*”³. É, portanto, nesta trilha circular entre dogmática jurídica e filosofia do direito que o presente trabalho pretende caminhar.

§ 2. **A DIMENSÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA DA TEORIA E DA PRÁTICA JURÍDICAS**

O direito não é um dado, mas o processo de sua criação⁴. Não é o texto da lei, não é o enunciado sumulado, não é a opinião doutrinária, não é a decisão reiterada dos tribunais. Mas isso tudo compõe o direito na medida em que faz parte de um processo: o processo de produção normativa. O sistema jurídico é composto de fontes do direito. As normas jurídicas são o produto de uma interpretação

² Usando uma terminologia de VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, p. 18, esclarece que “Zetética vem de zetein, que significa perquirir, dogmática vem de dokein, que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois)”.

³ ADEODATO, *Uma teoria retórica da norma e do direito subjetivo*, p. 29.

⁴ Nesse sentido, vale lembrar a sempre lúcida lição do professor CALMON DE PASSOS, para quem: “O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isso nos adverte de que o direito nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito e acabado. O direito é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido e aplicado” (PASSOS, *Direito, poder, justiça e processo*, p. 25).

que leva em conta tais fontes. Os diálogos nem sempre harmoniosos das fontes jurídicas, entre si, e destas com o caso, são feitos pelo intérprete, que assume, portanto, papel central na produção normativa.

Uma das fontes que, hodiernamente, tem aumentado em importância no direito brasileiro, apesar da tradição romano-germânica deste estar fortemente atrelada à preponderância da fonte legal, é a jurisprudência (cuja prevalência histórica é inegavelmente maior nos países de tradição anglo-americana). Sobretudo no que tange à jurisprudência dos tribunais superiores, esta fonte tem, muitas vezes, sido utilizada, ainda que de modo indireto, como fonte máxima do sistema jurídico brasileiro. É o que se percebe, por exemplo, com relação às decisões do Supremo Tribunal Federal. Afinal este é o órgão imbuído de competência para dirimir os conflitos humanos que atinem diretamente à interpretação constitucional. Então, se a Constituição Federal é a norma máxima, ou, melhor dizendo, a fonte máxima, do sistema jurídico brasileiro, o que dizer do Supremo Tribunal Federal, que é o órgão competente para interpretar a Constituição e declarar o que é e o que não é conforme a ela?

Esta *aporia* nos leva a diversas indagações acerca da legitimidade democrática da fonte jurisprudencial do direito. A jurisprudência do STF ganha em importância e se sobrepõe, muitas vezes, às deliberações do poder constituinte, afinal é este órgão que irá, conforme largamente difundido no senso comum teórico do direito, dizer o que realmente o poder constituinte “quis dizer”/“gostaria de ter dito”/“diria”.

Há uma perplexidade que historicamente os juristas tendem a minimizar no seu discurso: a de que o direito é fruto de um processo interpretativo e criativo, isto é, que o direito posto serve de norte para uma decisão jurídica, mas não como o único parâmetro e, muitas vezes, sequer como o parâmetro mais importante. A ideologia liberal-burguesa da segurança jurídica é a base desse discurso mítico, e a constante frustração dessa “utopia”, que a prática jurídica proporciona, causa um constante mal-estar social nos países de tradição democrática: indivíduos sem filiação partidária, sem nunca terem se candidatado a representantes do povo, sem nunca terem sido eleitos, produzem normas não apenas individuais e concretas, mas também, no caso dos tribunais superiores, gerais e abstratas.

O direito, isto é, esse objeto de estudo que se confunde com o seu próprio processo de feitura, não é um dado objetivo: é um processo político-ideológico⁵. A tendência dos juristas de negar esse aspecto de sua profissão e de sua ciência⁶ é o que faz com que outros profissionais, os cientistas sociais, por vezes os chamem de: “guardiões hipócritas da hipocrisia coletiva”⁷.

Os juristas constroem retórica e linguisticamente a “realidade” jurídica, que se pauta em elementos mitológicos, fictícios, que compõem a “retórica material ou existencial”: tudo aquilo que se chama realidade “consiste em um relato vencedor, um fenômeno linguístico cuja apreensão é retórica”⁸. A linguagem transforma em “realidade” uma série de escolhas político-ideológicas.

Aristóteles já alertava para o fato de que nem todos os âmbitos do conhecimento humano estariam ligados à ideia de verdade objetiva, ao campo da *episteme*. Há campos em que o embate de opiniões é o que há de mais característico e em que as respostas são verossímeis, plausíveis, razoáveis, e não “verdades”, como um resultado lógico de uma operação matemática. O direito, do modo que o entende-

⁵ Um dos grandes mitos ocidentais, segundo FOUCAULT, foi criado por PLATÃO, que entendia haver uma antinomia entre saber e poder: “Esse grande mito precisa ser liquidado. Foi esse mito que NIETZSCHE começou a demolir ao mostrar, em numerosos textos já citados, que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber”.

⁶ MICHEL FOUCAULT faz uma interessante análise sobre o processo de produção do conhecimento, a partir da perspectiva de NIETZSCHE: “Só há conhecimento na medida em que, entre o homem e o que ele conhece se estabelece, se trama algo como uma luta singular, um *tetê-à-tête*, um duelo. Há sempre no conhecimento alguma coisa que é da ordem do duelo e que faz com que ele seja sempre singular”

⁷ O sociólogo francês PIERRE BOURDIEU faz uma análise crítica muito interessante sobre a construção das ficções jurídica pelos juristas que paradoxalmente produzem o real: “La fuerza específica del derecho es algo muy paradójico, casi impensable. Hay que volverse a MARCEL MAUSS y a su teoría de la magia. La magia sólo actúa en un campo, es decir, un espacio de creencia en cuyo interior están los agentes socializados de manera que piensen que el juego al que juegan merece ser jugado. La ficción jurídica no tiene nada de ficticio; y la ilusión, como dice HEGEL, no es ilusoria. El derecho no es lo que dice ser, lo que cree ser, es decir, algo puro, completamente autónomo, etc. Pero el hecho de que se crea tal, y que logre hacerlo creer, contribuye a producir unos efectos sociales completamente reales; y a producirlos, ante todo, en quienes ejercen el Derecho”.

⁸ ADEODATO, *Uma teoria retórica da norma e do direito subjetivo*, p. 10.

mos, encontra-se nesse antigo campo esquecido por muitos séculos pela humanidade, mas cuja importância histórica é inegável: o campo da retórica grega⁹, da dialética aristotélica¹⁰.

A retórica, ao contrário do que o senso comum teórico do direito pautado em tradições cristãs e racionalistas costuma propugnar por razões diversas, não é o campo da mentira ornamentada, do engodo enfeitado, da falta de virtude ética, e sim o campo do embate de opiniões, da sinceridade e da humildade perante uma nota característica dos seres humanos: a pluralidade de ideias e de valores.

A tradição oriunda do cristianismo costuma afastar a retórica como campo do conhecimento, pois, acreditando na existência de uma verdade divina, superior, transcendente, não pode aceitar a seriedade de meras opiniões humanas ante aquelas verdades eternas e sagradas.

O racionalismo cientificista, por sua vez, entende, em atitude também muito próxima da fé, que uma opinião só teria relevância se fosse utilizada como base para uma demonstração científica, isto é, como uma hipótese a ser comprovada através de métodos objetivos. É paradigmática a preocupação de DESCARTES, que confessa: “grande cuidado que sempre tomei em não dar acolhida a novas opiniões das quais não pudesse demonstrar com muita exatidão”¹¹.

⁹ O método retórico (tópico), segundo VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, p. 20, é caracterizado por Vico, em oposição ao método científico ou cartesiano, da seguinte forma: “o ponto de partida é o *sensus communis* (senso comum, *common sense*), que manipula o verossímil (*verisimilia*), contrapõe pontos de vista conforme cânones da tópica retórica e sobretudo trabalha com uma rede de silogismos”. Conforme ARISTÓTELES, *Órganon, categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticadas*, p. 348, “O silogismo dialético é aquele no qual se raciocina a partir de opiniões de aceitação geral. [...] Opiniões de aceitação geral, por outro lado, são aquelas que se baseiam no que pensam todos, a maioria ou os sábios, isto é, a totalidade dos sábios, ou a maioria deles, ou os mais renomados e ilustres entre eles”.

¹⁰ ARISTÓTELES, *Órganon, categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticadas*, p. 369, defende que “Com finalidades filosóficas, cabe nos ocuparmos com as proposições sob o prisma da verdade, mas se nossas intenções são de caráter dialético, nossa perspectiva deve ser aquela da opinião”. Segundo VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, p. 23, “Na Tópica, ARISTÓTELES se ocupa novamente de um tema que parecia quase superado pela filosofia grega clássica, ou seja, por SÓCRATES, PLATÃO e pelo próprio ARISTÓTELES: a antiga arte da disputa, domínio dos retóricos e sofistas. SÓCRATES E PLATÃO, durante toda a sua vida, lutaram contra ela”.

¹¹ DESCARTES, *Discurso do método*, p. 85.

Essas duas frentes ideológicas, que se unem operaram um movimento de esquecimento da retórica antiga e dos raciocínios dialéticos, que perderam, progressivamente, a sua importância frente ao ideal de demonstração analítica (apodítica). O predomínio das ontologias, em detrimento da perspectiva cética da retórica, tem, portanto, o apoio do cristianismo e do racionalismo, que em muitas ocasiões da era moderna¹², reforçaram-se mutuamente, como no pensamento cartesiano: “a razão não nos sugere que tudo quanto vemos ou imaginamos seja verdadeiro, mas nos sugere realmente que todas as nossas idéias ou noções devem conter algum fundamento de verdade; pois não seria possível que Deus, que é todo perfeito e verídico, as tivesse colocado em nós sem isso”¹³

Propomos neste trabalho, a partir do fortalecimento da retomada da perspectiva retórica, uma análise de duas grandes tendências no pensamento jurídico ocidental:

a) a que compreende que o direito não poderia ser enquadrado como ciência autônoma e de que a interpretação jurídica seria irracional, emotiva, não controlável, não se devendo falar, portanto, em resposta correta em direito, e sim em resposta dada por quem tem poder para dá-la; b) e a compreensão oposta de que o direito pode ser enquadrado como ciência nos moldes lógico-formais e de que a interpretação jurídica pode ser racionalizada e controlada, possibilitando que seja encontrada, se não a resposta correta, ao menos as respostas corretas possíveis dentro da moldura do direito positivo¹⁴.

¹² FRIEDRICH NIETZSCHE é um dos maiores responsáveis na modernidade pela crítica voraz às tradições cristã e racionalista, que representam a doutrina do uno, perfeito, imóvel e imperecível: reivindica, o filósofo, os valores dionisíacos da espontaneidade, do instintivo, do irracional, da libertação, da vontade de potência. Opera, ainda, NIETZSCHE importantes reflexões sobre os valores: “Em verdade, foram os homens a dar a si mesmos o seu bem e o seu mal. Em verdade, não o tomaram, não o acharam, não lhes caiu do céu em forma de voz” (NIETZSCHE, *Assim falou Zarathustra* 2006, p. 86). Neste sentido, segundo o filósofo, “Muitas coisas que um povo considerava boas, considerava-as, outro, como escárnio e opróbrio: foi o que achei. Muitas coisas achei, aqui, chamadas mal, e acolá, ornadas de purpúreas honrarias” (NIETZSCHE, *Assim falou Zarathustra*, 2006, p. 84 e 85).

¹³ DESCARTES, *Discurso do método*, p. 68.

¹⁴ Há diversas variações nessas duas tendências, que fazem com que essa divisão apresente um valor apenas do ponto de vista didático, como forma de estruturar o raciocínio. Essa moldura do direito positivo, por vezes, é associada a uma espécie de moldura ética, no que a segunda tradição se aproxima do pensamento jusnaturalista. Deste modo, a opção por uma tendência formalista não significará, necessariamente, a escolha por uma vertente do positivismo jurídico: a resposta

Trata-se do antigo debate entre “formalistas” e “ceticistas”. Objetivamos compreender essas duas tendências teóricas do senso comum da comunidade jurídica ocidental e investigar “se”, e “em que medida”, a tensão existente entre elas se manifesta nas decisões dos tribunais superiores brasileiros, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal. Trata-se, por óbvio, de um enquadramento didático-analítico, que serve para estruturar o pensamento nos moldes dos tipos ideais weberianos. Deste modo, entre o ceticismo e o formalismo¹⁵ há tendências das mais diversas, que ora se aproximam mais de um dos extremos, ora do outro, sendo, provavelmente, uma utopia a busca por um meio-termo exato ante as perplexidades geradas pelos extremos.

Refletir sobre a postura teórico-ideológica dos tribunais superiores brasileiros tem a importante função de possibilitar uma compreensão mais completa do fenômeno jurídico como se apresenta na prática. A partir da perspectiva retórica do direito, faremos um levantamento teórico acerca do debate entre formalistas e ceticistas e, a partir de uma investigação de um caso paradigmático do Supremo Tribunal Federal, buscaremos uma análise qualitativa dos argumentos utilizados pelos Ministros, para, ao final, tentar chegar a uma pista sobre “se” e “qual” a perspectiva que prevalece nos casos paradigmáticos e de maior discussão na sociedade, como foi a recente decisão sobre a união estável homoafetiva.

A perspectiva teórica aqui adotada, que se enquadra no que o professor JOÃO MAURÍCIO ADEODATO¹⁶ chama de “filosofia retórica” (em oposição à “filosofia ontológica”), não se preocupa com o que “é” o direito, mas com o que “significa”, qual o “sentido” do direito. É uma

correta e a perspectiva do direito enquanto ciência pode ser, por exemplo, resultado de uma teoria interpretativo-avaliativa do direito, como a de RONALD DWORKIN, em que a dimensão ética dos princípios irá delimitar o que é e o que não é jurídico.

¹⁵ O termo “formalismo” assume, na teoria do direito, diversos sentidos. O formalismo que aqui buscamos analisar é o das teorias que negam ao julgador o poder discricionário, afirmando ser possível e necessário encontrar a única resposta certa que o direito vigente oferece para o caso concreto. O legalismo é a mais comum dessas teorias, que através de um formalismo dedutivista, acredita, nos moldes, por exemplo, da Escola de Exegese, na possibilidade de alcançar a única resposta correta através de uma operação de subsunção. Neste sentido, ao contrário do que, muitas vezes, o senso comum do direito tende a afirmar, teóricos positivistas como HANS KELSEN e HERBERT HART não se consideravam formalistas e, inclusive, desferiam críticas às tentativas de negar o poder discricionário do juiz.

¹⁶ ADEODATO, *Uma teoria retórica da norma e do direito subjetivo*, p. 24.

perspectiva descritiva¹⁷ do direito que, em alguma medida se aproxima mais do ceticismo, do que do formalismo, mas sem cair num ceticismo absoluto e irrestrito. Afasta-se do formalismo, porém sem optar pelo outro extremo que tornaria qualquer reflexão sobre a aplicação do direito algo estéril e puramente descritivo. Consciente da impossibilidade de se optar por um meio-termo exato, a sinceridade teórica nos obriga a tornar explícito, logo de início, que tendemos para uma perspectiva cética, ou menos formalista, do direito.

§ 3. **O FORMALISMO E CETICISMO NA TEORIA DA APLICAÇÃO/INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**

Esse antigo debate, que, de certa forma, opõe o ceticismo retórico e o formalismo ontológico, transcende os limites da filosofia do direito, sendo uma preocupação milenar da filosofia geral, nos moldes do embate entre Sofistas e Socráticos, isto é, entre o que poderíamos chamar de “relativistas” e “ontologistas”. O modelo socrático-platônico da busca pela verdade pode ser considerado a opinião prevalecente (ou vencedora) historicamente sobre o objetivo da filosofia. Mas os Sofistas também eram filósofos, tendo sido pioneiros na reflexão filosófica sobre o homem, mas filósofos de uma Filosofia como busca da sabedoria, e não da verdade, uma Filosofia não ontológica, que não busca a essência das coisas, por entender, como PROTÁGORAS, que: “o homem é a medida de todas as coisas, das que são, enquanto são, e das que não são, enquanto não são”.

Em alguma medida, portanto, podemos afirmar que o formalismo é uma herança teórico-ideológica do pensamento socrático-platônico e que o ceticismo tem a sua origem remota no pensamento sofístico. Mas, antes mesmo desse debate ser levado para o campo das reflexões sobre o homem, os Pré-socráticos, que orientavam as suas reflexões filosóficas para o cosmos e para a busca do princípio primeiro de todas as coisas –dentre as quais estava imerso o homem– já travavam discussões acerca da imutabilidade e da mutabilidade das coisas do mundo. De um lado, o pensamento de HERÁCLITO, para quem “tudo flui” e o que há é um eterno devir. De outro, PARMÊNIDES, para quem a mudança é o caminho da opinião (doxa) que só nos

¹⁷ Busca-se uma postura descritiva, mas que reconhece a interferência do pesquisador sobre o seu objeto, o que denuncia o caráter prescritivo da tentativa de descrição empreendida.

afastaria do Caminho da Verdade (*aletheia*)¹⁸, essencialmente imutável. Esse campo de reflexão filosófica extremamente fértil servirá de inspiração para o debate dos céticos e formalistas.

No direito, este debate gira em torno da chamada “textura aberta do direito”. Segundo HART¹⁹ há um vício conhecido na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo, que consiste na atitude de simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade do exercício posterior à edição da norma geral de uma escolha na aplicação a casos específicos²⁰. No discurso dos tribunais essa perspectiva formalista do direito frequentemente se manifesta, ainda que implícita e inconscientemente, através da negação da função criadora da atividade jurisdicional e do entendimento de que a sua interpretação é a busca da intenção do legislador, fazendo referência ao “direito já existente”²¹.

O ceticismo em relação ao direito posto, por outro lado, entende que o direito consiste apenas nas decisões dos tribunais e nas previsões a respeito dessas decisões. A importância das fontes do direito, para esta perspectiva cética, estaria em ajudar a prever o que os juízes farão, o que não passa, entretanto, de mera expectativa. Nos tribunais essa perspectiva manifestase, de forma mais ou menos velada, através do discurso que afirma o protagonismo da atividade jurisdicional e o entendimento de que a sua interpretação é, em alguma medida, criativa, não estando tão rigidamente preza ao “direito já existente”.

Essas duas perspectivas fazem parte do senso comum teórico do direito há séculos, e como tal, não poderiam deixar de se manifestar na prática jurídica. Nos tribunais superiores brasileiros essas tendências aparecem, ainda que implicitamente, nas justificações dos

¹⁸ Esclarecedora, neste sentido, é a passagem de OSWALDO PORCHAT PEREIRA: “Em Parmênides, cuja Filosofia é totalmente contrária ao heraclitianismo e a ele irreconciliavelmente oposta, o processo de absolutização da razão é ainda mais exacerbado: desenha-se uma oposição radical entre percepção sensorial, tida como ilusória e enganadora, e o pensamento, por meio do qual se atinge a Verdade, isto é, o ser uno, eterno, imutável” [PEREIRA, “A autocrítica da razão no mundo antigo”, In SILVA FILHO, (org.), *O ceticismo e a possibilidade da filosofia*, p. 26].

¹⁹ HART, *O conceito de direito*, p. 168.

²⁰ “Uma forma de agir assim é congelar o sentido da norma de tal maneira que seus termos gerais devam ter o mesmo sentido em todos os casos em que esteja em pauta sua aplicação” (HART, *O conceito de direito*, p. 168).

²¹ Por trás da perspectiva formalista há, ao menos implicitamente, uma opção político-ideológica por determinados valores, como “estabilidade”, “previsibilidade”, “segurança jurídica”, “democracia” e “ordem”.

seus Ministros, o que se torna flagrante em casos de grande repercussão midiática, em que o esforço argumentativo tende a receber ainda mais esmero. Entendemos, a partir de uma compreensão retórica do direito, que optar por um discurso majoritariamente formalista ou cético é resultado, ainda que inconscientemente, de uma escolha político-ideológica, inerente à atividade argumentativo-jurisdicional. A opção por uma ou por outra perspectiva resulta na ênfase que se dá à atividade do Poder Judiciário em relação à criação do direito: um extremo tende a anular este protagonismo judiciário, o outro, a enaltecê-lo.

A hierarquia de autoridade das fontes do direito brasileiro²² é uma obra histórica e cultural sempre muito inspirada pelo formalismo e pela ênfase na fonte legal, mas a jurisprudência parece ganhar cada vez mais destaque enquanto fonte do direito. A ideologia do protagonismo do judiciário tem aumentado em importância, ao menos de forma mais explícita. Analisemos, portanto, em que medida essas afirmações realmente se manifestam no senso comum teórico e na prática jurídica do direito brasileiro.

§ 4. **LEADING-CASE ADPF 132/RJ: A TENSÃO ENTRE O FORMALISMO E O CETICISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Após a breve incursão teórica até aqui empreendida, cumpre analisar como se manifesta o referido debate entre formalismo e ceticismo em casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal. Esta corte é chamada, muitas vezes, a resolver casos que aparentemente fogem dos tipos ideias ou paradigmas que inspiraram a criação dos textos das regras jurídicas, isto é, é convocada a solucionar o que se costuma chamar de *hard cases* ou, na linguagem de HART, questões relativas às zonas de penumbra do direito positivo.

Optamos pela escolha de um desses casos difíceis que recentemente o Supremo foi chamado a “solucionar”, pois neles os Ministros

²² “Existem hierarquias de autoridade. Essas hierarquias são mutáveis historicamente e também de cultura para cultura. [...] No direito moderno, a própria lei é considerada uma espécie de autoridade. [...] Entretanto, o princípio segundo o qual não há lei que não se submete à interpretação faz crescer o prestígio da jurisprudência e da própria doutrina. De certo modo, pode-se mesmo dizer que a hierarquia das fontes do direito nada mais é do que uma disciplina do argumento de autoridade nas argumentações jurídicas” (FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao estudo do direito*, p. 313).

se vêm obrigados a um maior esforço teórico-argumentativo, já que o seu auditório acaba sendo não apenas as partes, mas toda a comunidade jurídica e a sociedade em geral, devido à grande repercussão que geram no seio social. Analisaremos brevemente os argumentos apresentados no polêmico caso da “união estável homoafetiva”, em que o Supremo buscou dar “interpretação conforme à Constituição” ao artigo 1723 do Código Civil brasileiro. Os Ministros se depararam com um *hard case* em que a zona de penumbra do ponto de vista meramente lógico-gramatical não existia, mas sim sistemático-teleológico e principiológico-valorativo. Note-se que não buscaremos esgotar os argumentos utilizados: o nosso objetivo é analisar apenas os argumentos mais importantes que se voltam para a justificação da própria atividade jurisdicional dos Ministros, isto é, que fundamentam a atuação de modo mais ou menos protagonista em relação ao Poder Legislativo.

Ao justificar a atuação *contra legem* (isto é, ao optarem por uma leitura não literal da Constituição) os Ministros se viram obrigados a justificar a sua atuação protagonista, afinal estavam conferindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à interpretação ali adotada²³.

No caso paradigmático escolhido, diante da dúvida acerca da possibilidade ou não do reconhecimento jurídico de uniões estáveis homoafetivas, adotou-se a técnica da interpretação conforme à Constituição, que segundo o professor ANDRÉ LUIZ BATISTA NEVES²⁴ chegou ao Brasil “contemporaneamente à jurisdição constitucional, e pela mesma via: a partir da leitura dos constitucionalistas norte-americanos”. Esta técnica de interpretação surge para auxiliar no controle de constitucionalidade quando os aplicadores do direito se encontram diante de uma dúvida razoável (*reasonable doubt*): entre uma

²³ A Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999, atribuiu à declaração, pelo STF, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive à “interpretação conforme à Constituição” e à “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. A Emenda Constitucional n. 45/2004 reforça a validade deste dispositivo: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

²⁴ NEVES, *A interpretação conforme à Constituição e seus limites*, vol. 2, p. 194.

interpretação da lei que se coaduna com a Constituição e outras interpretações que não se coadunam. Neste sentido, segundo NEVES²⁵, “o pressuposto da interpretação conforme à Constituição é a presença de ao menos dois significados considerados juridicamente plausíveis, extraídos do confronto da norma infraconstitucional com a norma-parâmetro, sendo no mínimo um deles compatível com a Constituição”.

Uma peculiaridade marca o caso escolhido: o dispositivo²⁶ que se buscou dar “interpretação conforme à Constituição” repete, em linhas gerais, um dispositivo previsto na própria Constituição em seu artigo 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Curiosa situação foi imposta, portanto, aos Ministros: dar interpretação “conforme à Constituição” a um dispositivo que repetia, em linhas básicas, aquilo que estava escrito na Constituição, sem qualquer polissemia, sem qualquer dúvida (histórica ou gramatical) de que o Legislador apenas buscou repetir o que o Constituinte havia positivado. Essa é uma das peculiaridades justificam a nossa escolha pelo *leading-case* ADPF 132/RJ, que por unanimidade deu interpretação conforme à Constituição para reconhecer a mesma juridicidade conferida às uniões estáveis heteroafetiva às homoafetivas, como recorte da realidade para a presente investigação.

O Ministro Relator AYRES BRITTO²⁷ inaugura o seu discurso afirmando que há um dissenso sobre a ideia de “liberdade da inclinação sexual”, do qual não escapam os magistrados, o que justificaria a aplicação ao caso da técnica especial de controle de constitucionalidade chamada “interpretação conforme à Constituição”. Há segundo o Ministro: “o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do direito que lhes cabe aplicar”. A dimensão formalista se destaca no discurso do Ministro, pois, segundo ele, há uma “dimensão objetiva do direito” que cabe ao Poder Judiciário aplicar sem mesclas com uma

²⁵ NEVES, *A interpretação conforme à Constituição e seus limites*, vol. 2, p. 202.

²⁶ “Art. 1723. 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”.

²⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 2.

“dimensão exacerbadamente subjetiva”. Afasta, aparentemente, a perspectiva cética do direito e segue fundamentando o seu voto, considerando o entendimento contrário como fruto de preconceito e de subjetividade exacerbada.

Em sentido diametralmente oposto parece seguir o discurso do Ministro LUIZ FUX²⁸ para quem: a “sentença significa aquilo que o juiz sentiu, aquilo que é o sentimento do juízo”. Destacou o Ministro o momento de salutar “ousadia judicial” frente à aparente omissão legal. Deste modo, parece ter optado por uma perspectiva que defende a percepção do juiz sobre o caso jurídico, apontando para o fato de que “há um coração atrás da toga dos juízes”. O apelo à dimensão emocional tende ao afastamento de uma visão formalista do direito.

A Ministra CARMEM LÚCIA, por sua vez, defende que o que se analisa e discute é, dentre as possíveis do ponto de vista literal, a melhor interpretação da norma do artigo 1723 do Código Civil em consonância com os princípios constitucionais: “A interpretação correta da norma constitucional parece-me portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro”²⁹. Interpretação diversa, segundo a Ministra, contrariaria os princípios constitucionais do pluralismo social e político. Aqui há, a nosso ver, uma mescla entre formalismo e jusnaturalismo, em que a resposta correta pauta-se não apenas na moldura legal, mas também ética.

Um dos votos mais interessantes deste julgamento foi, sem dúvidas, o do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, que juntou trechos do Diário da Assembleia Constituinte em que se discutiu a possibilidade de união estável de pessoas do mesmo sexo. Segundo o Ministro³⁰. “Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável”. Por isso, o magistrado entende que há uma impossibilidade de se pensar em uma mutação constitucional ou de uma

²⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 76.

²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 95.

³⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 105.

interpretação extensiva, o que consubstanciaria atentado à cláusula pétrea da separação dos poderes. Defende, contudo, o ministro, que o Judiciário não é mais a “boca da lei”, que decide de forma acrítica e mecânica, possuindo, portanto, uma margem de criatividade, mas sem ultrapassar os limites objetivos do direito posto, pois “*in claris cessat interpretatio*”. Até aqui o discurso do Ministro caminhava tranquilamente em solo formalista, pois, apesar de negar o papel de “boca da lei” do Judiciário e de afastar a ideia de decisão mecânica, defendia a existência de limites objetivos do direito positivo e que quando a lei é clara não há necessidade de interpretação. O magistrado tenta conciliar duas teses de difícil conciliação: a de que em casos de clareza da lei não há interpretação (tese formalista do positivismo exegético do século XIX) e a de que o Judiciário não é apenas a boca da lei (tese ceticista que serve como crítica ao positivismo exegético do século XIX). Para tentar agradar (e desagradar) a “gregos e troianos”, o Ministro defendeu que a união estável homoafetiva seria outra forma de entidade familiar, não prevista expressamente no art. 226, mas extraído de uma interpretação sistemática da Constituição, com base em princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, dentre outros, lançando mão, portanto, de uma integração analógica. Deste modo, o Ministro adotou inicialmente o formalismo apenas como estratégia negativa, isto é: para defender uma atuação positiva do Judiciário, começa negando que irá fazê-lo. O jogo de palavras é curioso: nega estar defendendo o reconhecimento da “união estável homoafetiva”, afirmando ser possível, todavia, através de um processo de integração analógica, a “união homoafetiva estável”. Sem dúvidas o voto de maior esforço e de maior confusão hermenêutica.

O Ministro JOAQUIM BARBOSA³¹ inicia o seu discurso afirmando que “estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. [...] É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense AARON BARAK”. Para fundamentar o seu voto, o Ministro³² busca “todos os dispositivos constitucionais que estabelecem direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da

³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 116.

³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 119 e 120.

igualdade e da não-discriminação”. Ao defender a importância do papel do STF em casos difíceis como o em análise, pende o seu discurso para a crítica ao formalismo, dando enfoque na importância da realidade ante o direito positivo.

Metalinguístico é também o voto do Ministro GILMAR MENDES³³ para quem “Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal [...] está dando uma resposta de caráter positivo”. O Ministro comemora a decisão que o Tribunal está tomando e afirma que é um crítico ferrenho da afirmação que o Supremo não pode agir de determinadas formas para não atuar como legislador positivo “ou coisa que o valha”³⁴. Afirma que há uma dificuldade no sistema representativo por conta do preconceito que existe em parcela significativa da sociedade. Defende que os Ministros não podem ler no texto constitucional o que quiserem, “tem que haver um consenso básico”; e que “a expressão literal não deixa a menor dúvida de que estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’”³⁵. Deste modo, afirma ser muito importante que digam de forma muito clara os fundamentos que os levam a decidir numa interpretação diversa da leitura do que está expresso no dispositivo constitucional³⁶. O Ministro GILMAR MENDES³⁷ afirma que há “quase que uma perversão do sistema representativo”: há casos, como o da “Ficha Limpa”, em que “não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo derrubaria”. Ante uma lacuna valorativa ou axiológica, segundo o

³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 122.

³⁴ O Ministro MARCO AURÉLIO interrompe o Ministro GILMAR MENDES durante o julgamento, para endossar a sua opinião, afirmando que se trata de “uma visão míope quanto à atuação do Supremo”. Concordam ambos os ministros, portanto, que a atuação positiva do Supremo é “consequência natural do sistema”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 122).

³⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 124 e 125.

³⁶ Neste ponto, o Ministro é interrompido e complementado pelo Relator AYRES BRITTO, que afirma que nem o Supremo tem o direito de agir de modo voluntarista. O Ministro Marco Aurélio reforça: “a atuação judicante é sempre vinculada à Constituição e à legislação de regência”. E o Relator complementa: “É sempre vinculada e objetiva”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 127).

³⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 140)

Ministro³⁸, há a necessidade de uma solução provisória do Supremo, que deve aplicar o pensamento do possível, reconhecendo a existência da união de pessoas do mesmo sexo e aplicando modelo de proteção semelhante da união estável (naquilo que for cabível), mas sem se pronunciar sobre outros desdobramentos, como casamento, adoção etc. O discurso aqui é, portanto, de tentativa de conciliação da afirmação não-formalista de uma postura positiva do Judiciário e da não-ceticista de que o Judiciário não pode ler o que quiser na Constituição.

O Ministro MARCO AURÉLIO³⁹ ressalta que há “o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais” e que de “nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante”. Entende que a redação do § 3º do artigo 226 da CF não configura um silêncio eloquente, pois há “a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais”. Assim, entende que não há transbordamento dos limites da atividade jurisdicional no julgamento de procedência do pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, pois a literalidade deste dispositivo estaria muito aquém do que consagra a Constituição.

O Ministro CELSO DE MELO⁴⁰ defende que DANIEL SARMENTO⁴¹, apoiado em interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, “corretamente enuncia o exato sentido da norma constitucional em referência”: buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados⁴², não se configurando, portanto, um “silêncio eloquente”. O Ministro⁴³

³⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 194 e 195.

³⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 213 a 215.

⁴⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 234 e 235.

⁴¹ SARMENTO, “Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais”, In *Igualdade, diferença e direitos humanos*, p. 619-659.

⁴² Argumenta o Ministro, com base na referida doutrina, que o dispositivo em discussão foi incluído na Constituição para superar a histórica discriminação que incidiam sobre a relação entre homens e mulheres que não decorresse de um casamento.

⁴³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 239.

chama atenção, ainda, para a função contramajoritário (de proteção das minorias e dos grupos vulneráveis contra as imposições desarrazoadas das maiorias) do STF no Estado Democrático de Direito, pois o “Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem e mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar”. Deste modo, o Magistrado⁴⁴ defende que não se está protagonizando episódio de ativismo judicial exercido pelo STF, pois, dentre outras razões que justificam o comportamento afirmativo do Poder Judiciário, está “a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos”. E explica:

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional ⁴⁵.

O Presidente do STF, Ministro CEZAR PELUSO⁴⁶ afirma que teria dificuldades “de ordem teórica para conhecer das demandas como ações diretas de inconstitucionalidade, não fosse o fato de que o dispositivo no artigo 1723 do Código Civil não é reprodução estrita do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal”. Não seria possível, segundo o Magistrado, cogitar-se de interpretação conforme à Constituição de norma infraconstitucional que se limitaria, nessa hipótese, a reproduzir texto constitucional. Após sustentar argumentação tendente ao formalismo exegético, o Ministro⁴⁷ manda um recado: “o Poder Legislativo deve regulamentar as situações em que a aplicação da

⁴⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 260.

⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 263.

⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 266.

⁴⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 269.

decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional⁴⁸. Fechando, portanto, o seu discurso de modo mais cético, com argumentação que quase explicita que o STF acabara de, fazendo vezes de poder constituinte reformador, criar texto normativo constitucional geral no direito brasileiro, carente de regulamentação por parte do legislador infraconstitucional.

§ 5. **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O embate teórico entre formalismo e ceticismo é útil como lente teórica para a apreensão da realidade jurídica brasileira, pois o conhecimento se produz em duelos retóricos e tensões discursivas. A través da argumentação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é possível visualizar que o senso comum teórico do direito caminha entre essas duas antigas correntes do pensamento filosófico.

A razão parece estar com aqueles que entendem que o direito está no campo do embate de opiniões, e não no campo das verdades científicas, mas isso não parece significar que não sejam possíveis racionalizações sobre o direito. Tal vez o primeiro passo para isso seja justamente apontar para a pouca objetividade da produção normativa, inclusive da jurisdicional.

A realidade se compõe retoricamente de modo que para compreendê-la, no caso do direito, é necessário estudá-la através não apenas de lentes teóricas eficazes para uma boa descrição, mas também da análise da produção normativa pelos aplicadores do direito. Fértil, portanto, é o estudo da produção normativa por parte do STF, para uma compreensão eficaz da realidade jurídica, sobretudo no contexto atual brasileiro, que, conforme ficou claro a partir da análise empreendida do caso paradigmático da ADPF 132/RJ, aproxima-se, gradativamente, da realidade dos países de tradição anglo-americana, ao menos no que se refere à crescente importância dada à autoridade jurisprudencial enquanto fonte do direito.

⁴⁸ O Ministro GILMAR FERREIRA MENDES complementa: “Senhor Presidente, essa observação de Vossa Excelência é importante, até porque algumas tentativas de regulamentação no plano infraconstitucional esbarravam numa possível impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, para aqueles que argumentavam que uma lei seria, de plano, considerada inconstitucional. A decisão do Supremo retira qualquer consideração nesse sentido”. E AYRES BRITTO endossa: “Eu concordo. A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, p. 269).

Os discursos empreendidos pelos Ministros no caso analisado passaram, muitas vezes de forma inconsciente e, conseqüentemente, por vezes, aparentemente paradoxal, entre as perspectivas formalistas e céticas. Ora enaltecendo a função jurisdicional ante a legiferante, ora defendendo a cautela jurisdicional em relação ao espaço do Poder Legislativo, dificilmente algum argumento conseguiu caminhar por um utópico meio-termo entre as duas tendências. A tensão entre esses dois relatos da realidade, que disputam os oradores e os auditórios do direito, ajuda na percepção de que o direito é um processo complexo em que o poder e a ideologia compõem dialeticamente a realidade.

A aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição, no caso em análise, mostrou-se, como uma forma de justificar uma perspectiva positiva do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo. O discurso formalista foi empregado, na maioria das vezes, para tentar amortecer os possíveis impactos negativos (como as críticas relativas à falta de legitimidade democrática para decisões políticas) da atuação protagonista do Judiciário, explicitamente admitida por alguns dos Ministros. O ceticismo mostra-se, ainda que, algumas vezes, de forma tímida e preocupada, no discurso da maioria dos Ministros do STF.

Na queda de braço, portanto, o formalismo tem perdido espaço para o ceticismo, apesar de muitos argumentos formalistas camuflarem o ceticismo adotado pelos Ministros do STF. Percebe-se que, em alguns casos, mesmo os que negam explicitamente estar assumindo um papel de produção de uma nova norma geral (ou melhor, texto geral), implicitamente, admitem estar indo não apenas além do que o Poder Constituinte positivou, mas também contra esta positivação.

Em última análise, pode-se dizer que o que o STF fez foi dar a um dispositivo constitucional “interpretação conforme aos princípios constitucionais”. Uma espécie de “interpretação conforme aos valores constitucionalmente positivados”. Pena que isso não foi explicitamente admitido, pois o senso comum teórico do direito ainda não aceita a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos positivados pelo Poder Constituinte Originário, em face da suposta inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais originárias.

Parece haver no caso em análise, portanto, o reconhecimento implícito pelo STF de que os princípios constitucionais podem ser utilizados para alterar completamente o sentido que o Poder Consti-

tuínte Originário quis dar a uma regra constitucional. O STF adota, consciente ou inconscientemente, a ênfase no protagonismo judicial, pautando-se, para isto, nos princípios constitucionais, que, diga-se de passagem, servem para fundamentar qualquer coisa.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, JOÃO M., *Uma teoria retórica da norma e do direito subjetivo*, São Paulo, Noeses, 2011.
- ARISTÓTELES, *Órganon, categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticadas*, trad. E. BINI, 2ª ed., Bauru, EDIPRO, 2010.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*, Brasília, 5 mai 2011, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.
- BOURDIEU, PIERRE, *Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva*, “Jueces para la democracia”, nº 47, 2003, p. 3 a 5, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668790>
- DESCARTES, RENÉ, *Discurso do método*, trad. E. CORVISIERI, São Paulo, Editora Nova Cultura LTDA, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, TERCIO SAMPAIO, *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*, 6ª ed, São Paulo, Atlas, 2010.
- FOUCAULT, MICHEL, *A verdade e as formas jurídicas*, trad. R. CABRAL DE MELO MACHADO e E. JARDIM MORAIS, Rio de Janeiro, NAU Editora, 2003.
- PEREIRA, OSWALDO PORCHAT, “A autocrítica da razão no mundo antigo”, in SILVA FILHO, WALDOMIRO J. (org.), *O ceticismo e a possibilidade da filosofia*, Ijuí, Unijuí, 2005.
- HART, HERBERT L. A., *O conceito de direito*, trad. ANTÔNIO DE OLIVEIRA SETTE-CÂMARA, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.
- NEVES, ANDRÉ L. BATISTA, *A interpretação conforme à Constituição e seus limites*. Dissertação, vol. 2, 2007, Salvador, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2007.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, *Assim falou Zaratustra. Um livro para todos e para ninguém*, trad. M. DA SILVA, 15ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006.
- PASSOS, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE, *Direito, poder, justiça e processo. Julgando os que nos julgam*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- SARMENTO, DANIEL, “Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais”, in SARMENTO, DANIEL - IKAWA, DANIELA - PIOVESAN, FLAVIA (orgs.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- VIEHWEG, THEODOR, *Tópica e jurisprudência*, trad. T. SAMPAIO FERRAZ JR, Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, LUIZ A., *Introdução geral ao direito*, Porto Alegre, SAFe, 1994.

