

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

JULIANA MARTINS DE SÁ MÜLLER

A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE LACUNA CONSTITUCIONAL À LUZ DO
DIREITO COMO INTEGRIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DA
ATUAÇÃO JURISDICIONAL

JUIZ DE FORA
2011

JULIANA MARTINS DE SÁ MÜLLER

A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE LACUNA CONSTITUCIONAL À LUZ DO
DIREITO COMO INTEGRIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DA
ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora – UFJF/MG como pré-requisito para
a obtenção do grau de bacharel, sob a
orientação do Prof. Dr. Bruno Amaro
Lacerda.

JUIZ DE FORA
2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

JULIANA MARTINS DE SÁ MÜLLER

A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE LACUNA CONSTITUCIONAL À LUZ DO
DIREITO COMO INTEGRIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DA
ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora – UFJF/MG, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel pela
Banca Examinadora composta pelos membros:

() Aprovada com nota _____.

() Reprovada

Data: ____ / ____ / ____.

Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda

Prof. Ms. Leonardo Alves Corrêa

Prof^a. Dra. Waleska Marcy Rosa

Agradeço ao Bruno, por fazer o
melhor para me orientar.
E ao Tadeu, por tudo.

Resumo

Em meio a uma análise interpretativa, discute-se a possibilidade de existirem lacunas em âmbito constitucional. O presente trabalho analisa o que é uma lacuna e como o Judiciário deve colocar-se frente tal situação, de modo a proporcionar uma aplicação do direito de forma íntegra. Para tanto, vale-se da teoria do direito como integridade, Ronald Dworkin, que apresenta um conceito de direito voltado à uma moral institucional, a qual proporcionará não só uma aplicação íntegra do direito, mas também sua criação nesses padrões. O objetivo é determinar se o que falta na Constituição é uma lacuna normativa, a fim de perquirir se o magistrado pode supri-la, diferenciando-se, assim, as lacunas normativas e ideológicas. Essa é uma questão de teoria do direito, mas com grande relevância na prática forense, assim, aplica-se ao caso concreto das uniões homoafetivas, dado o seu papel hermenêutico.

Palavras chave: Lacuna – interpretação Constitucional – Integridade Legislativa – Integridade judiciária – políticas e Princípios

Resumo

Em meio a uma análise interpretativa, discute-se a possibilidade de existirem lacunas em âmbito constitucional. O presente trabalho analisa o que é uma lacuna e como o Judiciário deve colocar-se frente tal situação, de modo a proporcionar uma aplicação do direito de forma íntegra. Para tanto, vale-se da teoria do direito como integridade, Ronald Dworkin, que apresenta um conceito de direito voltado à uma moral institucional, a qual proporcionará não só uma aplicação íntegra do direito, mas também sua criação nesses padrões. O objetivo é determinar se o que falta na Constituição é uma lacuna normativa, a fim de perquirir se o magistrado pode supri-la, diferenciando-se, assim, as lacunas normativas e ideológicas. Essa é uma questão de teoria do direito, mas com grande relevância na prática forense, assim, aplica-se ao caso concreto das uniões homoafetivas, dado o seu papel hermenêutico.

Palavras chave: Lacuna – interpretação Constitucional – Integridade Legislativa – Integridade judiciária – políticas e Princípios

Abstract

Amid a hermeneutic analysis, we discuss the possibility of existent gaps in a constitutional sphere. The present work analyses what is a gap and how the Judiciary should face the situation, in order to afford an appropriate legal application. For so, we take refuge with the Theory of Law as integrity; Ronald Dworkin, who presents a concept of law towards to an institutional moral, which provides not only a complete application of the law, but also its creation in these patterns. The scope is to set down whether what is missing in the Constitution is a normative gap, to investigate minutely whether the magistrate can fill it, making distinction between normative gaps and ideological gaps. This is a question to be answered by the Theory of Law, with great relevance in the forensic practice though; as it applies to the concrete case of same-sex relationships, because of its hermeneutic role.

Keywords: Gap – Constitutional interpretation – Legislative integrity – Legal integrity – Politics and Principles

SUMÁRIO:

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO _____ | 07 |
| 2. A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA E A QUESTÃO DAS LACUNAS _____ | 11 |
| 3. O DIREITO COMO INTEGRIDADE _____ | 17 |
| 4. A INTEGRIDADE E A DINÂMICA DO ORDENAMENTO: UMA ANÁLISE DE CASO _____ | 22 |
| 5. CONCLUSÃO _____ | 26 |
| 6. REFERÊNCIAS _____ | 28 |

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §3º, determinou que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, o que significa que casais nessa situação também recebem proteção do estado, equiparando-se aos casados. A união estável foi regulamentada, nesses moldes, pela lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996 e reafirmada pelo artigo 1.723 do código civil de 2002.

Ocorre que casais homoafetivos, ainda não autorizados a se casar, clamaram pela igualdade de tratamento de seus relacionamentos, buscando adquirir, não só reconhecimento, mas os direitos advindos do instituto da família. A partir daí travaram-se embates jurídicos acerca da possibilidade de regulamentação das uniões homoafetivas, chegando o impasse ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Em 05 de maio de 2011, a Corte Suprema do Brasil decidiu dar provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 4277, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Dentre os argumentos que foram utilizados para conceder tal provimento tem-se o respeito à liberdade individual, inclusive no que se refere ao uso do sexo, e a valorização dos fundamentos e objetivos da República, bem como do direito fundamental à igualdade.

Esse é um posicionamento de grande impacto. A decisão atinge um fim de extrema importância social, mas pode ser criticada pelos meios dos quais se utilizou, uma vez que acabou por se tornar uma decisão política. O papel do Poder Judiciário é o de solucionar problemas de cunho jurídico, por meio de argumentos de princípios, enquanto cabe aos demais poderes as escolhas políticas. Deveria o STF, então, ter decidido a respeito das uniões homoafetivas com base em argumentos de hermenêutica constitucional, interpretando os direitos existentes, como faziam, anteriormente, as instâncias inferiores.

Antes da discussão no Supremo, os tribunais já vinham enfrentando questões atinentes à união homoafetiva. Contudo, diante do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, os juízes necessitavam de um critério de interpretação para que pudessem decidir os casos.

Nesse contexto, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), repetidas vezes (como nos processos números 70003967676, 70030880603 e 70018971804) os casos que lhe chegava com base nos critérios de analogia, costumes e princípios gerais do direito (dado o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). Isso significa que tratavam os impasses em torno desse tipo de união estável como uma *lacuna*, mais especificamente, uma *lacuna da Constituição*.

Essa argumentação utilizada suscita um problema maior, de teoria do direito: *deve-se falar na existência de lacunas no âmbito constitucional?*

A priori tem-se estipulado que o que falta na Constituição é o que o Poder Constituinte Originário escolheu omitir, tratando-se de uma lacuna no sentido político (e não normativo), a qual não cabe ao juiz suprir. Dessa forma, essa omissão não deve ser tida propriamente como uma lacuna, considerando-se que esta só se dá infraconstitucionalmente.

Além disso, é a Constituição que determina a competência do magistrado e, se fosse considerada a existência da referida lacuna, a adoção dos critérios da LINDB daria ao juiz um poder normativo equiparado ao do Constituinte. Assim, preencher o que é considerado ausente na Constituição é uma pretensão que não cabe ao Judiciário, mas sim ao Legislativo, na sua forma de Poder Constituinte Derivado.

Ao se discutir essa questão, de modo geral, objetiva-se compreender o que é, efetivamente, uma lacuna e se ela se dá em âmbito constitucional e, assim, determinar qual tipo de poder o juiz tem em meio a um ordenamento íntegro. Analisa-se, portanto, se o que falta na Constituição se trata de uma lacuna, a fim de perquirir se o magistrado pode supri-la.

Já de modo específico, busca-se promover um estudo do conceito de integridade tanto na criação quanto na aplicação do direito e sua utilização na prática jurídica; além de realizar uma análise crítica das dimensões do Poder Judiciário, confrontando sua relação com o Poder Legislativo e avaliar decisões judiciais e suas fundamentações, tendo em vista a teoria do direito.

Há que se observar, portanto, que as relações homoafetivas se sujeitam a deficiência de normação jurídica, por se tratar de um seguimento social alvo de discriminação. Como bem coloca Maria Berenice Dias (2007), essas relações “são deixadas à margem da sociedade e à míngua do direito”. Tal situação não pode ser

mantida assim, mas ela também não pode ser resolvida apenas com ativismo judicial, se pretende-se um direito íntegro.

Para a discussão do caso em questão, parte-se da teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin (2003). Utiliza-se esse marco teórico, tendo em vista que ele se funda na ideia de que o direito deve ser íntegro, tanto em seu processo de criação quanto de aplicação. Esses vieses legislativo e jurisdicional da integridade importam na coerência de princípios em ambas as situações, determinando que o Estado atue sempre balizado por um conjunto único e coerente de princípios.

A coerência de princípios tem papel de destaque na teoria dworkiniana, uma vez que é tida como uma fonte do direito. Entretanto, para que isso seja possível, faz-se necessária a regência por meio dos princípios da justiça, da equidade e do devido processo legal adjetivo.

A justiça trata da concretização de resultados, moralmente justificáveis; a equidade proporciona que o poder político seja distribuído uniformemente entre todos os cidadãos; e o devido processo legal adjetivo define os procedimentos corretos a serem utilizados em todo julgamento. Destaca-se, contudo, que esses princípios tem igual valor, denotando a importância do procedimento e demonstrando que o caráter procedimental não está subjugado aos demais.

A partir da ideia da integridade, também, diferencia-se política e princípios, sendo que o Direito deve se pautar nestes e não naquela. Inclusive no que toca à colmatação de lacunas.

A estratégia metodológica utilizada é a da pesquisa qualitativa. Para tanto, valer-se-á do método dedutivo de análise de conteúdo; a técnica de pesquisa, portanto, é a de documentação indireta. Dessa forma, a partir dos objetivos traçados, realiza-se o estudo de textos teóricos e jurisprudências para que se construa um sistema analítico de conceitos a ser aplicado na fundamentação jurídica de decisões.

Para maior clareza, o trabalho é desenvolvido em três capítulos. O primeiro versa sobre o que seria efetivamente uma lacuna, além de tratar de especificidades da interpretação em âmbito constitucional. O segundo traz a exposição e análise do marco teórico. Já o terceiro capítulo discute a atuação do Poder Judiciário, como ela é e como ela deveria ser, tendo em vista a integridade tanto na criação quanto na aplicação do direito, em meio aos limites da hermenêutica constitucional, com

ênfase no caso das uniões homoafetivas. Ao fim, conclui-se retomando o exposto de forma crítica, utilizando-se para tal dos objetivos e resultados alcançados.

Este trabalho pretende relacionar a teoria do direito com sua prática forense, delimitando os poderes dos magistrados e a relação existente entre Judiciário e Legislativo. Proporciona-se, assim, que as decisões proferidas, além de serem decisões de justiça, sejam também decisões de direito.

Ele tem importância também por ajudar a compreender a dinâmica do ordenamento jurídico, delineada na aplicação do direito balizado pelos limites dos critérios hermenêuticos, aos quais os magistrados devem se ater.

2 A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA E A QUESTÃO DAS LACUNAS

A ciência do direito não só informa, como também conforma o fenômeno que estuda, influenciando na realidade. Assim, tem caráter tanto informativo quanto diretivo. Ela tem como objeto central o estudo do próprio ser humano que, por seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega sua decisão etc (FERRAZ JÚNIOR, 2003).

Nesse contexto de relações sociais, tal ciência, depara-se com problemas a serem solucionados. Para tanto, há dois possíveis enfoques adotados a fim de se chegar a um consenso: o zetético e o dogmático.

As questões zetéticas tem função especulativa, acentuando o aspecto pergunta; dessa forma, conceitos básicos, premissas e princípios estão abertos a dúvidas. As questões dogmáticas, por sua vez, tem função diretiva e acentuam o aspecto resposta, as premissas são, ao menos temporariamente, inquestionáveis; por isso, diz-se que a dogmática jurídica é dependente do princípio da inegabilidade dos pontos de partida.

A partir do século XIX, começa-se a ter como usual a ideia da mutabilidade do direito, a qual é uma proposição basilar essencial ao fenômeno da positivação. Devido a exigências políticas e econômicas, de segurança da sociedade burguesa, o direito positivo passa a ser uma necessidade, uma vez que é mais manipulável que o consuetudinário, e, assim, a ciência dogmática do direito ganha forças.

Tércio Sampaio (2003, p. 91) traz que a ciência do direito envolve sempre um problema de decidibilidade dos conflitos sociais e, para captá-lo, se articula em diferentes modelos, conforme a maneira que visualiza a questão da decidibilidade.

Ao primeiro modelo dá o nome de analítico, tendo em vista que encara a decidibilidade como relação hipotética de conflitos e decisões, determinando suas condições de adequação. Pressupõe o homem como um ser dotado de necessidades, as quais revelam interesses. Aqui, a ciência do direito aparece como uma sistematização de regras.

O segundo modelo é chamado empírico e vê a decidibilidade como busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético. O ser humano aparece como um ser dotado de funções, se adaptando às exigências

de seu ambiente, e a ciência, nesse caso, é tida como um sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas.

Por fim, o terceiro modelo recebe o nome de hermenêutico. Ele analisa a decidibilidade a partir do ângulo de sua relevância significativa, tratando-se da relação entre a hipótese de conflito e a de decisão, tendo em vista seu sentido. O homem é tomado como um ser cujo agir tem um significado e a ciência do direito se assume como atividade interpretativa.

A interpretação tem extrema relevância ao direito, pois as normas só tem sentido após serem interpretadas. Percebe-se então que ela traz valores, uma vez que o instrumento utilizado pelo direito é a linguagem e a determinação de seu sentido impõe que seja escolhido um significado em detrimento dos demais, sendo estes neutralizados. Portanto, o jurista é responsável não só por conhecer o texto, mas também por delimitá-lo, precisando sua força e seu alcance.

Nesse ponto da atividade interpretativa, a dificuldade do direito surge no tocante à aplicação da norma ao caso concreto.

Existem diversas questões de indeterminação normativa e cabe àqueles que atuam no judiciário encará-las. Para Hans Kelsen (2003), essa indeterminação pode ser intencional ou não-intencional. A primeira diz respeito à vontade do legislador, que pode deixar certas questões em aberto, e a segunda acontece uma vez que a palavra é plurívoca e, devido aos seus vários significados, pode ter várias interpretações.

Antes de Kelsen, o qual foi um marco para a teoria do direito, buscava-se uma teoria dogmática da interpretação, realizando-se, inclusive, uma interpretação mecanicista. Ele é contrário a uma teoria da interpretação, pois não acredita que haja um meio de se chegar a uma interpretação única, mais correta que as demais.

Kelsen (2003) determina que a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Para ele o direito a ser aplicado forma uma moldura, a qual guarda em seu quadro as várias possibilidades de interpretação a serem escolhidas pelo órgão aplicador. A escolha que elege a possibilidade considerada mais adequada dentre as demais na norma-quadro é um fato que combina uma operação de conhecimento jurídico com um ato de vontade do aplicador do direito.

Hoje, há diversos métodos interpretativos. Mas pode-se dizer que Kelsen enuncia e problematiza uma questão ainda hoje sem consenso: existe uma verdade hermenêutica?

Raul Canosa Usera (1988, p. 55) ensina que a matéria objeto de cada interpretação é o que outorga, dentre as possibilidades existentes, o caráter do trabalho hermenêutico que sobre ela recai.

Adentrando especificamente na interpretação em âmbito constitucional, cabe ressaltar que as disposições constitucionais regulam situações eminentemente políticas. Essa natureza dá personalidade ao texto fundamental e justifica sua interpretação por meio de uma dogmática específica, diferente da utilizada nos demais ramos do direito. Todavia, isso não implica em dizer que a hermenêutica constitucional se enquadre na interpretação intuitiva; ela tem, sim, caráter jurídico, uma vez que o viés político não faz sucumbir a juridicidade da interpretação (USERA, 1988, p. 56).

Ao se tratar da Constituição, tem-se uma interpretação especializada, porque o objeto interpretativo é de caráter especial. Usera (1988) enumera algumas características que lhe confere essa especialidade: a Constituição é a fundadora do Estado e estabelece o modo de funcionamento do ordenamento jurídico; ela também tem eficácia normativa vinculante e necessária abstração e generalidade. Nesse sentido é necessário interpretar a fim de aplicar todas as normas, incluindo as constitucionais. Contudo, devido a seu grande campo de atuação, há que se levar em conta também a ideologia constitucionalmente adotada.

Com o movimento de constitucionalização, todos os ramos do direito se voltam para a Constituição Federal e ela passa a ser o norte de todo o ordenamento jurídico. Sabendo que ela é o centro do ordenamento, há que se discutir, então, em que consiste esse ordenamento.

A noção de ordenamento foi introduzida pelos positivistas jurídicos, e em princípio, refere-se a um conjunto de normas, mas não se limita a tal. Tércio Sampaio (2003) descreve o ordenamento jurídico como um sistema, qual seja a junção da estrutura, que é a forma como as normas estão arranjadas e se relacionam, ao repertório, o qual combina os elementos normativos e não-normativos.

O ordenamento é um sistema dinâmico, o que significa que não há um conteúdo pré-fixado. A dinamicidade é proporcionada por uma norma que dispõe sobre a forma de criação de outras normas, permitindo a evolução do sistema.

A esse ordenamento atribui-se três características: a unidade, a coerência e a completude, objetivando-se que ele seja coeso, coerente e completo.

Basicamente, a unidade é fornecida pela norma fundamental, a qual, sendo um pressuposto a que todos devem respeitar, torna o sistema homogêneo, e a coerência, por sua vez, se dá quando o ordenamento é livre de antinomias, que ocorrem quando há normas versando de forma contrária sobre dada situação, no mesmo âmbito de validade.

Quanto à completude, ela diz respeito ao ordenamento sem lacunas, havendo uma norma para cada caso ou um meio de suprimir-lhe a falta. Essa característica relaciona-se à concepção do ordenamento como um sistema dinâmico, tendo em vista que o sistema evolui conforme interessa à sociedade e sua própria evolução.

Há que se dizer então que as lacunas são problemas jurídico-políticos, caracterizados por um descompasso entre a produção normativa estatal, o litígio jurisdicionalizado e a dinâmica social. As relações sociais e, conseqüentemente, seus conflitos, objetos de análise da ciência do direito, estão em contínua transformação, o que não é acompanhado pelo exercício estatal de positivação das normas.

Começa-se a falar em lacunas a partir da centralização do poder nas mãos do estado, pois este traz a onipresença do legislador e seu domínio na produção de normas. Nesse contexto, o legislativo passa a ter que observar aos anseios sociais, mas sua produção normativa é dissonante quando com o rápido avanço social. Portanto, à medida que a legislação envelhece se torna deficiente, apresentando lacunas.

A fim de se determinar o que é uma lacuna, há que se observar que lacuna e silêncio da lei não são sinônimos. Quando o legislador não inclui, intencionalmente, certa disposição em lei, tem-se aí um silêncio eloquente (LARENZ, 2001, p. 363), o qual, por si só, já traz uma disposição.

Há que se falar em lacuna quando falta no ordenamento uma regra que não foi deixada ao “espaço livre do direito”, como ensina Larenz (2001, p 364), no qual a ordem jurídica renuncia conscientemente a uma valoração para deixá-la aberta a moral individual. Por mais que possa ser duvidosa a delimitação do que está contido

nesse espaço livre e o que constitui a esfera de necessária regulação jurídica, isso é relevante, pois somente o que falta no âmbito de necessária regulação jurídica é que se pode chamar de lacuna.

Há várias espécies de lacunas, como: as intencionais e as não intencionais; as manifestas e as ocultas; as iniciais e as posteriores; mas existem dois tipos fundamentais, enumeradas por Zitelmann como autênticas e não autênticas, as quais Larenz (2001) nomeia como lacunas normativas e lacunas de regulação e que a maioria da doutrina chama de próprias e impróprias.

As primeiras dizem respeito à incompletude de dada norma. Ela acontece quando, a partir da lei, não pode ser encontrada uma decisão. É uma lacuna do sistema ou de parte dele. Esse tipo de lacuna pode ser eliminada em face das leis vigentes e é facilmente colmatada por meio da atuação do intérprete.

Já as segundas vinculam-se à falta de certa regulação para uma questão específica. Há um fato típico previsto em lei, mas a solução ligada a ele não é a desejável. Como ensina Norberto Bobbio (1994, p.140), esse tipo de lacuna deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal. Para que possam ser eliminadas, as lacunas não autênticas necessitam da formulação de novas normas e só podem ser completadas pela ação do legislador.

A partir dessa classificação infere-se o que é realmente uma lacuna, qual seja a lacuna autêntica, normativa, própria. O outro tipo, que diz respeito à incompletude do sistema comparado a um sistema ideal, traz lacunas ideológicas, com as quais os juristas não deveriam se preocupar.

As lacunas ideológicas não dizem respeito à falta de uma solução, mas sim à falta de uma solução satisfatória. Não se fala, portanto, na ausência de uma norma, mas na ausência de uma norma justa, a qual se desejaria que existisse embora ela não exista. Analisa-se aqui o ordenamento como ele deveria ser e não como ele realmente é, diferentemente do que ocorre com as lacunas reais (BOBBIO, 1994).

Todo e qualquer sistema jurídico é permeado por lacunas ideológicas, uma vez que o ordenamento positivado não é perfeito e, como já dito, sua produção não acompanha os anseios sociais. O direito moderno positivado é o direito que surge com o capitalismo; assim, a ideologia que ele traz é a do século XVIII. Ele é aplicado a uma sociedade que não corresponde a essa ideologia mais, fazendo com que surjam uma série de lacunas ideológicas.

No caso de a lei conter lacunas, a faculdade de desenvolver os direitos compete indiscutivelmente ao Judiciário, que deve utilizar-se da dogmática hermenêutica para preencher tais lacunas. O ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, dispõe, na lei de introdução às normas do direito brasileiro, que o juiz não pode se escusar de resolver uma caso devido à ocorrência de uma lacuna.

O artigo 4º traz precisamente que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, ao costumes e os princípios gerais de direito. Com isso, reconhece-se que o juiz está autorizado a julgar com equidade, dessa forma o ordenamento não precisa ser preventivamente completo, uma vez que é completável (BOBBIO, 1994, p. 119).

Ressalta-se, entretanto, que a utilização da teoria da interpretação pelo judiciário para a supressão de lacunas diz respeito apenas aos casos em que se tem efetivamente uma lacuna, ou seja, não se aplica as chamadas lacunas ideológicas. Além disso, ao se falar nos critérios de integração do direito, a interpretação é a responsável pelo preenchimento das lacunas.

Retornando-se ao âmbito constitucional, há que se falar em lacunas uma vez que o sistema, nesse ponto, é especializado?

A fim de que se responda a essa indagação faz-se necessária a utilização de um marco teórico, o qual proporcionará um sistema analítico de conceitos para que se discuta essa questão.

3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

O direito é um fenômeno social de prática argumentativa, cujo objetivo é solucionar conflitos. Para isso, como ensina Dworkin (2003, p. XI), ele deve ser visto a sua melhor luz, de modo a garantir um equilíbrio entre a jurisdição tal como é encontrada e a melhor justificativa para sua prática, o que se dá através de uma interpretação construtiva.

Essa interpretação consiste em impor um propósito ao objeto, a fim de torná-lo o melhor possível. Todavia, para que se faça essa análise, há que se levar em consideração sua história, uma vez que esta exerce uma espécie de coerção sobre as interpretações disponíveis.

Tendo visto o direito como um conceito interpretativo, tem-se que considerar que seu aplicador avalia o procedimento de aplicação do direito numa perspectiva de construção institucional de princípios morais. Dada a importância dos aspectos morais, Dworkin (2006) procura demonstrar a relação entre direito e moral colocando o primeiro como um departamento da segunda, embora sejam distintos substancialmente.

Observando essa complementaridade, e partindo do fundamento que o escopo central do direito é a justificação das decisões institucionais, ele elabora a concepção do direito como integridade. Proposta a qual passa, necessariamente, pela análise crítica das correntes convencionalista e pragmatista.

O convencionalismo traz uma visão prospectiva do direito, apresentando-o preso aos precedentes, dependente de convenções jurídicas, quais sejam formas normativas pré-estruturadas e com grande rigidez interpretativa. Os convencionalistas entendem que o direito se encerra nas convenções preestabelecidas pelo legislador, resumindo-o à aplicação de tais convenções ao momento presente.

A tentativa do convencionalismo, entretanto, de se apoiar nos precedentes, reduzindo a ideia de direito às decisões do passado, se esvazia quando o juiz tem diante de si um caso em que a lei é silente. As convenções não conseguem abarcar a todas as situações fáticas; por mais imaginativo que seja o legislador, o direito por convenção não possui solução estruturada aos novos conflitos, uma vez que estes

surgem constantemente. Nessa situação, as decisões acabam sendo tomadas de forma discricionária, sendo possível ao juiz criar um novo direito, em um caso no qual não havia direito algum, utilizando-se de padrões extrajurídicos para tanto.

Já o pragmatismo parte do outro extremo, negando que as decisões encontrem justificção nos precedentes. Traz um aspecto cético do direito, uma vez que desconsidera a existência de pretensões juridicamente tuteladas. O direito, portanto, é interpretado em consonância com os resultados, tendo como foco as consequências das decisões, devendo estas ter o condão de melhorar o futuro da comunidade.

Os pragmatistas, então, ao decidirem um caso, devem ater-se aos objetivos e alcançá-los por qualquer método eficaz, evidenciando que nos casos de aplicação do direito os meios não tem relevância, importam apenas os resultados. Isso denota uma grande flexibilidade nessa teoria, dado que se alterando os objetivos, alteram-se as regras.

A vertente pragmatista, ainda, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, mas explica que, por vezes, os juízes agem “como se” houvesse esses direitos, pois, em longo prazo, esse modo de agir servirá melhor à sociedade.

Essas duas concepções de direito analisadas terminam por ignorar que um Estado de Direito é guiado, antes de tudo, por princípios. Dessa forma, tanto o pragmatismo, ao instrumentalizar os direitos, quanto o convencionalismo, ao defender uma rígida obediência à convenção, desconsideram a existência de um conjunto coerente de princípios que devem endossar as decisões e acabam por não levar os direitos a sério.

A integridade, por sua vez, surge como uma alternativa aos problemas apontados nas duas vertentes, tendo em seu cerne a questão da coerência de princípios. Antes de se explicitar as vicissitudes da mesma, cabe ressaltar que, segundo Dworkin (2007) os princípios tem grande importância para a justificção das decisões, pois dizem respeito a um padrão que deve ser observado por exigência de alguma dimensão moral.

Eles diferenciam-se da política, uma vez que esta se dá por meio de um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, de modo geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

As decisões judiciais devem se basear em argumentos de princípios, quais sejam aqueles que justificam uma decisão mostrando que ela respeita direitos

instituídos a uma classe de indivíduos. Diferentemente do que acontece nos argumentos de política, pois estes justificam uma decisão mostrando que ela fomenta ao protege algum objetivo coletivo, da comunidade como um todo (DWORKIN, 2007). Esse tipo de argumento estabelece um fim, não um direito, cabendo apenas nas questões políticas, mas nunca nas jurídicas.

O direito como integridade vê a coerência de princípios como uma fonte de direitos, supondo que as pessoas detêm direitos e que estes extrapolam a extensão explícita das práticas políticas tidas como convenções. (DWORKIN, 2003). Aqui, tanto não se nega o respeito às decisões do passado, como se defende sua necessidade, embora não como um fim em si mesmo, mas sim como uma conduta coerente com os princípios que fundamentam todo o ordenamento jurídico. O direito como integridade vê as afirmações jurídicas como opiniões interpretativas que combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a prática jurídica como uma política em desenvolvimento.

Em meio ao cenário da coerência de princípios, tem-se o Estado atuando vinculado a uma moral institucional, com a qual está comprometido. Isso porque o conjunto único e coerente de princípios que o cerceia advém de uma comunidade personificada, a qual o direito é referenciado.

A integridade não descobre nem inventa o direito, não pretende, assim, recuperar o passado, nem projetar o futuro. Seu objetivo é interpretar o direito presente, o que faz com base nos princípios eleitos pela referida comunidade, por isso é tão importante entendê-la.

A comunidade política é um ente que possui princípios e responsabilidade moral próprios, que não se confundem com as concepções particulares do grupo dominante. Ela é reflexo de uma necessária personificação do Estado, sendo uma espécie de ente distinto de seus cidadãos. Tal personificação política permite tratar o Estado como uma pessoa autônoma, moralmente comprometida com os princípios que a informam, uma vez que é instruída pelos valores compartilhados pela sociedade.

Tendo em vista que é essa comunidade fraterna quem determinará quais princípios devem ser atendidos na justificação das decisões estatais, torna-se um pressuposto que ela esteja fundada em três pilares, quais sejam: a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, observando que são eles que vão tornar as proposições jurídicas substancialmente válidas e justificadas. Em suas

dimensões políticas, a justiça se apresenta como uma questão de resultados, tratando da conformidade que deve haver as consequências concretas das decisões e a moral pública; a equidade proporciona a cada cidadão o mesmo grau de influência política nas decisões tomadas pelo Estado; e o devido processo legal adjetivo é responsável por definir os procedimentos nos quais se dará o exercício democrático.

Cabe dizer que a essas três virtudes atrelam-se a integridade a partir do momento que esta passa a ser vista também como um ideal político, dado o compromisso com a coerência de princípios e a importância da comunidade fraterna para a legitimidade política. Assim, a concepção íntegra de justiça impõe que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. Quanto à integridade da concepção de equidade, ela exige que os princípios morais necessários à justificativa da autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. Por fim, uma ideia de devido processo legal adjetivo em meio à integridade determina que os procedimentos previstos sejam obedecidos nos julgamentos, objetivando-se alcançar o equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito (DWORKIN, 2003, p. 203).

Além dessas três exigências apresentadas, a integridade ainda traz mais outras duas, que podem ser divididas nos princípios da integridade na legislação e da integridade no julgamento. Isso porque a integridade é um ideal de construção e um método de interpretação do direito, buscando, essencialmente, a coerência de princípios, que deve estar presente tanto na criação quanto na aplicação do direito.

A integridade na legislação diz respeito aos que criam o direito por meio das leis, objetivando que o mantenham coerente com os princípios da comunidade personificada. Dessa forma, pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente. Afirma Dworkin (2003) que nenhuma interpretação competente da prática política pode ignorar tal princípio.

Já a integridade no julgamento, relacionando-se aos aplicadores do direito, pede que estes façam cumprir a lei guardando coerência com os mesmos princípios. Ela vincula-se à integridade legislativa, uma vez que, havendo uma legislação íntegra, é mais palpável a integridade da concepção de direito em âmbito jurisdicional.

Dworkin (2003, p. 215) aponta ainda que uma sociedade que aceita a integridade em seus dois vieses, jurídico e legislativo, como uma virtude política torna-se um tipo especial de sociedade. Assim, defende que a legislação formal tem um compromisso subjacente com uma concepção pública mais fundamental de justiça, fazendo com que a obrigação política deixe de ser apenas uma questão de obedecer às decisões da comunidade. Tem-se, então, como consequência a noção de fidelidade ao sistema de princípios, em que cada cidadão passa a reconhecer sua responsabilidade para com a comunidade a qual pertence.

Tamanha é a importância da moral institucional e do reconhecimento de pertença à comunidade que o juiz deve aplicar a moralidade política mesmo que ela vá de encontro a suas convicções pessoais. Observa-se que não se trata de ausentar as decisões da análise subjetiva do julgador, mas sim limitar essa análise através dos princípios norteadores de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo.

O direito, enfim, é um conceito interpretativo. Uma atitude, que é, ao mesmo tempo, interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido; contestadora, tornando todos os cidadãos responsáveis por guardar os princípios com os quais sua sociedade se compromete; construtiva, ao colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor mantendo a boa-fé com relação ao passado; e fraterna, uma vez que expressa a união da comunidade apesar dos interesses individuais (DWORKIN, 2003, p. 492).

Ressalta-se que, na teoria do direito como integridade, a lacuna não é o objeto central, uma vez que há de ser solucionada por meio de princípios. Entretanto, ao dar continuidade à narrativa do direito, vincula-se e limita-se pelo poder que exerce na perspectiva de interpretar o direito e seus princípios.

É a partir dessa análise conceitual realizada que se perquirirá de forma crítica que tipo de direito o judiciário brasileiro está construindo. Discutindo-se se a hermenêutica constitucional vem se dando com base em um direito íntegro.

4 A INTEGRIDADE E A DINÂMICA DO ORDENAMENTO: UMA ANÁLISE DE CASO

Recentemente foi discutida no STF a possibilidade de se realizarem uniões estáveis com pessoas do mesmo sexo e a Corte Suprema do Brasil posicionou-se de modo a reconhecer esse tipo de união. A discussão chegou ao Supremo a partir do crescente número de demandas, propostas por casais homoafetivos, que buscavam não só reconhecimento social como também os direitos advindos do instituto da família.

Isso porque a Constituição, em seu artigo 226, parágrafo 3º, reconheceu como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, o que significa que os casais nessa situação, embora não casados, receberiam proteção estatal como se casados fossem, realizando entre eles uma equiparação. Nesses moldes a união estável foi reconhecida por lei.

Em relação à homoafetividade, o impasse girava em torno da expressão “homem e mulher” trazida pela norma constitucional. O STF decidiu argumentando com base no princípio da igualdade e no respeito à liberdade individual, mas não trouxe critérios principiológicos de hermenêutica, proferindo então uma decisão política. Trata-se de uma decisão de grande importância social, mas não de uma decisão jurídica.

As instâncias inferiores, por sua vez, antes do julgamento do Supremo, quando tinham que solucionar esse tipo de caso que lhes chegavam, o faziam por meio de critérios hermenêuticos válidos. O TJRS analisou e julgou essa questão inúmeras vezes, e proferiu sempre decisões jurídicas e não políticas, uma vez que considerava que a expressão “homem e mulher”, trazida no texto constitucional, denotava uma lacuna.

Assim, adotavam os critérios de analogia, costumes e princípios gerais do direito, trazidos pelo artigo quarto da LINDB, para dirimir tais questões. Maria Berenice Dias (2007, p. 184) diz expressamente que em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador deve o juiz cumprir a lei valendo-se de tais critérios.

Esse entendimento, como se procura demonstrar, apesar de possuir um sentido hermenêutico, não está correto.

Tem-se que é papel do Poder Judiciário desenvolver a aplicação do direito nos casos em que a lei apresentar lacunas. Para isso há que se observar que se a lei não for incompleta, mas defeituosa, não se deve falar na colmatação de lacunas por parte do aplicador do direito, e sim na superação dessa lei.

Ao se tratar das lacunas, é necessário que se tenha em mente que o conceito ao qual se remete é o de lacunas próprias, autênticas, que são relacionadas à incompletude de uma norma. Não se alude às lacunas impróprias, lacunas de regulação, as quais se dão de forma ideológica, uma vez que a estas não cabe a apreciação jurisdicional.

A teoria dworkiniana não diz respeito essencialmente a uma teoria sobre o preenchimento de lacunas, mas ela demonstra o que é, efetivamente, o direito e como ele deve ser aplicado. Há uma racionalidade nessa aplicação, ela não é mero ato de vontade. A aplicação íntegra do direito garante a segurança jurídica e evita que o juiz se transforme em uma espécie de legislador, o que feriria a separação dos poderes.

É uma teoria normativa, portanto, apta não apenas a identificar a lei, mas também a justificá-la moralmente do melhor modo possível. Sua principal preocupação é afastar a possibilidade da edição, por parte do juiz, de novas leis, criadas pós-fato, desconsiderando, desse modo, direitos individuais pré-existentes.

As decisões judiciais, então, devem se preocupar com esses direitos e não com a delimitação de um bem comum, o que deve ficar a cargo da política. Aqui, há que se observar que a política tem como base a implementação de algum bem coletivo e não o respeito a algum direito.

Em meio a esse cenário, observa-se que as lacunas próprias são facilmente solucionadas através da utilização de princípios coerentemente arranjados. Já quanto às lacunas impróprias, a estas não cabe a análise judicial, tratando-se de uma questão de política, a qual deve ser solucionada pelo Poder competente, no caso, o Legislativo.

Dworkin aponta que a virtude da integridade deve estar presente na aplicação do direito, mas também na criação do mesmo, o que significa que nas questões atinentes ao Legislativo ele também deve ser íntegro. Dessa forma, o Judiciário se põe diante do silêncio da lei solucionando-o apenas nos casos que realmente lhe couber, devendo as lacunas ideológicas serem supridas sem sua atuação.

Nesse ponto observa-se que a política deve ser coerente com os princípios e atender aos anseios da comunidade personificada, a qual, respeitando os princípios da justiça, da equidade e do devido processo legal adjetivo criará um direito íntegro, tanto do ponto de vista legislativo quanto jurisdicional. Isso porque, a integridade legislativa vai buscar a coerência de princípios na edição das normas e a integridade jurisdicional vai mantê-la ao realizar a aplicação das mesmas normas.

É papel fundamental do direito a ser aplicado guiar e restringir o poder do Estado, sendo visto como um sistema de direitos e responsabilidades. Uma vez que decida, o estado, em que medida vai reconhecer um direito, ele deve aplicar integralmente essa decisão. Todavia, o Estado é dividido em três distintas formas de poderes, que se relacionam harmonicamente, mas limitados uns pelos outros. É papel específico do Poder Legislativo a instituição de um direito, não cabendo tal função ao judiciário.

Como ambos são parte do Estado, isso pode parecer mera questão procedimental, mas para que o conteúdo de dada decisão estatal seja considerado, o procedimento precisa ser respeitado. Desataca-se aqui o princípio do devido processo legal adjetivo, no qual Dworkin apresenta um procedimentalismo aprofundado, sem desmerecer sua importância frente aos demais princípios.

Ao judiciário, através da Corte Suprema, cabe a guarda da Constituição Federal. Em termos constitucionais, a interpretação das normas, principalmente no tocante a referida questão das lacunas se dá de um modo um pouco diferenciado.

Isso se deve ao fato de que as disposições constitucionais são eminentemente políticas, que, a fim de serem interpretadas, tem que levar em conta a base ideológica na qual se fundam. Casos não regulamentados na Constituição são tidos como omissões legislativas não abarcadas pelo conceito de lacunas normativas. Aqui, há que se falar no silêncio eloquente da Constituição.

O Constituinte Originário, tendo como base uma ideologia constitucional fundada nos primórdios do direito moderno, optou por deixar de fora da carta maior certas disposições, as quais não cabem aos juízes suprir. Não se pode criar direitos discricionariamente, uma vez que a integridade envolve questões de princípios; dessa forma, espera-se a atuação do Constituinte Derivado para que este possa enfrentar essas lacunas, que nada mais são que lacunas em seu sentido político, ideológico.

Não cabe aqui a utilização da teoria da interpretação pelo judiciário para a supressão de lacunas, pois ela diz respeito apenas aos casos em que se tem efetivamente uma lacuna em seu sentido jurídico, ou seja, não se aplica às chamadas lacunas ideológicas. Além disso, tratando-se do âmbito constitucional, a atuação jurisdicional há de ser limitada, uma vez que é a Constituição quem confere poder aos magistrados; caso fosse considerada a existência de uma lacuna normativa no bojo da constituição, a adoção dos critérios da LINBD daria aos juízes um poder equiparado ao do Constituinte.

Percebe-se, portanto, que nos casos em que a Constituição é silente o é por uma questão ideológica. Sendo essa ideologia não mais condizente com a sociedade a qual se refere, uma vez que a comunidade está em constante transformação, a fim de se atender aos anseios da comunidade personificada, há que se realizar uma reforma legislativa.

Nesse sentido tem-se que solucionar o impasse acerca das uniões homoafetivas não cabia ao Poder Judiciário. Cabia, sim, ao Legislativo, através da atuação do Poder Constituinte Derivado, o qual deveria suprir a lacuna política trazida no silêncio da Constituição quanto ao tema.

Nas referidas decisões, os juízes atuaram como uma espécie de legisladores, criando direitos e ferindo a separação de poderes, o que não deveriam fazer em respeito a um ordenamento íntegro.

5 CONCLUSÃO

Foram discutidos aqui os limites de atuação do Poder Judiciário no tocante à interpretação, principalmente no que se refere a questão das lacunas, em âmbito constitucional. Para tanto, fez-se necessária a análise dos critérios de hermenêutica e suas peculiares no que tange à Constituição, ou seja, afirmou-se que a Carta Maior tem que ser interpretada de modo a se referenciar à ideologia que a garante, observando-se sempre a grandeza de sua dimensão política.

Aliado a essa ideia analisou-se também o conceito de lacuna, determinando o que realmente pode ser enquadrado como tal, a fim de se concluir se o que falta na Constituição configura uma lacuna normativa ou não. Percebeu-se que existem dois tipos fundamentais de lacunas, as próprias e as impróprias.

As primeiras dizem respeito a um silêncio do legislador que não está abarcado pelo espaço livre do direito, devendo ser colmatadas pelo aplicador do direito, através de uma interpretação balizada por um conjunto coerente de princípios. Já as segundas são lacunas ideológicas que aparecem quando o ordenamento, como é, é confrontado com aquilo que ele deveria ser. Essas lacunas não devem ser apreciadas pelo Judiciário, uma vez que importam questões políticas e não de direito.

Todavia, não bastava trazer essas questões sem aplicá-las a um conceito de direito. Para tanto, utilizou-se da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, uma vez que esta destaca o papel do aplicador do direito e permite que se avalie as decisões estatais remontadas a um conjunto lógico e coerente de princípios, referenciando-as a uma moral institucional. Assim, as decisões tomadas devem revelar as ideologias e os anseios da chamada comunidade personificada.

Esse referencial teórico destaca a relevância da substância moral nas escolhas da comunidade e denota a importância das decisões serem remetidas a princípios, não só em meio ao judiciário, mas também quando se tratam de questões legislativas. A integridade, ainda, em ambos os casos fundada na coerência de princípios, se destaca também fonte de direitos.

Por fim, ele permite delimitar também o que são decisões políticas e o que são decisões jurídicas, estabelecendo os limites de atuação dos poderes.

A partir de todos esses conceitos averiguou-se as decisões judiciais acerca das uniões homoafetivas. Percebeu-se que, ao definir a questão acatando esse tipo de união, o que nenhuma norma fez expressamente, o STF adotou uma posição política, não estando apoiado em critérios jurídicos. Já as instâncias inferiores, especialmente o TJRS, que discutiam essa questão antes da pacificação pelo Supremo, utilizavam-se do argumento de que havia uma lacuna na Constituição no tocante a essa matéria.

Defende-se, contudo, que esse posicionamento não é adequado, apesar de ser jurídico, uma vez que na Constituição não há que se falar em lacunas no seu sentido jurídico. Confirmou-se a hipótese de que o que falta na Constituição é o que o Poder Constituinte Originário escolheu omitir, tratando-se de uma lacuna no sentido político e não no sentido normativo, a qual não cabe ao juiz suprir. Além disso, foi confirmado que é a Carta Maior quem determina a competência do magistrado e, se fosse considerada a existência da referida lacuna, a adoção dos critérios da LINDB daria ao juiz um poder normativo equiparado ao do Constituinte.

Constatou-se, enfim, que essa é uma questão política, assim sendo, sua solução deve dar-se através do Legislativo e não do Judiciário. Para que essa seja uma questão de direito baseada na integridade ela deve ser corrigida pelo Poder constituinte derivado, o único com competência para tanto. Observa-se que ele deve manter a coerência de princípios, criando esse direito nos moldes que anseia a comunidade fraterna.

Não se está dizendo que as uniões homoafetivas não se sujeitam a deficiência de normação jurídica, pelo contrário. Trata-se de um seguimento social alvo de discriminação, o qual não deveria estar à margem do direito. Entretanto, tal situação não pode ser resolvida apenas com ativismo judicial, é necessário que se mantenha a separação entre os poderes a fim de que se vivencie um direito realmente íntegro.

6 REFERÊNCIAS:

BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>> Acesso em: 06 de junho de 2011.

BUSTAMANTE, T. R. *Teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos morais difíceis*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COSSIO, Carlos. Las lagunas del derecho. In: *Colección Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 221 – 289.

DIAS, M. B. Direitos Humanos e Homoafetividade. In: *Revista de Direito do Cesusc*. 2007, p. 181 – 195.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Justice in robes*. Cambridge: The Belknap press of Harvard University press, 2006.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito, Técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp 193-247.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. Ariel Derecho. 2ª ed. Barcelona, 2001.

MACHADO, J. B. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002.

USERA, R. C. *Interpretacion Constitucional y Formula Politica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.