

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

YNES DA SILVA FÉLIX

OSCAR SARLO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Oscar Sarlo, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-367-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Filosofia do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

A obra coletiva que ora apresentamos reúne 15 artigos selecionados e defendidos no Grupo de Trabalho intitulado “FILOSOFIA DO DIREITO I”, durante o XXV Congresso do CONPEDI, ocorrido entre 07 e 10 de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba-PR, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, evento realizado em parceria com o Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

Os trabalhos que compõem esta obra revelam rigor técnico e profundidade, fornecendo ao leitor segura e original fonte de pesquisa. Iniciamos com um debate antigo sobre a moral e o direito, porém agora revisto a partir da proposta parlamentar de conceituar família no artigo “A imposição de uma moral por meio do direito: o que diria Hart sobre o Projeto de Lei nº 6.583/2013?” e seguimos com “A unidade do valor como teoria da interpretação”, “Aparelhos ideológicos de estado: a reforma de governo e a desburocratização”, “As sutilezas do poder: revisitando o conceito de estado de exceção à luz de Giorgio Agamben”, “Crítica multiculturalista ao liberalismo igualitário: contribuição a partir do pensamento de Charles Taylor”, “Direito e interdisciplinaridade: o direito das minorias linguísticas na perspectiva da filosofia da linguagem”, “Direitos humanos (pós-humanos)? Aproximações de fundamentação a partir da filosofia da tecnologia”, “Direitos humanos entre universalismo e multiculturalismo: alternativas fornecidas pela pesquisa racional fundada na tradição”, “Ética, moral e direito: um diálogo com Émile Durkheim”, “Lugar epistemológico da coação no Direito”, “O sentido da existência e o papel do direito no projeto de vida”, “Proatividade interpretativa do Judiciário e teoria crítica”, “Thomas Hobbes: um estudo a partir de Norberto Bobbio”, “Tolerância, razão pública e liberdade de expressão em “o liberalismo político” de John Rawls”, findando com “Um acerto de contas entre o Direito e a Filosofia”.

Conforme podemos constatar, todos os trabalhos apresentam grande relevância para a pesquisa jurídica e mostram preocupação em fazer uma leitura da realidade e do direito fundamentada nos mais notáveis filósofos, perpassando por textos e autores clássicos e chegando aos contemporâneos, com desenvoltura para refletir, questionar e propor alternativas.

Nesse sentido, enxergamos nas diversas análises e ideias debatidas no GT que a presente obra contribuirá definitivamente para a pesquisa científica no direito. Tenhamos todos uma excelente leitura!

Coordenadores:

Oscar Sarlo – Facultad de Derecho/Universidad de la República

Ynes da Silva Félix – Fadir/UFMS

A IMPOSIÇÃO DE UMA MORAL POR MEIO DO DIREITO: O QUE DIRIA HART SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 6.583/2013?

THE IMPOSITION OF A MORAL BY LAW: WHAT WOULD HART SAY ABOUT BILL NO. 6583/2013?

Marianny Alves ¹
Ynes Da Silva Félix ²

Resumo

O trabalho a seguir diz respeito a um estudo bibliográfico e documental, de cunho exploratório, que se utiliza do método dedutivo. Intui-se investigar qual seria a posição do inglês Herbert Hart, teórico do direito, sobre o Projeto de Lei nº 6.583 de 2013, popularmente conhecido como Estatuto da Família. Trata-se de uma discussão teórica que, ao problematizar a relação entre o direito e a moral, na perspectiva de Hart, levanta a hipótese de que o referido projeto teria por intuito a imposição de determinados valores morais a toda a população por meio do direito.

Palavras-chave: Direito e moral, Estatuto da família, Hart

Abstract/Resumen/Résumé

The following work concerns a bibliographical and documental study of an exploratory nature, which uses the deductive method. The investigation of what would be the position of Englishman Herbert Hart, theorist of law, on Bill No. 6583 of 2013, popularly known as the Family Statute, is intended. This is a theoretical discussion that, by problematizing the relationship between law and morality in Hart's perspective, raises the hypothesis that referred project has the intention of imposing certain moral values to the entire population through the Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and moral, Family statute, Hart

¹ Pós-graduanda stricto sensu pelo Programa de Mestrado em Direito da UFMS. Especialista em Direitos Humanos pela UEMS. Graduada em Direito pela UEMS. Bolsista pelo Programa de Bolsas da CAPES.

² Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela PUC-SP. Graduada em Direito pela UCDB. Professora permanente do Mestrado em Direito da UFMS. Diretora da Faculdade de Direito da UFMS.

INTRODUÇÃO

O trabalho a seguir exposto está situado ao pensamento de Herbert Hart, jurista inglês categorizado na linha de pensamento definida como positivismo inclusivo. Trata-se de um resgate quanto as considerações do autor sobre direito e moral, de forma a demonstrar qual seria sua posição ante a tramitação do Projeto de Lei nº 6.583 de 2013, aprovado pela Câmara dos Deputados, aguardando, deliberação de recursos na Mesa Diretora.

Embora Hart tenha produzido suas reflexões acerca do direito e da moral sob outro contexto sócio-histórico, em país com sistema jurídico distinto do brasileiro, entende-se pertinente a discussão aqui proposta pois, à parte maiores especificidades, equipara-se a necessidade do contexto propulsor no qual Hart se manifestou sobre os direitos individuais se sobrepondo a moral ao contexto de propositura do projeto de lei mencionado e de uma necessária reflexão sobre a proposta.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três tópicos. No primeiro, será dada uma visão geral acerca do pensamento de Hart no que diz respeito a relação entre o direito e a moral, de forma a contextualizar o leitor de como Hart vislumbra tal conexão e quais as consequências disso para sua teoria. Importante salientar, contudo, que não se propõe respaldar-se no conjunto de suas obras, mas apenas naquelas eleitas essenciais para este artigo, quais sejam: “O conceito de direito” e “Direito, liberdade e moralidade”.

No segundo tópico, será exposta problemática referente ao Projeto de Lei nº 6.583/2013, conhecido como Estatuto da Família, e as decisões judiciais que o antecederam, de forma a demonstrar e sob quais ideais ele está respaldado.

No último tópico, será analisada a ideia/moral do legislador na propositura/aprovação do projeto de lei a partir do pensamento de Hart sobre a imposição da moralidade por meio do direito, sendo esta a questão que sustenta o trabalho e para a qual aponta-se atenção.

Ressalta-se, no mais, que trata-se de uma discussão pautada em estudo bibliográfico e documental, de cunho dedutivo, que se justifica a fim de fomentar discussão e não de resolver problemas teóricos ou de analisar a (in)constitucionalidade do projeto de lei em questão, tendo objetivos delimitados à órbita de compreensão da perspectiva hartiana quanto à direito e moral.

1 DIREITO E MORAL EM HART

O direito e a moral dizem respeito a dois elementos que protagonizam discussão no âmbito jurídico, seja pela necessidade de se estabelecer uma relação entre ambos, seja pela tentativa de demonstração de que não há uma conexão. Nesse sentido, a questão é tão complexa que, a partir dela, desenvolveram-se diferentes escolas de pensamento na ciência do direito: o positivismo e o naturalismo clássicos compondo os dois polos da discussão e suas variantes situadas entre eles.

Do pensamento positivista, importante autor da teoria do direito, marco da separação entre o direito e a moral, o qual não se pode deixar de mencionar, é o jurista Hans Kelsen. O autor propôs o estudo do direito a partir de uma análise que não levasse em consideração os elementos que ele classificou como externos ao direito, tais como a política, a economia, a sociologia, a história ou a moral, estudo este que definiu como teoria pura do direito. E, embora sua teoria tenha sido, por vezes, distorcida e mais tarde muito criticada, grande foi o seu legado na ciência jurídica, sendo o positivismo, por mérito dele, a escola de pensamento mais estudada no mundo.

Para Kelsen, todo e qualquer conteúdo poderia constituir-se direito, seja ele moral ou imoral, uma vez que o requisito para se classificar algo como direito, segundo o autor, não se vincula ao seu conteúdo, mas à critérios de validade, ao se analisar a origem e o procedimento utilizado para integrar a norma ao direito. Assim, não haveria que se confundir a existência do direito com sua valoração, pois o direito não deixaria de ser direito por não seguir determinado padrão material. (KELSEN, 2003)

Embora os autores do positivismo clássico tenham sido categóricos na argumentação de não haver relação entre o direito e a moral, importa dizer que não foi um pensamento predominante nem mesmo nas escolas positivistas. Hart, por exemplo, que se afirma como positivista, admite em sua teoria que todo ordenamento jurídico apresenta um conteúdo mínimo que representa um compilado de interesses e ideias compartilhadas por todos os cidadãos que se submetem àquele sistema, negando, inclusive, que qualquer conteúdo pudesse ser jurídico. (HART, 2001)

Por óbvio que tal conclusão não se trata de exigência, pois Hart não pretende que os conteúdos sejam necessariamente justos, tratando-se de um dos requisitos para que pertença ao

direito, como quis Fuller (1969). Hart pressupõe uma validade ao direito que independe de conteúdo, apenas admite haver um conteúdo mínimo moralmente configurado em todo ordenamento jurídico, dando ao conteúdo mais relevância do que Kelsen, por exemplo, ou outros positivistas.

Ainda no que tange ao positivismo jurídico, importante mencionar que, mais do que uma escola de pensamento, trata-se de uma grande família teórica (PICCOLO, 2011), na qual, com exceção de alguns pensamentos comuns mínimos que classificam as teorias como semelhantes para que possam pertencer a mesma linha teórica, os positivismos jurídicos são muitos e se divergem, sendo necessário, ao posicionar um pensamento como positivista, apontar em qual linha dessa família teórica a posição se enquadra.

Hart, oportunamente, estaria situado na linha do positivismo classificado como inclusivo, a qual admite que considerações morais possam, em algumas circunstâncias, determinar o que o direito é, mas, importante salientar, com restrições, pois isso dependeria também de uma regra social de reconhecimento. O positivismo exclusivo, ao contrário, sustenta que a determinação do que o direito é jamais poderá depender do conceito do que o direito deveria ser, sendo a ciência jurídica apenas a descrição daquilo que o direito é e nada mais. (PICCOLO, 2011)

Em sua obra mais conhecida, *O conceito de direito*, um clássico publicado em 1961, Hart dedica ao menos dois capítulos, dos dez que a obra possui, para tratar da relação entre o direito e a moral, embora o assunto seja inevitavelmente tratado em outras partes do livro, ou mesmo em outros escritos. Hart se propõe a expor quatro características que seriam próprias da moral, cujos apontamentos serviriam para melhor evidenciar a diferença entre ela e o direito. (HART, 2001)

De acordo com Hart, a importância é uma característica primordial da moral, uma vez que o não cumprimento dos padrões morais geraria uma significativa consequência ao meio social, enquanto as regras jurídicas podem ser consideradas, em algum momento, desnecessárias e, até serem destituídas do ordenamento jurídico, permaneceriam como regras jurídicas. É claro que muitos padrões morais, segundo Hart, são reproduzidos pelas regras jurídicas, mas as que não são frutos dessa reprodução não dispõem dessa importância, o que evidencia ser característica da moral e não do direito. (HART, 2001)

Outra característica, determina o autor, é a imunidade que a moral tem em relação às alterações deliberadas. Isso porque as regras jurídicas, por exemplo, podem ser alteradas desde que a regra que as alterem tenha autoridade para tal, o que depende apenas de vontade e de formalidade, enquanto a moral, por ser produto do tempo e das relações sociais, não pode ser alterada por um simples ato de vontade, sua alteração estará sob a dependência do resultado de um processo social complexo. (HART, 2001)

Há que se observar como característica, ainda, o caráter voluntário que tem as infrações morais. Defende o autor que, ao julgar uma infração moral, só haverá uma condenação por violar a regra se, intencionalmente, o indivíduo poderia ter agido de outra forma e não o fez. A regra jurídica, ao contrário, pode prever sanção mesmo que na ação não aja a intenção de infringir a regra, como é o caso dos tipos penais que não exigem dolo para sua configuração ou a responsabilidade objetiva nas questões civis. (HART, 2001)

Por fim, Hart elege a quarta característica da moral, o tipo de pressão estabelecida para seu cumprimento. De acordo com o autor, embora haja a possibilidade de consequências desagradáveis ou mesmo medidas que se utilizem da força para coibir a violação das regras morais, a moral dispõe não só desses meios de pressão social, que também são utilizadas pelas regras jurídicas, mas pode também contar com questões relacionadas à consciência, tais como a culpa e o remorso, ou seja, a moral conta com dispositivos de cunho interior para pressionar seu cumprimento. (HART, 2001)

Ainda na clássica obra, a partir de considerações acerca da natureza humana, Hart reconhece ao direito um núcleo de bom senso oriundo da doutrina naturalista. É importante esclarecer aqui, que, como positivista que é, Hart é capaz de vislumbrar que haja no direito algo que não esteja de acordo com o padrão moral, mas que qualquer sistema jurídico tem um conteúdo mínimo de direito natural. Nesse sentido, um conceito de direito que inclua esse conteúdo mínimo é superior àquele que não o faça, e admitindo isso a descrição do fenômeno jurídico se dá de forma mais fiel a realidade. (HART, 2001)

Se o positivismo clássico tinha por intuito a separação completa da moral e o direito para que pudesse descrever o fenômeno jurídico como ele é e não como deve ser, Hart pôde argumentar que a descrição do fenômeno jurídico como ele é seria mais completa admitindo um conteúdo moral mínimo, afinal, para ele, é isso que o direito é. Nota-se que o autor dispõe de

motivos morais para concluir que o positivismo seria a melhor maneira de se analisar o direito, sendo esse seu entendimento positivista (inclusivo) sobre o direito.

Ainda nessa obra, Hart analisa as formas pretensas de que haja uma conexão necessária entre o direito e a moral, das quais, por uma questão de limite, apenas algumas se tornam interessantes ressaltar. Segundo o autor, um sistema que dependesse apenas do uso da força estaria fadado ao fracasso, Hart alega que a autoridade do Direito, que não significa ser um direito moralmente vinculante, é que dá ao direito o poder que ele tem, e essa autoridade surge antes do poder coercitivo. Assim, não se obedece ao direito pelo medo da sanção, mas pela confiança que se tem em sua autoridade. (HART, 2001)

Outra questão que merece atenção no contexto das conexões necessárias entre o direito e a moral é a discricionariedade. Contendo o direito uma textura aberta, nem todas as regras seriam claras e abrangentes o suficiente para contemplar a todos os casos concretos, especialmente os casos difíceis, restando ao magistrado a interpretação e aplicação do direito e para isso o magistrado disporia de elementos morais, pois também aos juízes cabe limitar o alcance e definir o significado dos termos presentes nas normas, sendo a faculdade normativa exercida não só pelo legislativo. (HART, 2001)

Depois, o autor trabalha com a argumentação de que há uma influência da moral sobre o direito, como já constatado, mas que o grau de correspondência do direito a essa moral é incerto, haja vista a possibilidade de que o direito comporte uma moral injusta, quando esta assim for, o que requer cautela ao se determinar o limite dessa absorção. E aqui abre-se o precedente para uma discussão que se intensifica em outra obra de Hart, *Direito, Liberdade e Moralidade*, publicada apenas alguns anos depois, em 1963, sobre a qual passa-se a discutir.

Nesse texto, oportunamente, Hart faz considerações acerca da influência da moral sobre o direito e quais seriam seus limites. Tratando-se de um autor liberal e defensor da democracia, Hart faz alertas para que a moral definida pela maioria não seja imposta à minoria por meio do direito, sendo papel do direito não atender a satisfação do maior número de pessoas, o que seria uma concepção utilitarista, mas atentar-se à não invasão da esfera particular dos indivíduos. (HART, 1963)

Alerta o autor para o risco de situar a discussão entre direito e moral nos extremos da não ou da relação necessária. Nas palavras de Stolze:

Para o positivismo jurídico a separação conceitual entre o Direito e a moral é essencial. Em outras palavras, a existência e o conteúdo do Direito estão determinados por fatores

que fazem com que o Direito esteja sujeito à apreciação moral, mas isto, por si mesmo, não garante o seu valor moral. A relação entre o Direito e os valores e princípios morais não é necessária, mas sim contingente e, neste sentido, o Direito é moralmente neutral. Mas, sobretudo, é preciso entender que a separação entre o Direito e a moral apregoada pelo positivismo hartiano tem raízes em um ato moral, em um ato político, qual seja preservar a autonomia e a liberdade individuais da interferência estatal exorbitada (paternalismo jurídico) e de terceiros (seja do domínio das majorias ou da tirania das minorias). (STOLZE, 2007, p. 114)

Para Hart, como se pode notar na reflexão acima, importa questionar quais fundamentos morais poderiam justificar a imposição de uma moral sobre todos por meio do direito, uma vez que a moral predominante não diz respeito a todos e também nem sempre diz respeito ao geral, incidindo por vezes na vida privada das pessoas, o que, em tese, não diria respeito ao Estado, logo não condiz com o direito. Tal argumentação, no entanto, será melhor tratada em momento oportuno.

2 NOTAS SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 6.583/2013

À parte a discussão que analisa a (in)constitucionalidade do Projeto de Lei 6.583/2013, o que se propõe aqui é apresentar o contexto que permeia sua tramitação e demonstrar a moralidade prevista nele. Assim, importa dizer que o congresso brasileiro contemporâneo é composto em sua maioria por homens, brancos, cisgêneros, heteronormativos, de orientação declaradamente cristã. Ao fazer esse destaque não se pretende neste texto fazer a discussão sob esse prisma específico mas tão somente apontar para o fato de que se trata de um congresso conservador, ultimamente famoso pelos posicionamentos de sua bancada religiosa.

Isso posto, o Projeto de Lei nº 6.583 de 2013, popularmente conhecido como Estatuto da Família, proposto pelo deputado federal pernambucano Anderson Ferreira, do Partido da República, tem entre seus objetivos a definição jurídica de entidade familiar. O projeto foi aprovado na Comissão Especial, por 17 votos favoráveis e apenas 5 contrários, no dia 8 de outubro do ano de 2015 e, ante ao recurso interposto pelos deputados Erika Kokay, do PT do Distrito Federal, e Jean Willys, do PSOL fluminense, aguarda deliberação da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

O recurso impetrado tem por intuito que o texto seja votado pelos deputados em plenário, o que tornaria pública e notória a opinião de cada deputado¹. Se acatado, cabe ao presidente da Câmara marcar data para tal; se reprovado, o projeto segue diretamente para o Senado para posterior apreciação do Executivo, podendo ser sancionado ou vetado, no todo ou em parte. Vale mencionar que o projeto teve apoio maciço da bancada considerada conservadora, sobretudo a religiosa, e tem causado, desde sua propositura, um alvoroço em meio às instituições jurídicas a aos movimentos sociais que se posicionam contra a aprovação.

O debate reside, principalmente, no fato do texto dispor em seu artigo 2º sobre o conceito de entidade familiar como sendo o “núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 2013). Tal conceito não abarcaria, por óbvio, as uniões homoafetivas, às quais já foram reconhecidas em decisão do Supremo Tribunal Federal há alguns anos, sendo isso, talvez, a mola propulsora da propositura do projeto de lei.

No ano de 2011, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, ajuizada pelo então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, os ministros do STF reconheceram no contexto familiar a união estável para casais do mesmo sexo, a partir do voto do ministro Ayres Britto, entendimento acompanhado por Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, o que demonstra unanimidade.

Ao pleitear o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, a ADI 4227 requereu que os mesmos direitos resultantes das uniões estáveis fossem estendidos às uniões homoafetivas. A ADPF 132, por sua vez, arguiu que a negação de reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo contrariava premissas fundamentais, tais como a igualdade, a liberdade, dando ênfase na autonomia da vontade, pedindo que o regime jurídico das uniões estáveis fosse aplicado aos funcionários públicos do Rio de Janeiro. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011a)

¹ O Projeto de Lei nº 6.583 de 2013 tramita em caráter conclusivo, o que significa dizer que é votado apenas pelas comissões designadas para analisá-lo, dispensando a deliberação do Plenário. Ao impetrar o recurso, que deve ser assinado por pelo menos 51 deputados, no entanto, ele não tramita mais em caráter conclusivo, sendo necessário que sua matéria seja apreciada em plenário.

A fundamentação do voto do Ministro Ayres Britto, dentre outros dispositivos, pautou-se na vedação da discriminação em virtude de sexo, raça e cor, prevista no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal. Entendeu o Ministro que o não reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo diminuía e discriminava pessoas pela sua preferência sexual posto que “o concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais”, a qual constitui cláusula pétrea (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011b, p.3).

Alerta de forma provocativa o Ministro Ayres Britto em sua fundamentação sobre a postura conservadora:

[...] estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011b, p.20)

Os argumentos jurídicos levantados contra a equiparação da união homoafetiva com a união estável, em regra, se pautam no artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), quando preceitua que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Ocorre, contudo, que a definição de família, por outro lado, não possui a restrição, sendo ela tratada apenas no contexto de união estável.

Sobre a questão, ressalta-se a argumentação de Ayres Britto, contida ainda na ementa, da ADPF 132:

[...] a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares [...]. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, p.41)

Outro dispositivo utilizado para corroborar com a tese de que família deve ser constituída apenas pela união de homem e mulher é o artigo 1.723, caput, do Código Civil, o qual preceitua que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Em seu voto, ainda na ementa da ADPF 132, já se conclui o posicionamento:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011b, p. 5)

Assim, embora o judiciário tenha constituído suas decisões no sentido de considerar que a vida privada das pessoas, logo suas relações afetivas, não digam respeito ao Estado, cabendo a ele apenas regulamentar fatos sociais que aguardam por amparo estatal, o Projeto de Lei 6.583/2013, como é possível notar, surge na contramão deste entendimento, tratando-se, por óbvio, da imposição de premissas morais de determinado grupo social, sejam elas posições majoritárias ou não.

Oportuno mencionar, que a última constituição que atrelou ao conceito de família a união entre homem e mulher, dando conceito restrito, foi a de 1967, quando previu, em seu artigo 167, que a família fosse constituída apenas por meio do casamento. Embora não fizesse referência explícita a homem e mulher, o casamento era – e ainda é – permitido apenas nesses moldes. Nota-se, também, que o dispositivo excluía do conceito de família as relações não oriundas de casamento e mesmo os arranjos não tradicionais como de pais solteiros, etc. (BRASIL, 1967)

A definição de família sofreu e ainda sofre alterações significativas, a constituição familiar no seu arranjo tradicional – qual seja: pai, mãe e filhos – se deve a fatores históricos e culturais que, no modelo atual, tomaram forma a partir de um contexto de Revolução Industrial (BIROLI, 2014). Ocorre que a dinâmica social se altera ao longo do tempo e caberia ao direito regulamentar aquilo que já ocorre de fato, uma vez que a composição dos novos arranjos familiares diz respeito, em sua formulação, à vida privada de cada indivíduo.

Há que se colocar ainda, que as discussões em torno do conceito de família, mais do que nas decisões judiciais que reconhecem novos arranjos, se pautam nas ciências, entre elas, a jurídica, que há tempos reconhece em sua literatura a existência de fato e de direito de arranjos familiares não tradicionais. Advoga, Maria Berenice Dias (2005), que nenhum vínculo baseado em afeto pode ser ignorado pelo Estado como entidade familiar, afirmação que deve ser pauta no princípio basilar do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Assim, embora as famílias não se enquadrem mais nos moldes tradicionais, existindo diversas composições familiares, o Projeto de Lei 6.583/2013 insiste em restringir como entidade familiar apenas aquela oriunda da união entre homem e mulher e por um dos pais e seus filhos. Aqui, por certo, estariam excluídas famílias cujos pais sejam do mesmo sexo, ou outros arranjos compostos por tias, sobrinhos, avós, netos e famílias unipessoais, haja vista que o Projeto não considera, qualquer “pluralidade das relações sociais no âmbito doméstico e afetivo” (BIROLI, 2014, p. 45), o que caminha para a redução de direitos já concedidos a essas pessoas.

À título de curiosidade, cabe mencionar que este não foi o primeiro projeto de lei com o intuito de institucionalizar o conceito de família. Em de 2007, o deputado bahiano Sérgio Barradas Carneiro, do Partido dos Trabalhadores, propôs o Projeto de Lei 2285, que apresentava um conceito de família amplo, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo e direitos aos filhos adotivos decorrentes dessas uniões. O projeto, contudo, não ganhou notoriedade e não foi apreciado.

3 HART E A IMPOSIÇÃO DA MORAL

A questão a ser discutida neste tópico se pauta na seguinte indagação: pode o Estado, por meio do direito, intervir na vida particular das pessoas de modo a impor a elas uma moral? A imposição poderia ser legítima, caso a moral pretendida representasse o pensamento da maioria? As posturas a serem avaliadas contrapõem as liberdades individuais aos preceitos coletivos tradicionais.

Ao escrever a obra *Direito, Liberdade e Moralidade*, Hart estava inserido, na Inglaterra, em um contexto de grandes discussões sobre a criminalização de condutas consideradas imorais, geralmente de cunho sexual, tais como a prática da prostituição ou a homossexualidade, sendo que as Cortes tendiam à argumentação de que a moralidade pública era fundamento do direito, devendo os atos que assim se configurassem serem punidos. (BUENO, 2011). Nota-se que o Estado, nessa ocasião, sentiu legitimidade em determinar o que era correto na vida particular das pessoas em prol da moralidade pública.

Em 1954, a Comissão de Wolfenden foi designada para apresentar pareceres sobre criminalizar ou não tais condutas, e mais tarde declarou que os atos sexuais entre pessoas do

mesmo sexo, ou as práticas de prostituição, quando não praticadas em público, não deveriam ser punidas, recomendando, contudo, a criminalização da prostituição nas ruas uma vez que a abordagem das prostitutas aos cidadãos ofendia à moralidade. Em suma, a Comissão procurou afirmar o dever de se preservar uma esfera da moralidade particular caso fosse irrelevante para a lei, mas pretendia sancionar imoralidades consideradas públicas. (HART apud BUENO, 2011).

Essa posição da Comissão de Wolfenden geraria grandes confrontos, os defensores dos bons costumes foram incisivos em suas argumentações, tendo Lord Devlin, jurista inglês, atribuído ao direito a tarefa de, assim como o de conter a subversão para manter a ordem, suprimir a imoralidade.

Lord Devlin baseia sua resposta afirmativa à questão no princípio geral de que é admissível a qualquer sociedade tomar as medidas necessárias, a fim de preservar a sua auto-existência como sociedade organizada, e entende que a imoralidade — mesmo a imoralidade sexual privada — pode, tal como a traição, ser algo que põe em risco a existência da sociedade. (HART, 1987, p.45)

Hart, por sua vez, se posiciona no debate sustentando, ao contrário, que as questões morais privadas não dizem respeito ao Estado, sendo antidemocrática sua intervenção:

O exercício, pelos cidadãos, do direito de livre escolha deve ser protegido como um valor em contra o qual não pode, prima facie, ser oposta interferência; deve ser considerado valioso porque permite às pessoas experimentarem — ainda que com o sacrifício da vida — e descobrirem coisas apreciáveis para elas e para as demais. Pode-se pensar, todavia, que a interferência com a liberdade individual consiste num mal que se justifica por mais simples e utilitárias razões; porque é ela própria a inflição de um modo especial de sofrimento — frequentemente muito intenso — para aquele cujos desejos se frustraram pelo temor da punição. (HART, 1987, p.47-48)

Ainda que Hart defenda a separação conceitual entre direito e moral, afirma veemente necessidade de atuação discricionária dos juízes nos casos difíceis, uma vez que o direito tem textura aberta. Nesse sentido, embora a afirmação pareça antidemocrática, afinal os juízes não compõem o poder legislativo, o autor assume ser impossível negar a atividade minimamente legiferante que possui o judiciário, mas argumenta que tal premissa não violaria o conceito democrático, uma vez que a atuação do legislativo é imensamente maior e originária. (HART, 2001)

Nesse sentido, a discricionabilidade não está autorizada a funcionar pelo bel prazer ou de acordo com as construções morais do juiz, ao contrário, é limitada. Os valores morais são minimamente incorporados pelo ordenamento jurídico, que se utiliza deles ao verificar a validade das normas no ordenamento, cumprindo também um papel na diminuição das incertezas, devendo tolerar apenas certo grau de indeterminação. Em todo caso, seria menos danoso permitir a

atuação discricionária do judiciário do que não resolver a textura aberta da norma. (STOLZE, 2007)

Importa dizer, contudo, que o limite da intervenção da moral no direito é o que viabiliza o aspecto de segurança jurídica, sendo esta uma contribuição positivista, enquanto o limite do direito às questões morais está na premissa de impedimento de causar mal a terceiros, ou seja, como quis Stuart Mill (apud HART, 1987), só se autoriza a atuação dos interesses do Estado sobre o indivíduo contra sua vontade se for para impedir que haja danos aos outros indivíduos.

Isso porque, na visão de Hart, torna-se difícil elencar uma moral vigente em torno de uma moral concreta, pois as sociedades são complexas e estão sujeitas a mudanças sociais que refletem na produção dos valores. Está aí o limite da moral sobre o direito, este só sintetizará ao seu ordenamento aquilo que considerar razoável, sendo a introdução dos conteúdos morais no direito inevitável, mas deve ser tratada com a devida cautela. Sintetiza Stolze (2007, p.112) que “das arguições de Hart se deduz que o que ele não aceita é a ‘legalização da moral’, ou seja, a possibilidade de imposição de determinados valores por meio do Direito, dado que existem limites de intervenção do mesmo nas ações privadas dos cidadãos”.

Nas palavras de Hart:

O reconhecimento da liberdade individual como um valor envolve, como um mínimo, a aceitação do princípio de que o indivíduo pode fazer o que deseja, mesmo que outros fiquem infelizes ao perceber o que ele faz — salvo se, evidentemente, existem outros bons motivos para impedi-lo. Qualquer ordem social que deixe de atribuir um valor à liberdade individual não poderá, de igual modo, concordar com o direito de ser protegida dos sofrimentos que lhe sejam infligidos. (HART, 1987, p.69)

O que se nota do posicionamento é que Hart torna inegável sua postura liberal quanto ao embate Estado versus indivíduo, defendendo a ausência legislativa ou de interpretação moral no momento discricionário ante as questões relacionadas a vida privada. Nessa perspectiva, tem posicionamento semelhante ao de Dworkin (2002), na medida em que os direitos se tornam trunfos do indivíduo ante ao Estado ou ante a vontade dos demais indivíduos, maioria ou não.

Na tentativa de explicar a diferença entre moralidade e indecência pública, uma vez que interessaria ao direito apenas o último e não o primeiro, Hart traz à tona, como exemplo, as relações sexuais. Se tratando de casais heterossexuais, não importa o que fazem em sua vida privada, inclusive se há adultério, interessa ao direito se a relação sexual acontece em público. Se a lógica for transportada às relações de pessoas do mesmo sexo, o que importaria ao direito, senão e apenas a decência pública?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de considerações finais, e não propriamente de conclusão, ao se apresentar a forma pela qual Hart se posiciona em relação a moralidade inserida no meio jurídico, tentou-se demonstrar que, embora o Projeto de Lei nº 6.583/2013 não trate da criminalização de atos considerados imorais, núcleo de debate de uma das obras de Hart, é possível uma abordagem dedutiva para evidenciar que, na visão do autor, o conceito de família inserido ali se trata de imposição da moralidade por meio do direito.

Nesse sentido, mesmo que o direito seja inevitavelmente influenciado pelos valores morais, que, em última instância, comporiam os critérios que verificam a validade da norma jurídica, não se pode admitir que os preceitos morais de determinado grupo, no caso, os valores morais conservadores e de fundamentos cristãos, prevaleçam sobre a liberdade de cada indivíduo, principalmente no que tange a sua sexualidade.

Isso porque ao direito, segundo Hart, não cabe interferir na vida privada dos indivíduos, sendo livre suas escolhas, desde que não haja danos aos outros indivíduos. Nesse sentido, ao pressionar que o indivíduo aja de determinada forma em sua vida privada, não criminalizando, mas também não regulamentando, estaria o direito, impondo uma moralidade, violando a autonomia do indivíduo, o que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Ao se analisar o conceito de entidade familiar proposto pelo Projeto de Lei, é possível verificar que sua estrutura se pauta em uma fundamentação cristã do conceito de família, que já não é suficiente para abarcar os arranjos familiares contemporâneos, de forma que os valores sociais deveriam alterar o direito, conforme consta nas decisões dadas pelo judiciário, não o contrário. Cabe acrescentar, ainda, que essa influência dos valores morais ao direito propicia sua dinâmica, o que não pode ser aceito, no entanto, quando se elege uma moral dominante e se tenta impô-la a todos, o que é por óbvio, antidemocrático.

Ademais, ainda sobre o conceito de família, Hart teria considerado sanado o problema, ao menos parte dele, a partir das decisões do SFT que reconheceram a união homoafetiva tal qual a união entre pessoas de sexos distintos, por ser exatamente essa a função que se tem na interpretação da norma, dispondo os juízes de discricionariedade para tal, uma vez que o direito tem textura aberta. Há que se considerar também, que o autor vê na interferência aos direitos sexuais a imposição de um sofrimento contínuo e desnecessário.

No mais, ressalta-se que não se teve por intuito esgotar a discussão ou o convencimento do leitor de que esta é a argumentação correta, mas, apenas, apresentar qual seria a visão de Hart sobre a temática e suscitar discussões sobre a questão, que ainda deve ser analisada com mais cautela durante o trâmite do projeto, sendo papel da academia não ignorar as constantes ameaças que se tem a autonomia de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia. **Família**: Novos Conceitos. Fundação Perseu Abramo: São Paulo, 2014.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.583 de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013> Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Casa Civil. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 20 jun. 2016.

_____. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em 20 jun. 2016.

BUENO, Roberto. A criminalização da moralidade: a leitura moral do direito por Hart. **Revista Jurídica das Faculdades Secal**. Ponta Grossa, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.secal.edu.br/revista/pdf/073%20a%20095%20a%20criminalizacao.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FULLER, Lon L. **Morality of Law**, the. New Haven: Yale, 1969.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Direito, Liberdade e Moralidade**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart**. 2011. 123 f. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, São Paulo, 2011.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan-jun 2007. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_05_pp101-120.pdf> Acesso em: 20 jun 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo reconhece união homoafetiva. 2011a. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acesso em 20 jun. 2016.

_____. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**. 2011b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 20 jun. 2016.

_____. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4727**. 2011c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=367526&tipo=TP&descricao=ADI%2F4227>> Acesso em 20 jun. 2016.