XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER

SILVANA BELINE TAVARES

LOIANE DA PONTE SOUZA PRADO VERBICARO

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

G326

Gênero, sexualidades e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Maria Claudia Crespo Brauner; Silvana Beline Tavares; Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-624-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

A presente publicação é resultado do GT: Gênero, Sexualidades e Direito I, realizado no XXVII Encontro do CONPEDI, em Salvador, no dia 14 de junho de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBa.

Foram apresentados 22 trabalhos dentro de uma variedade de temáticas e multiplicidade de perspectivas teóricas e que envolvem as principais questões que são objeto de atenção de diversas áreas, mas que tem recebido especial atenção dos juristas, engajados com a luta pelo fim das discriminações entre homens e mulheres. A partir de uma perspectiva de defesa da diversidade, da individualidade e das sexualidades, questionam-se os papeis de gênero, o patriarcado, heterossexismo, homofobia e transfobia, nas suas mais variadas manifestações.

Esta publicação conta com a participação de juristas experientes bem como a contribuição de jovens pesquisadores que, atuando especialmente na área do Direito, perceberam a importância da perspectiva transdisciplinar como caminho propulsor da transformação e de reconhecimento da diversidade humana.

Os estudos de Gênero vêm ganhando atenção mundialmente e, via de consequência, os juristas percebem nesses novos estudos um grande desafio para renovação do Direito, com o objetivo de promover o respeito à diversidade e à dignidade humana.

Assim, as discussões temáticas que integram a presente publicação propõem, no âmbito de cada uma das questões enfrentadas, uma atuação mais democrática dos cidadãos, cidadãs, e dos e das profissionais, permitindo a busca de soluções para os problemas sociais contemporâneos, relativos às temáticas que entrelaçam gênero, sexualidades e Direito.

Para analisar a servidão ao patriarcado, Camyla Galeão de Azevedo e Loiane Prado Verbicaro no artigo “A docialidade da servidão e a amargura da liberdade: uma análise do patriarcado sob a perspectiva da servidão voluntária”, analisam a noção de servidão voluntária da obra de La Boétie, como possibilidade de compreensão da opressão das mulheres a partir dos conceitos de inferioridade e submissão que reforçam a lógica hierárquica de desigualdade de gêneros.

Ao apresentar o artigo “A importância da luta dos movimentos sociais feministas no desenvolvimento da tipificação do feminicidio e na busca por igualdade entre os gêneros”, Claudine Rodembusch Rocha e Henrique Alexander Grazzi Keske fazem um breve histórico do que denomina de ativismo social feminino, enfatizando a luta pelos direitos de igualdade e sua conquista, para analisarem a lei tipificadora e/ou qualificadora do feminicídio.

Yasmin Dolores de Parijos Galende em “Controle patriarcal sobre as sexualidades e a reprodução desse dispositivo de poder nas instituições de ensino”, busca identificar nos projetos institucionais a docilização dos corpos que são padronizados para se adequarem silenciosamente a heteronormatividade.

Em “Democracia e movimentos sociais digitais: uma análise a partir do movimento feminista em redes”, Jessica Cristianetti e Amanda Netto Brum trabalham sob a perspectiva que os movimentos sociais evoluíram nos últimos anos e, como as comunicações em redes, através da internet, ganharam proporção global e viral, questionando sobre a influência destes sobre a Democracia.

Grazielly Alessandra Baggenstoss apresenta no artigo “Direitos fundamentais das mulheres: o mínimo existência diferenciado pelo gênero”, o questionamento sobre qual a configuração normativo-jurídica para a garantia da dignidade das mulheres e os respectivos parâmetros de mínimo existencial a partir da perspectiva do reconhecimento internacional dos direitos humanos e no âmbito constitucional brasileiro.

O artigo “A autoafirmamaçao afetivo-sexual da pessoa com deficiência: em defesa do livre exercício da sexualidade na diversidade funcional”, Carolina Valença Ferraz e Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto analisam a postura da sociedade sobre a invisibilização dos componentes desse grupo social, o que acaba acarretando, diversas vezes, em uma supressão da autonomia desses indivíduos juntamente com a negação de suas liberdades sexuais.

Gabriela de Moraes Kyrillos e Sheila Stolz em “Sexismo na academia brasileira: estudo de casos desde o sul do Brasil”, fazem uma análise crítica sobre as emblemáticas denúncias de estudantes dos Cursos de Direito de duas Universidades Federais do sul do Brasil: UFSC e FURG, realizando um breve resgate histórico sobre a inclusão das mulheres no ensino formal e no fazer Ciência, para constatar que, atualmente, persistem os fenômenos conhecidos como “teto de vidro” e “labirinto de cristal” – compreendidos como violência simbólica de gênero.

No artigo “Violencia contra a mulher e desigualdade de gênero na estrutura da sociedade: da superação dos signos pela ótica das relações de poder”, Michelle Ângela Zanatta afirma que

a violência contra mulher repousa sobre o capitalismo e a desigualdade de gênero está no centro do desequilíbrio de poder normalizado na sociedade.

Liv Lessa Lima De Holanda em “Um estudo sobre pessoa, direitos da personalidade e a cirurgia de redesignação de estado sexual à luz da teoria geral do direito”, aborda os direitos da personalidade, direito ao corpo e à integridade física, para discutir a transexualidade.

Em “ Violência obstétrica: uma grave violação aos direitos humanos das mulheres”, Roberta Lemos Lussac critica a problemática existente em práticas obstétricas brasileiras, rotineiras e naturalizadas pela medicina, que, constituem grave violação aos direitos humanos das mulheres.

Giselle Meira Kersten em “Nana, Neném, que a cuca vem pegar, papai foi para roça, mamãe foi passear”analisa os fundamentos da discriminação da mulher no mercado de trabalho, a partir de fatores histórico-socioculturais, biológicos e/ou legais.

“Diálogo das fontes e sistema penal: um olhar à proteção dos direitos humanos das mulheres” DiMarjorie Evelyn Maranhão Silva e Valdira Barros analisam a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes ao sistema penal, no que tange à proteção dos direitos das mulheres.

Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães em “A judicialização do estupro contra mulheres: como o sistema criminal brasileiro aborda essa forma violência?” faz uma discussão acerca do estupro, com o intuito de investigar como esse delito é abordado no sistema criminal brasileiro.

Em “Mulheres presas em flagrante no Pará: direito e igualdade” Lizandro Rodrigues de Sousa e Celso Antônio Coelho Vaz através da análise da legislação correlata e da análise de cinco casos avaliam o procedimento atualmente adotado quando do aprisionamento de mulheres em flagrante no Estado do Pará (BR) e avaliam a adequação deste procedimento aos direitos subjetivos das mulheres encarceradas no âmbito do sistema judicial e policial.

No artigo “A questão de gênero, sexualidade e orientação sexual na atual base nacional comum curricular (bncc) e o movimento lgbttqis”, Paulo Roberto De Souza Junior enfoca a análise sobre o gênero, sexualidade e orientação sexual na BNCC – ou sua omissão - e as consequências ao movimento LGBTTQIs,

Andréa Santana Leone De Souza e Mônica Neves Aguiar Da Silva em “A tutela da criança intersex: uma análise principiológica” discutem os princípios e regras constitucionais na perspectiva da tutela da criança intersex em uma sociedade complexa, plural e diversa.

A avaliação da evolução jurisprudencial relativa às uniões homossexuais, desde a publicação da Constituição Federal, de 1988, como efetivação de Direitos Fundamentais, tais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana é feita por Cynthia Barcelos dos Santos e Carmen Hein De Campos em “Considerações sobre as uniões homossexuais: da evolução jurisprudencial à autodeterminação”.

Análise das regras sobre a definição do sexo de um indivíduo, em especial dos transexuais é elaborada por Clift Russo Esperandio e Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti levando-se em consideração fatores que não se restringem apenas aos biológicos com o artigo “Direito e sexualidade na sociedade da informação: uma visão sob o aspecto dos direitos da personalidade”.

Ivison Sheldon Lopes Duarte em seu trabalho “Efetividade constitucional: análise das decisões sobre união igualitária ancorada em uma teoria da argumentação”.Discorre sobre o julgamento pelos Tribunais Superiores de ações relacionadas à união entre pessoas do mesmo sexo, o que ensejou debates sobre limites da atividade jurisdicional e sua legitimidade ao inovar o ordenamento jurídico.

Camila Christiane Rocha Nicolau em “O papel contramajoritário do supremo tribunal federal no reconhecimento da dignidade dos transgêneros” destaca a importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal para a tutela dos direitos dos grupos minoritários através da análise da decisão proferida em na ADI 4275 que reconheceu aos transgêneros a possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo.

E por fim, o artigo “O papel do estado na inclusão de atletas transexuais no esporte à luz da teoria do reconhecimento social” de Edinilson Donisete Machado e Marco Antonio Turatti Junior traz uma discussão sobre o papel do Estado no tratamento de atletas transexuais no esporte, à luz da teoria do reconhecimento social, indicando a vulnerabilidade sofrida pelo grupo na questão de gênero e a necessidade de um diálogo interdisciplinar.

As contribuições ora apresentadas confirmam a emergência do tratamento das diversas problemáticas ora apresentadas e que convocam à transformação dos comportamentos e à aplicação do Direito de forma a promover a igualdade e o respeito à diversidade e à coexistência pacífica em uma sociedade que se propõe verdadeiramente democrática.

Maria Claudia Crespo Brauner - Universidade Federal do Rio Grande

Silvana Beline Tavares - Universidade Federal de Goiás

Loiane Prado Verbicaro - Centro Universitário do Estado do Pará

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DAS DECISÕES SOBRE UNIÃO IGUALITÁRIA ANCORADA EM UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO.

CONSTITUTIONAL EFFECTIVENESS: ANALYSIS OF DECISIONS ON ANCHORED EQUALITY UNION IN AN ARGUMENTATION THEORY.

Ivison Sheldon Lopes Duarte

Resumo

O julgamento pelos Tribunais Superiores de ações relacionadas à união entre pessoas do mesmo sexo ensejou debates sobre limites da atividade jurisdicional e sua legitimidade ao inovar o ordenamento jurídico. O presente trabalho faz uma análise sobre essas questões à luz da Nova Retórica e da jurisprudência dos valores.

Palavras-chave: Retórica, Argumentação, Constitucionalismo, Homoafetividade, Decisão judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The judgment by the Superior Courts of actions related to unions between persons of the same sex discussions on gave rise limits of judicial activity and its legitimacy to innovate the law. The present study is an analysis of these issues in the light of the New Rhetoric and the jurisprudence of values.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rhetoric, argumentation, constitutionalism, Homoaffective, Judicial decision

1. Introdução

A apresentação de padrões sociais e comportamentais está intimamente associada ao crescimento da sociedade de consumo e seus modelos hegemônicos do que é desejável ou não em códigos binários de aceitação/repulsa, além da manutenção de um *status quo* ligado aos grupos historicamente dominantes. A própria difusão do capitalismo traz em seu reflexo cultural a parametrização do modelo masculino-branco-hetero-adulto-cristão, onde qualquer ruptura com esse modelo através de legislações que busquem uma igualdade a grupos fora desse padrão será recepcionada de maneira recalcitrante pelo judiciário tradicionalista.

Historicamente temos a função legislativa como porta de entrada das inovações no direito, sua legitimidade democrática e proximidade com as bases eleitoras deveria servir como local de coleta dos anseios sociais para uma posterior positivação desses desejos, porém o jogo político que envolve interesses partidários, por vezes desvinculados dos interesses dos cidadãos, acabou por quebrar a dinâmica de legitimação das vontades populares. Uma alternativa que surge dessa demora do processo legislativo, e possível desinteresse, é a atuação jurisdicional em uma perspectiva positiva, interpretando extensivamente normas que por vezes passam a garantir direitos aos grupos marginalizados social e juridicamente. Esse ativismo judicial que desponta na dinâmica nacional divide opiniões entre juristas, gerando críticas relacionadas ao princípio da legalidade e quebra à tradicional divisão dos poderes do Estado.

Dentro dessa perspectiva de mutação legal encabeçada pelo Judiciário, temos a diversidade sexual e a pluralidade familiar como foco do presente texto. O debate sobre a união estável e o casamento igualitário tem norteado a modificação de uma área do direito de núcleo sensível e tradicional, a família. O posicionamento dos tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, pela possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo despertou nos meios midiáticos e na sociedade o interesse sobre o tema da diversidade sexual além de ter fomentado o desenvolvimento de estudos jurídicos, políticos e sociais.

A militância de grupos que advogam a causa da diversidade sexual marca como ponto positivo o enfrentamento da questão pelos tribunais superiores com uma decisão de reconhecimento da união homoafetiva. Ao mesmo tempo, temos grupos contrários, notadamente de bases religiosas cristãs, que passaram a acionar seus agentes políticos na tentativa de barrar a onda de reconhecimento aos direitos dos grupos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros – LGBT.

O que passaremos a discorrer é sobre uma possível análise dos principais pontos utilizados para apoiar e/ou negar a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo apoiados na teoria da argumentação e na jurisprudência dos valores, verificando como se dá a formação do convencimento promovido pelo órgão decisional.

Privilegia-se a Nova Retórica como proposta por Chaïm Perelman em resposta à necessidade de uma análise lógica dos provimentos jurisdicionais pautando-se em uma teoria da argumentação, com elementos constitutivos próprios das ciências dialéticas. Tal teoria serviu de uma das bases para a teoria dos princípios de Robert Alexy, que explanaremos perfunctoriamente. Entende-se por jurisprudência dos valores ou dos princípios, a corrente doutrinária com foco especial à interpretação constitucional que tem como grande expoente o professor da Universidade de Kiel na Alemanha, Robert Alexy.

Apesar da matéria sobre união estável e casamento ser de cunho infraconstitucional, inclusive como mostra a decisão sobre casamento homoafetivo produzida pelo Superior Tribunal de Justiça REsp 1183378, sua discussão remeteu à interpretação da Constituição e seus princípios. Dessa maneira, privilegia-se a análise com foco na jurisprudência dos valores por se adequar à postura ativista adotada pelo judiciário no julgamento da matéria.

2. A Nova Retórica

Para que se possa iniciar uma explanação sobre o tema do presente artigo, faz-se necessário discorrer sobre a Nova Retórica proposta por Perelman instrumentalizando os termos dessa teoria filosófica e sua contextualização com o desenvolvimento da chamada Escola de Bruxelas.

O raciocínio, como produto de uma atividade mental e também como a própria atividade teria na chamada Lógica o estudo dos padrões e esquemas seguidos no decorrer desse processo.

Recorrendo ao Organon de Aristóteles, PERELMAN (2000, p.2), no seu livro Lógica Jurídica: Nova Retórica, explica a dicotomia entre raciocínios analíticos e raciocínios dialéticos. Onde os primeiros partem de premissas necessárias ou verdadeiras para fundamentar uma resposta igualmente necessária e verdadeira ao final, transferindo à conclusão a verdade e necessidade da premissa.

Independente da matéria, a forma de raciocínio silogístico garante a validade da inferência. Atenta-se para a lógica formal que estuda a validade das inferências apenas com

base nas suas formas. Já os raciocínios dialéticos analisados por Aristóteles nas obras Tópicos; Retórica; e Refutações Sofísticas pautam-se na argumentação para referendar ou refutar teses.

Na argumentação não somos obrigados a passar dos argumentos à decisão, coisa comum no silogismo. Existe a possibilidade de transformar uma argumentação em silogismo, bastando acrescentar premissas suplementares, dessa maneira, teríamos o problema de tratar um argumento não-coercível como uma verdade universal, redundando numa falsidade.

Partindo para a análise de uma lógica jurídica, o tema perderia sua valorização, posto que sob o ponto de vista da lógica formal (raciocínio analítico) as matérias referentes ao direito e às decisões judiciais não poderiam ser contempladas pelo modelo da lógica formal. Nesse contexto os estudos críticos da chamada Escola de Bruxelas, que tem como expoentes Eugerne Dupréel, Chaïm Perelman e Michel Meyer procuravam revisitar e atualizar a teoria da argumentação propondo uma nova retórica focada na racionalidade intrinsecamente pluralista como opção ao cartesianismo de Descartes, exemplificado por GRÁCIO (1993, p.20-21):

> Tematização crítica do cartesianismo, dizíamos, mas também, proposta de superação das aporias que o cartesianismo apresenta relativamente à possibilidade de realizar o ideal secular da filosofia. Do ponto de vista da filosofia, a realização deste ideal – que Perelman identifica com um ideal da razão prática – é uma questão vital: a sua viabilidade é o sustento sem o qual a filosofia se vê condenada à decadência e à morte. Nesse sentido, o empreendimento perelmaniano insere-se, por um lado, na tradição racionalista do Ocidente, mas apresenta-se, por outro lado, como superador das limitações impostas por uma concepção necessitaria da razão que desde há três séculos, e sob a influência do cartesianismo, domina os debates filosóficos. Mas ainda: gesto superador – que no pensamento de Perelman se traduz num alargamento da noção de razão -, este é, também, um gesto salvador da própria tradição racionalista Ocidental.

Dentro dessa perspectiva de superação de modelos cartesianos, a Nova Retórica propõe uma razão dialógica, que se coaduna com a interpretação jurídica, sobremodo na análise da atividade jurisdicional.

Por muito tempo o ideal jurídico foi a procura pela aplicação justa da lei entre todas as opções possíveis, porém a conclusão era sempre pela impossibilidade do direito redundar em uma fórmula de aplicação impositiva matemática. Diante de tal limitação, a Nova Retórica surge como uma forma de convencer/demonstrar o argumento defendido, refutando/excluindo as argumentações contrárias.

Assim, o “racional” em Perelman é a procura, na prática, de soluções de continuidade das mudanças para a organização social, através da adesão dos homens à idéias , valores e normas, conforme mostra-nos GRÁCIO (1993, p.24)

> Um ponto deve, pois, ser vincado: o movimento filosófico a que assistimos na “nova retórica” de Perelman não parte de ideais que caracterizam e configuram a priori a razão, desenvolvendo-se a posteriori a filosofia que convém e sustenta tal concepção ideal; ao invés, os seus pontos de partida são mais simples e pragmáticos possível: 1) os homens têm que organizar-se entre si; 2) esta organização, para evitar soluções de pura violência, implica a capacidade para se estabelecerem acordos e partilharem convicções; 3) é na adesão colectiva, explícita ou implícita, a valores que se funda a vida social; 4) a razão intervém quando a ordem estabelecida necessita de renovação ou se verificam transformações que há que justificar.

Trabalhando na perspectiva de uma teoria argumentativa, teremos o embate de idéias pelos interlocutores, dirigidos ao auditório de ouvintes, para ao final conquistar sua adesão.

3. Auditórios

Em um primeiro momento faz-se necessário delimitar qual será o auditório de ouvintes ao qual são direcionados os argumentos em uma decisão judicial. Cabe lembrar que na retórica tem-se como auditório a(s) pessoa(s) à(s) quem/quais se pretende influenciar e angariar sua adesão.

Tradicionalmente no campo da decisão judicial, temos como oradores opostos os advogados dos litigantes expondo suas razões ao magistrado que irá decidir a querela. No caso dos processos judiciais que tratam de união estável e casamento, não existe a figura do *ex adverso,* porém teremos ou o membro do Ministério Público na figura de guardião dos interesses da sociedade, ou o próprio magistrado que argumenta contrariamente à tese advogada de permissibilidade da união igualitária, em uma posição ligada à manutenção do *status quo* do sistema jurídico.

Posto isto, tem-se que o auditório nos casos telados ora é representado por aquele que decide (juiz), ora pelo universo das instâncias revisionais que procederão com a verificação da conformidade com os cânones do direito, podendo manter ou derrubar a decisão proferida. Por fim, temos o auditório da sociedade como um todo que, por se tratar de questão afeta a grupos políticos, religiosos, econômicos, desperta um interesse geral alimentado pela mídia.

Diante desses três auditórios temos uma gradação de tamanho e especificação técnica dos ouvintes.

Auditórios	Menor	Médio	Maior
Tamanho	Juízo monocrático	Instâncias revisionais (Tribunais Superiores e Câmaras Recursais)	Sociedade
Especificação Técnica	Sociedade	Juízo monocrático	Instâncias revisionais (Tribunais Superiores e Câmaras Recursais)

Atenta-se que no auditório composto pela sociedade a questão da tecnicidade do direito e sua conformação com os cânones não é tão importante, ganhando uma valoração de destaque os discursos que privilegiam elementos políticos e culturais.

Há de se observar ainda, que o juiz monocrático, que é auditório singular em um primeiro momento, passa a ser orador em outro, pois sua decisão deverá obter a adesão dos auditórios maiores (sociedade e instâncias revisionais). Conforme PERELMAN (1993, p. 166-167): "Para Aristóteles, todo o auditório é um juiz que deve, afinal, pronunciar-se sobre a superioridade de uma ou outra das teses controversas."

Temos ainda que a sociedade poderá ser qualificada como o auditório universal por sua formação heterogênea, ao passo que o juiz monocrático tende a ser identificado com o auditório especializado que congrega dos mesmos acordos do auditório de elite representado pela instância revisional.

4. Acordo e Apresentação dos Dados

O início da argumentação pressupõe um acordo prévio entre o orador e o auditório, com a definição do ponto de partida de onde surgirão os raciocínios posteriores. No caso da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o acordo não necessariamente

será a conformação com a norma jurídica ou os princípios do direito, pois uma argumentação dirigida ao auditório maior da sociedade não será baseada em pressupostos técnicos, podendo utilizar de outros elementos como cultura, religião, política.

Temos como acordo do auditório universal tradicionalmente os fatos, verdades e presunções, enquanto referente a grupos particulares os valores, hierarquias e lugares do preferível.

Aqui cabe uma interessante observação. Como acordo específico, o valor pressupõe uma adesão parcial do auditório, por outro lado, pode estar tão arraigado no sistema de cresças que ganharia *status* de fato ou verdade. É o que pode ocorrer com a valoração da defesa da família, como pilar da sociedade, esquecendo-se que a proteção prevista no sistema jurídico não é à instituição chamada família, mas sim aos entes que a formam, sejam eles de sexos diferentes ou iguais.

Ainda que a análise feita neste trabalho não contemple todas as possibilidades que possam ser verificadas, devemos chamar a atenção para a utilização dos *topoi* na dinâmica do tema em questão. Os lugares comuns, *topoi*, aqui colocados como de quantidade, apoiam a argumentação pela manutenção da identidade matrimonial tradicional, utilizando a força da maioria para conformar o direito à sua vontade. Em contraposição, teremos o lugar da qualidade privilegiando, o novo, a modificação da norma(lidade) para abarcar as diferenças dos grupos LGBTs, quebrando a dinâmica de passagem do normal à norma, PERELMAN (2002, p.99)

> O que se apresenta mais amiúde, o habitual, o normal, é objeto de um dos lugares utilizados com mais frequência, a tal ponto que a passagem do que se faz ao que é preciso fazer, do normal à norma, parece, para muitos, ser natural. Apenas o lugar da quantidade autoriza essa assimilação, essa passagem do normal, que expressa uma frequência, um aspecto quantitativo das coisas, à norma que afirma que tal frequência é favorável e que cumpre conformar-se a ela.

O discurso de convencimento utilizado pelo orador para defender a posição contrária à admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo recorre constantemente à ausência de previsão legal, afirmando que a norma regulamentadora, a Constituição Federal e o Código Civil, é clara ao especificar a modalidade casamento como união entre homem e mulher. Na Constituição Federal de 1988 temos:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 1º - Omissis
> § 2º - Omissis

> § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Utilizando-se de um modelo argumentativo exegeta, o orador procura limitar a atividade jurisdicional apenas à aplicação da lei de maneira silogística ao fato.

Para o Código Civil de 2002: "Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados." A escolha por ressaltar os signos homem/mulher presentes na lei confere a esses elementos presença, abandonando, convenientemente, outros elementos como, por exemplo, o princípio da dignidade humana e a igualdade material.

Cabe lembrar que toda argumentação é seletiva no momento de expor seus dados, o orador escolhe destacar o código binário macho/fêmea para convencer o auditório através de uma fácil assimilação do seu ponto de vista interpretativo, conforme leciona PERELMAN (2002, p.132):

> A presença atua de um modo direto sobre a nossa sensibilidade. É dado psicológico que, como mostra Piaget, exerce uma ação já no nível da percepção: por ocasião do confronto de dois elementos, por exemplo, um padrão fixo e grandezas variáveis com as quais ele é comparado, aquilo que o olhar esta centrado, o que é visto de um modo melhor ou com mais frequência é, apenas por isso, supervalorizado.

A escolha intencional de elementos mostra-se uma técnica utilizada pelos dois lados, pois aqueles que defendem o casamento igualitário preferem utilizar o termo "homoafetivo[1]" à "homossexual" não despretensiosamente.

A conjugação das partículas "homo"+"afetivo" evoca uma visão afetiva/monogâmica da relação entre aqueles que querem ter o direito ao casamento igualitário, afastando a significação sexual/poligâmica que tradicionalmente a sociedade lança aos grupos LGBTs. Interessante observar que a criação da presença relacionada ao termo homoafetivo é uma tentativa de fazer a inovação normativa ser mais palatável para o auditório assumidamente tradicionalista. Do ponto de vista da teoria da argumentação é uma excelente saída de adaptação utilizada pelo orador diante de um auditório que não conjuga das mesmas aspirações que o orador, ou seja, o interesse pela modificação do núcleo definidor do instituto do casamento. A adaptabilidade do orador é mais do que uma técnica de adesão do espírito do

[1] O termo Homoafetivo passou a ser utilizado no Direito Brasileiro por criação da Desembargadora, hoje aposentada, Maria Berenice Dias.

auditório, é condição de continuação da existência da própria retórica, PERELMAN (2002, p.28): “Há apenas uma regra a esse respeito, que é a adaptação do discurso ao auditório, seja ele qual for: o fundo e a forma de certos argumentos, apropriados a certas circunstâncias, podem parecer ridículos noutras.”

A ruptura com estruturas mentais não são fáceis, ainda mais quando envolvem o poder e a crença, dois elementos presentes na dinâmica da formação e manutenção familiar, onde o casamento, como instituição, tem sua origem e evolução atrelada à noções religiosas. Assim, justificam-se até mesmo as formas verbais usadas e seus significados com neologismos estrategicamente criados para projetar imagens do que é desejável.

5. Constitucionalismo E Efetividade

A figura do Juiz definida no ambiente do direito brasileiro hodierno, ganha destaque através das decisões emanadas pelos Tribunais Superiores, repercutindo em um crescente ativismo judicial que parece encaixar-se perfeitamente com o aumento da judicialização das relações sociais.

Esse ativismo encontra defesa por estudiosos que o entende como uma resposta às omissões/lacunas/ausências do legislativo. A Função Legiferante deveria se encarregar de criações que espelhassem a vontade dos cidadãos, porém sua latente demora em dar resposta a alguns anseios da sociedade, bem como o jogo político que por vezes privilegia os interesses de grupos com vinculação duvidosa ao interesse geral, enseja que a atividade jurisdicional seja a mola de amortecimento das tensões sociais. A Função Jurisdicional pode servir para subverter as relações de poder ou arraigá-las.

A passagem do foco de legitimidade na criação do direito, do legislador ao magistrado, incorpora um debate sobre a evolução da interpretação do direito. Tal debate parte da jurisprudência dos conceitos para chegar, atualmente, a jurisprudência dos valores, onde a primeira esta atrelada à sistematização do ordenamento jurídico e o direito como a lei escrita, e a segunda privilegia a interpretação com base em princípios, especialmente, os constitucionais. Para CARMARGO (2003, p. 20): “Os valores que comandam a ação advêm tanto do ato do legislador, quando este decide o caso típico (valores internos à lei), quanto do ato do juiz, quando, com base na decisão do legislador, decide o caso concreto (valores externos ao âmbito da lei).”

O interprete legítimo constitucional ganha projeção ao analisar ações de controle de constitucionalidade sobre atos normativos que impactam diretamente na sociedade, estando as funções de estado subordinadas à legalidade constitucional para fins de criação e inovação do sistema jurídico. O que temos efetivamente, são atos normativos dos vários níveis do subordinados à possível controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Esse atuar do Judiciário ao analisar processos relacionados ao controle constitucional dos atos normativos é o embrião do ativismo judicial relacionado à judicialização do modelo brasileiro atual.

O ativismo judicial é uma postura decisional que implica na atuação do magistrado em interferir no campo das políticas públicas, buscando alargar o campo de aplicação da norma para promover uma real efetivação do direito sob análise na lide processual.

Sobre tal postura, (ROCHA,2013)., informa que falta muitas vezes uma preocupação pragmática sobre os efeitos práticos das decisões originárias da postura ativista, não obstante ser o ativismo uma resposta do Judiciário à ineficiência do Executivo em garantir acesso aos direitos sociais à todos os cidadãos.

Dessa maneira, tem-se que a interpretação nunca é um comportamento reprodutivo, mas sim produtivo, gerando modificações no sistema jurídico. Ao julgar a Ação de Declaratória de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132 e decidir pela possibilidade da união estável entre casais do mesmo sexo, o Excelso Sodalício utilizou a interpretação conforme a Constituição para resolver o problema da ausência de legislação específica para disciplinar o caso.

Procura-se na teorização da interpretação constitucional uma aproximação da teoria ideal, porém corre-se o risco de cair em uma mixórdia de postulados ou ainda em um programa interpretativo que faz os princípios entre si parecerem desconexos de um sistema jurídico integrado.

A regra de aplicação no caso de colisão de princípios é descrita por ALEXY (2012) como “lei de colisão”, que de maneira geral significa que como cada princípio é um mandamento de otimização e que não existe precedência geral entre eles, no caso de colisão em algum caso concreto, deverá verificar a precedência existente de acordo com aquelas condições, gerando específicas consequências jurídicas.

A jurisprudência dos princípios, ao proporcionar uma abertura cognitiva/interpretativa com fulcro em valores tais como justiça e equidade, utiliza da proposta de uma teoria argumentativa de Perelman, diante da incompletude do direito positivo. A impossibilidade normativa de prever todas as variáveis da realidade exige fontes outras que não o direito

positivo e a dogmática jurídica na atividade judicante do magistrado, conforme ALEXY (2012, p.36):

> A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de ser uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor.

No caso específico dos julgados que versam sobre união entre pessoas do mesmo sexo, temos uma recorrente utilização da doutrina do eudemonismo aristotélico, passando a analisar uma pretensão jurídica também pelo viés da busca da felicidade, conforme o voto do Ministro Luiz Fux, na ADI 4277.

> De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.

Não só os princípios constitucionais tradicionais e irradiadores passam a integrar a atividade jurisdicional, mas também valores culturais que significam uma integração maior entre o direito e os outros subsistemas da sociedade, apontando possibilidades de soluções para a incompletude do sistema jurídico que não pode comportar todos os matizes sociais.

Diante da ineficiência na atuação do Legislativo em propiciar uma reforma legiferante que atualize o código normativo à evolução social, a população busca sua satisfação através da tutela jurisdicional. A Função Judiciária passa a ser encarada como instância última que suplantaria a ineficiência do Legislador em atender a demanda social.

A teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição é dogmática, entendendo-se como dogmática as três dimensões abarcadas da dogmática jurídica: analítica, empírica e normativa.

A dimensão analítica é a pormenorização conceitual do direito vigente, partindo dos conceitos elementares, passando pelas construções jurídicas até o exame das estruturas (fundamentos) do sistema e irradiamento. Quanto à dimensão empírica pode ser compreendida a partir de dois pontos: em relação à cognição do direito positivo válido e em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica, (ALEXY, 2012). A primeira acepção engloba a efetividade e análise jurisprudencial, indo além da validade. Quanto à segunda, informa que o direito positivo válido não se esgota em apenas observar

algum fato, mas deve levar em consideração fatores que possam transformar aquilo em jurígeno. Em que se utiliza neste trabalho a perspectiva da dimensão empírica nas premissas que são eleitas para a justificação das decisões dos Tribunais Superiores.

No tocante à dimensão normativa, mostra-se como a crítica à práxis jurídica, sobremodo a jurisprudencial, em uma tentativa de apresentar respostas racionais às lacunas deixadas pela norma previamente apresentada.

A noção do direito positivo vigente é ocupação da dimensão empírica. Nos casos mais complicados, o substrato normativo que pode ser obtido por meio da dimensão empírica não é satisfatório para fundamentar um juízo concreto de dever ser. Isso conduz à utilização de juízos de valores complementares e, com isso, à dimensão normativa. Precisão conceitual, e consequente ausência de contradição somando-se à coerência das assertivas, são pressupostos da racionalidade de todas as ciências. Os incontáveis problemas conceituais e sistemáticos dos direitos fundamentais confirmam o importante papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretende cumprir sua tarefa de maneira racional.

Teorias sobre direitos fundamentais parecem apresentar dois problemas, um deles a abstração, em sua maioria apenas apresentando hipóteses e não levando em conta as três dimensões da dogmática. A segunda dificuldade se encontra que consideradas isoladamente as teorias tendem a ser incompletas, tornando-se uma teoria unipolar, não explicando o universo dos direitos fundamentais sem recorrer sub-repticiamente às outras.

Procura-se na dogmática uma aproximação da resposta ideal para a construção de um sistema jurídico coeso, porém corre-se o risco de cair em uma mixórdia de postulados ou ainda em um programa interpretativo que faz parecer a teoria dos direitos fundamentais insuficiente se ela não for ampla.

A dogmática reduz a complexidade da norma no momento que debate criações doutrinárias e busca uma lógica de coerência das interpretações judiciais, utilizando apenas como ideia básica a descoberta da decisão correta na própria norma, assim, os estudos dogmáticos podem não considerar as várias interpretações possíveis e os diferentes fatores, inclusive ideológicos que perpassam o convencimento do ente decisional.

A ponderação de princípios significa o balanceamento dos direitos fundamentais através da utilização de princípios jurídicos quando de sua aplicação, de forma a conseguir o maior aproveitamento e racionalidade nas decisões judiciais.

A teoria da ponderação de princípios tem como grandes contribuidores os teóricos da argumentação, tais como, Chaïm Perelman (PERELMAN, 1996), Ronald Dworkin (DWORKIN, 2012) e Robert Alexy (ALEXY, 2007), que influenciaram através de seus

estudos a parte da elucidação de problemas de choques entre duas garantias positivadas em ordenamentos jurídicos ou embate entre princípios quando analisado casos concretos.

O cerne da ideia de ponderação de princípios é que não seria possível afirmar que uma norma é um princípio ou regra somente pela análise de suas características ontológicas, o que se pode é valorá-la de acordo com a decisão a ser tomada, tratando-a como regra ou princípio.

Como forma de imprimir maior racionalidade nas análises de casos difíceis que utilizam de matéria constitucional pelo judiciário, Alexy criou a "fórmula de peso" que busca dar uma resposta prática ao dilema de conflitos entre princípios.

Dessa maneira, o grau de racionalidade resultaria da estruturação lógica resultante dos juízos de valores quanto à relação entre utilização e satisfação dos princípios jurídicos envolvidos, bem como da veracidade sobre as questões fáticas apresentadas. Portanto, além do juízo sobre a intensidade de utilização/satisfação dos princípios jurídicos, também é possível se afirmar que a intensidade da confiabilidade sobre as premissas reais-fáticas permitiriam expressar a criação da "fórmula de peso".

O resultado da aplicação da fórmula de peso é a atribuição de pesos à princípios em conflitos, valorando-os, com o fim de estabelecer se algum deve prevalecer sobre o outro e em que medida, sem excluir a possibilidade de igual medida de peso entre os princípios.

Considerando os elementos lógicos da aplicação da teoria de Alexy, o resultado pode ser considerado aceitável se racionalmente embasada com a utilização de suportes argumentativos onde seja possível atribuir valores aos elementos da utilização/satisfação e certeza quanto às premissas fáticas.

Diante do aumento das atuais formas de interpretação, analisa-se o processo de tomada de decisão de formar a promover uma lógica decisional que não se contenta apenas com o estruturalismo formal do positivismo. Assim, surge o paradigma principiológico utilizado na hermenêutica constitucional e absorvido pela práxis judicial brasileira.

6. Conclusão

As decisões judiciais que já necessitavam de uma conformação dentro da tecnicidade do direito, passaram a sofrer cobranças dentro de uma dimensão de aceitação da sociedade, sobremodo as questões que versam sobre temas constitucionais. Essa perspectiva dialógica do sistema jurídico com outros sistemas reforça a legitimidade da atividade jurisdicional, e abre espaço para que sejam discutidos valores que não se encontram contemplados na normatividade.

O debate sobre novas perspectivas da família mostra a abertura do judiciário brasileiro às idéias que não necessariamente são encontradas nos livros de direito. O uso do componente "busca da felicidade" de maneira complementar aos princípios constitucionais demonstra que o direito não mais se conforma a ser informado apenas pelo positivismo da norma. É de se questionar sobre um possível Estado Democrático Social de Direito Afetivo devido aos discursos de fundamentação das decisões judiciais sempre remeterem ao componente afetivo que condiciona a existência de um núcleo familiar.

É certo que rupturas com estruturas mentais não são fáceis ainda mais quando envolvem o poder, e o termo família tem significado além do instituto jurídico que se procurou debater nas decisões retromencionadas. A estrutura mental da idéia de família perpassa conceitos morais e religiosos que não necessariamente se coadunam com a diversidade cultural e sexual. Todavia, a conquista do casamento igualitário é uma aquisição de empoderamento de um grupo marginalizado jurídico-político-social.

Cabe ainda fazer um adendo sobre a possível crítica que se tem feito quanto à utilização do termo homoafetividade. A utilização de tal signo exprime na verdade uma adequação ao modelo heteronormativo, significando que a introdução da comunidade LGBT só pode ser recepcionada pelo sistema normativo enquanto enquadrada em um padrão de afetividade, sensibilidade, monogâmico, beirando a vitimização. A aceitação por tal termo, não parece privilegiar a diversidade sexual e o seu livre exercício, mas antes mascara uma hipocrisia jurídico-social.

O magistrado, quando decide um caso concreto, está tornando real uma prescrição legal subjetiva, optando por quais provas irá considerar para embasar sua escolha na busca da verdade, assim como,estará também justificando sua ideologia e os motivos sub-reptícios que não estão claramente presente no corpo decisional. Ele desenvolve de maneira natural a atividade criadora do direito, não se limitando à aplicação da norma a caso em deslinde, realizando uma atividade hermenêutica criadora, seja para atualizar o sistema jurídico, seja para dar estabilidade ao mesmo.

A busca de uma previsibilidade das decisões judiciais exige a introdução de um componente racional que possibilite que as decisões sejam limitadas à condicionantes controladas.E as repetições dessas decisões favoreceriam a confiança da sociedade em demandar junto aquele órgão jurisdicional, pois existiria a previsão de que a sentença/acórdão seja favorável desde que presente nos autos os documentos necessários para a formação do convencimento do ente decisional, além da lesão ao direito subjetivo.

A base informacional das decisões, portanto, especifica as variáveis que estão diretamente envolvidas na escolha do magistrado ou nos arranjos alternativos possíveis para o resultado decisional.

É certo que o tema da inovação jurídica através do reconhecimento de direitos de grupos marginalizado pode ser verificado por outros aportes teóricos, mas aqui ficou claro a possibilidade, e atualidade, da Nova Retórica proposta por Perelman ser utilizada para analisar tal fenômeno, coadunando-se com a jurisprudência dos valores na interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático.** Trad. Heck, Luís Afonso. In Revista de Direito Administrativo, 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, pp. 67/79.

_____. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Trad. Heck, Luís Afonso. In Revista de Direito Administrativo, 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, pp. 55/66.

_____.ADLER, Ruth e MACCORMICK, Neil. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Oxford University Press. Reino Unido. 2009.

____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado, 1988.

_____. **Lei nº10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DOU 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela adi nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à constituição" ao art. 1.723 do código civil. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Min. Ayres Brito. Dje nº198. 13 Nov 2011.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao estudo do direito**. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar. 2003.

DIAS, M. B. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

GRÁCIO, R. **Racionalidade Argumentativa**. Porto: Asa, 1993

PERELMAN. Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA. Lucie. **Tratado de Argumentação: A nova retórica.** 1 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

_____. **O Império Retórico**. Tradução: Fernando Trindade e Rui Grácio. Porto: Asa, 1993.

_____. **Lógica Jurídica: Nova Retórica.** São Paulo. Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial edireito à saúde: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?,** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.