

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

FERNANDO GALINDO AYUDA

LEONEL SEVERO ROCHA

RENATO CÉSAR CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha, Renato César Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-106-7

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

Buscar a unidade na multiplicidade, o universal no concreto: este sempre foi o escopo de parte considerável dos esforços filosóficos que se empreendem desde o mundo helênico. Entre Tales e Parmênides, Platão e Espinosa, Hegel e Schopenhauer, para citar alguns, definir a questão filosófica por excelência não era objeto de controvérsia. Nunca, no entanto, contou com aceitação geral ou pacífica tal projeto de filosofia: quimera inalcançável, diziam alguns, projeto irrealizável, natimorto, fadado ao fracasso, alardeavam outros tantos.

O livro que agora apresentamos, longe de contribuir na resolução do problema, só faz agravá-lo: não obstante sua indiscutível unidade e coerência enquanto obra de sólida Filosofia do Direito, que se note de imediato a multiplicidade de temas, perspectivas, autores, abordagens e "filosofias" que desfila. A tensão e a dialeticidade do um e do múltiplo, do particular e do universal, parecem aqui espelhadas na própria tessitura e natureza mesma deste livro.

O CASAMENTO HOMOSSEXUAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: DA PENUMBRA AO ARCO-ÍRIS

THE GAY MARRIAGE IN THE UNITED STATES OF AMERICA: FROM THE "PENUMBRAL AREA" TO THE RAINBOW

Marília Alves de Carvalho e Silva

Resumo

O presente trabalho pretende, primordialmente, investigar as relações entre a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que reconheceu a legalidade do casamento homossexual, e a noção de zona de penumbra, desenvolvida por Herbert L. A. Hart. Tem-se como base para o estudo a conexão entre a discussão dos juízes acerca do conceito de casamento e o debate entre Hart e Lon Fuller sobre o que integraria a concepção de veículos proibidos. A princípio, realizou-se uma apresentação do caso julgado pela Suprema Corte e do pensamento de Hart no que tange a discricionariedade e a textura aberta do direito. Em seguida, foi elaborado um estudo sobre como as ideias do autor ainda são atuais e aplicáveis à decisão em análise. Estabelecidos os pressupostos teóricos, objetiva-se elucidar que a textura aberta é uma necessidade inerente a qualquer sociedade complexa que transforma o ordenamento ao mesmo tempo em que é por ele transformada.

Palavras-chave: Discricionariedade, Zona de penumbra, Casamento homossexual

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to investigate the relationship between the US Supreme Court decision that recognized the legality of same-sex marriage and the notion of "penumbral area" developed by Herbert LA Hart. This study is based on the connection between the judges discussion about the concept of "marriage" and the debate between Hart and Lon Fuller about the concept of "vehicle". First, the paper provides a presentation of the case decided by the Supreme Court and of Harts thoughts on discretion and the open texture of law. Then, the paper attempts to show how Harts ideas are still current and applicable to the decision under review. Once the theoretical assumptions are established, the objective will be to elucidate that the open texture is an inherent necessity in any complex society that transforms the legal order while being transformed by it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretion, Penumbral area, Gay marriage

Introdução

Estados Unidos da América, 26 de junho de 2015: A Suprema Corte do país reconhece a legalidade do casamento homossexual em todo o território nacional. Anos antes, em 1962: Herbert Lionel Adolphus Hart ministra três palestras na *Stanford University* focando em uma das diversas relações entre direito e moral, onde opõe-se à punição legal de condutas consideradas imorais. Tais palestras resultaram no livro *Law, Liberty and Morality*, publicado no ano seguinte.

A distância temporal entre os fatos supracitados demonstra que a coerção legal da moralidade não é um tema novo e tampouco recebe tratamento uniforme. Nesse sentido, embora hodiernamente a homossexualidade não seja mais punida com sanções criminais (em países como os Estados Unidos e Inglaterra), ainda há outras formas de alijar os homossexuais dos direitos mais fundamentais. Prova disso é que, até a referida decisão, os Estados de Michigan, Kentucky, Ohio, entre outros, ainda negavam o reconhecimento jurídico ao casamento entre pessoas do mesmo sexo¹.

A repercussão da decisão da Suprema Corte aliada ao estudo de *Law, Liberty and Morality* motivaram o presente artigo. O recente julgamento, em contraste com um livro que já foi publicado há mais de meio século tornou evidente que, apesar de antigas, as questões legais envolvendo a vulnerabilidade dos homossexuais ainda merecem atenção.

Considerando que Hart vislumbra direito e moral como fenômenos distintos, mas relacionados², suas ideias parecem adequadas para concretizar uma análise comprometida com a legalidade e também com os novos anseios sociais. Dessa forma, o presente artigo se propõe a investigar como a concepção contemporânea do casamento pode ser afetada por uma “zona de penumbra”.

Para tanto, primeiramente será contextualizada a referida decisão da Suprema Corte, traçando um paralelo entre este caso concreto e a proibição hipotética de veículos no parque desenvolvida por Hart e comentada por alguns doutrinadores, como Frederick Schauer.

A seguir, proceder-se-á a uma análise dos conceitos principais, como zona de penumbra, discricionariedade, textura aberta e formalismo, para no ponto seguinte relacioná-

¹ *OBERGEFELL V. HODGES*, p. 1. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 10 jul. 2015.

² Hart, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. IX.

los aos casos estudados na primeira parte deste trabalho. A terceira parte objetiva também demonstrar que esta relação pode desaguar em decisões mais adequadas, de acordo com a ideia de adequação interna da norma, desenvolvida pela professora Ana Lucia Sabadell.

Para finalizar, o que se busca na conclusão é demonstrar como os conceitos de zona de penumbra e textura aberta possibilitam decisões que se moldam de forma mais eficaz às demandas sociais, como ocorreu no caso em tela.

1. O casamento e os veículos sob a mesma luz

1.1 A Suprema Corte iluminando a penumbra

James Obergefell e John Arthur se conheceram há duas décadas, se apaixonaram e viveram juntos. No decorrer dessa união, Arthur foi diagnosticado com esclerose lateral amiotrófica, uma doença incurável. Então, eles decidiram casar e viajaram de Ohio para Maryland, onde contraíram núpcias, uma vez que lá a união civil entre pessoas do mesmo sexo é legalizada. Três meses depois, Arthur faleceu e a lei de Ohio impediu que Obergefell fosse listado como cônjuge na certidão de óbito³.

Este foi apenas um dos casos que gerou imensa contradição entre a segurança que deveria ser assegurada por uma decisão judicial e o real efeito da mesma. Outros quatorze casais homossexuais e dois homens cujos parceiros faleceram entraram com ações na *Federal District Court* dos seus Estados de origem para ter o reconhecimento de suas uniões em todo o território norte-americano, assim como é assegurado aos casais heterossexuais.

O argumento principal dos autores das ações foi a violação do *Fourteenth Amendment*, o qual estabelece a obrigatoriedade de reconhecer o casamento de pessoas do mesmo sexo quando este for legalmente realizado em outro Estado. Apesar desta previsão, os Estados de origem dos casais negaram-lhes não apenas o direito ao casamento, mas também o reconhecimento do casamento realizado fora de seu território. Então, cada *District Court* proferiu uma decisão favorável aos autores, mas o *Sixth Circuit* reverteu este posicionamento.

³ *OBERGEFELL V. HODGES. Opinion of the Court* p. 4-5. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 10 jul. 2015.

Entre os argumentos contrários ao reconhecimento do casamento homossexual destaca-se a crença de que isso caracterizaria uma afronta a uma instituição secular. Diametralmente opostos a este entendimento estão aqueles que acreditam que a história do casamento é feita também de mudanças, e atualmente profundas transformações na estrutura desta instituição já modificaram aspectos que antes eram considerados essenciais.

Nesse ponto insta ressaltar que não foi apenas a concepção de casamento que mudou, mas também a forma de enxergar a homossexualidade sofreu inúmeras transformações, embora muitas outras ainda sejam necessárias. Há pouco mais de cinquenta anos, Hart proferiu palestras versando sobre a punição de condutas consideradas imorais, uma vez que nessa ocasião a coerção legal da moralidade era amplamente admitida e incentivada.

Estas palestras resultaram no livro *Law, Liberty and Morality*, onde o autor se posicionava de forma contrária a criminalização das condutas apenas por afronta à moralidade convencional, afirmando que isso não devia ser uma preocupação da legislação. Para desenvolver sua ideia, Hart parte de uma premissa desenvolvida por John Stuart Mill em seu ensaio *On liberty*, apesar de não concordar integralmente com ele. De acordo com Mill, a única razão para se punir uma pessoa é impedir que ela cause dano aos demais.

Na época em que o livro foi publicado havia um reflorescimento do que pode ser chamado de “moralidade legal”. Consequentemente, houve também o crescimento da noção de que os tribunais podem funcionar como *custos morum*, ou como censores e guardiões gerais dos costumes, conforme Hart colaciona: “*Judges both in their judicial capacity and in extra-judicial statements have gone out of their (way?) to express the view that the enforcement of sexual morality is a proper part of law business*”⁴.

Aqui não seria oportuno realizar uma digressão cansativa, mas apenas evidenciar que os homossexuais eram criminalizados há pouco mais de meio século, e hoje deveriam possuir os mesmos direitos que os heterossexuais (embora no momento isso ainda não seja uma realidade). Este é inclusive um argumento ventilado na própria decisão da Suprema Corte, que dispõe:

Well into the 20th century, many States condemned same-sex intimacy as immoral, and homosexuality was treated as an illness. Later in the century, cultural and political developments allowed same-sex couples

⁴ Hart, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1963, p. 06

*to lead more open and public lives. Extensive public and private dialogue followed, along with shifts in public attitudes. Questions about the legal treatment of gays and lesbians soon reached the courts, where they could be discussed in the formal discourse of the law*⁵.

Além disso, pretende-se demonstrar também que Hart já havia percebido naquela ocasião a tendência de alguns juízes se considerarem uma espécie de guardiões da moral. Tendo isso em mente, o autor parece correto ao afirmar que direito e moral são esferas distintas, mas que se auto-implicam.

Apesar de ser evidente a transformação sofrida pela concepção clássica de casamento, houve juízes dissidentes. Foi o caso do Chefe de Justiça John G. Roberts, que inicia seu posicionamento remetendo a uma antiga discussão dos utilitaristas, em especial Bentham e Austin, que insistiam na distinção entre como o direito é e como deve ser. O Chefe de Justiça defende que os juízes têm poderes para dizer o que a lei é, e não o que deve ser. Nas palavras do mesmo: *“But this Court is not a legislature. Whether same-sex marriage is a good idea should be of no concern to us. Under the Constitution, judges have power to say what the law is, not what it should be”*⁶.

O juiz prossegue afirmando que o direito fundamental ao casamento não inclui o direito de mudar sua definição. Sendo assim, cada Estado seria livre para dilatar a concepção deste instituto, de modo a incluir ou excluir casais do mesmo sexo. No entanto, ao ordenar este reconhecimento, a Corte faz uma dramática mudança social, haja vista a inexistência de base constitucional ou precedente da Suprema Corte.

Dessa forma, torna-se cristalino que para o Chefe de Justiça a questão central é saber em que consiste o “casamento” e quem são os legitimados para decidir essa questão. De acordo com ele: *“The real question in these cases is what constitutes ‘marriage’, or - more precisely - who decides what constitutes ‘marriage’?”*⁷

Então, Roberts procede a uma análise conceitual desta instituição, aduzindo que ao longo dos milênios uma característica necessária sempre foi a existência de um homem e uma

⁵ *OBERGEFELL V. HODGES*, p. 1. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 10 jul. 2015.

⁶ *Ibidem*, ROBERTS, C. J., *dissenting*, p. 2.

⁷ *OBERGEFELL V. HODGES*. ROBERTS, C. J., *dissenting*, p. 4. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 10 jul. 2015

mulher, e que isso não é mera coincidência histórica. A razão disso seria a necessidade de assegurar estabilidade à prole, sendo a procriação resultado da relação sexual entre pessoas de sexos opostos. Alega ainda que este foi o entendimento que prevaleceu nos Estados Unidos ao longo da história e remete a William Blackstone, o qual entendeu que a união entre marido e mulher é uma das melhores relações da vida privada⁸.

Além disso, aduz que os precedentes da Corte sempre se pautaram na definição tradicional de casamento e, apesar de alguns aspectos terem mudado, o componente da procriação sempre esteve presente. Assim, percebe-se que há anos Hart já alertava para o fato de os juízes britânicos punirem condutas que a legislação não criminalizava, violando o princípio *nullum crime sine lege*. Contudo, embora tanto tempo tenha se passado, o magistrado norte americano parece ainda hoje estar contaminado de uma mentalidade moralista.

Analisando o exposto, é possível perceber que o Chefe de Justiça argumenta com base na definição de casamento, que para ele deve permanecer centrada na necessidade de ser um casal de sexos distintos. Apesar de reconhecer que houve mudanças na sociedade, Roberts parece não perceber que todas essas transformações sociais fazem com que a concepção de casamento hodierna adquira uma zona de penumbra. Portanto, o casamento homossexual insere-se fora do “núcleo duro” incontestável, o que não significa que casamento seja um conceito imutável e estático.

1.2 Os Veículos atravessando a penumbra

Uma outra discussão sobre o significado de uma palavra e sua zona de incerteza pode ser encontrada no exemplo hipotético fornecido por Hart acerca da proibição de veículos no parque. A hipótese consiste em imaginar uma regra que proíbe o tráfego de veículos nos parques públicos.

Apesar de aparentemente ser uma regra clara, a utilização do termo geral “veículo” gera dúvidas acerca do que estaria inserido nessa definição. Assim como no caso do casamento, há um núcleo duro onde certamente estão os automóveis. No entanto, bicicletas, aviões, entre outros, localizam-se nessa “zona de penumbra”, uma vez que possuem semelhanças com o caso padrão, mas também existem diferenças.

⁸ Ibidem, p. 6.

A despeito de sua simplicidade, o exemplo não é banal ou frívolo. Prova disso é o fato de ser um dos pontos de referência da jurisprudência moderna, tendo figurado como alvo de alguns debates, como o que foi travado entre o autor e Lon Fuller, que será analisado a seguir.

2. Definindo a indefinição

Diante dos exemplos mencionados, é necessário compreender o equívoco cometido pelo Chefe de Justiça ao compartimentar as noções de ser e dever ser. Para aclarar esta distinção, faz-se mister elucidar as definições fornecidas por Hart, que já alertava:

Mesmo se aquilo que os Utilitaristas sustentavam nesse ponto estivesse correto, sua insistência a seu respeito, por meio de uma terminologia que sugeria uma separação geral (*general cleavage*) entre o que é e o que deveria ser o direito, obscureceu o fato de que, em outros momentos, há um ponto de contato essencial entre os dois⁹.

Antes de prosseguir cumpre, no entanto, desfazer um possível mal entendido que pode vir a surgir posteriormente. Não se pretende negar os méritos dos utilitaristas, mas demonstrar que algumas vezes a diferença entre o caso-padrão e os casos discutíveis é uma questão de grau ou “constitui de fato um complexo de elementos concomitantes, mas distintos, um ou mais dos quais podem faltar nos casos questionáveis¹⁰”.

Em função disso, muitas vezes o Poder Judiciário é obrigado a decidir situações em que o significado das palavras deixa margem a interpretações diversas, uma vez que todas as normas tem uma “penumbra de incerteza¹¹”. Isso ocorre porque muitas vezes há dúvidas sobre se um termo específico se aplica em um determinado caso concreto, em virtude de vagueza inerente àquela regra.

Esta característica é decorrente da necessidade que o direito tem de regular uma imensa variedade de situações e condutas, o que é possível através da edição de *normas gerais*. Quanto mais complexa a sociedade vai se tornando, mais difícil é essa tarefa, uma vez

⁹ Hart, H. L. A. O Positivismo e a Separação entre Direito e Moral. In: Hart, H. L. A. *Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61.

¹⁰ Hart, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 05.

¹¹ *Ibidem*, p. 16.

que surgem cada vez mais circunstâncias que não foram sequer imaginadas quando a norma foi promulgada.

As formas através das quais essas normas gerais se expressam são a *legislação* e os *precedentes judiciais*. Em ambos os casos há o emprego de expressões que exigem interpretação, o que é inerente à própria imprecisão da linguagem. Por isso, há casos incontroversos e outros em que vai ser preciso analisar se a norma é aplicável, dirimindo controvérsias e escolhendo entre alternativas abertas.

No caso dos precedentes judiciais, as indeterminações são mais complexas, uma vez que “o reconhecimento do precedente como critério de validade jurídica tem significados diferentes em sistemas diversos e até no interior do mesmo sistema em épocas diferentes¹²”. Assim, se exerce certa discricionariedade ao aplicar a norma, haja vista a linguagem oferecer apenas um exemplo vinculante constituído pelo caso incontroverso, permitindo que outras situações que a ele se assemelham sejam decididas pelo juiz. É importante ressaltar que essa decisão se pauta em alguns fatores, como o objetivo que se tinha ao editar aquela regra.

Dessa forma, tanto os precedentes quanto a legislação são padrões que tem sua função, mas se mostram muitas vezes imprecisos, o que caracteriza a *textura aberta*¹³. Através de delimitações mais “moldáveis” aos novos anseios sociais, é possível escolher a decisão mais adequada naquele contexto específico.

Diametralmente oposta a essa noção de que a textura aberta do direito é algo vantajoso, está a posição dos “formalistas” (ou “conceitualistas”). De acordo com estes, deve-se minimizar a possibilidade de opções deixadas pela norma, tornando estático seu sentido. Esse processo deságua no “paraíso dos conceitos”, que ocorre quando se confere demasiada importância ao que já foi consolidado pela norma, atribuindo “a um termo geral o mesmo sentido, não apenas em todas as aplicações de uma única norma, mas também todas as vezes que o termo surgisse em qualquer norma do sistema jurídico¹⁴”.

Entretanto, mais importante do qualificar aqueles que buscam reduzir a discricionariedade nas decisões, é debater em que ela consiste. Hart já buscou responder essa pergunta, assim como a indagação sobre se devemos tolerá-la. Em seu artigo “*Discretion*”, o autor elucidou que é possível elencar algumas características padrão nos casos de

¹² Hart, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 174.

¹³ *Ibidem*, p. 166.

¹⁴ *Ibidem*, p. 168/169.

discricionariedade, onde todos concordariam que se trata deste fenômeno. Já em outras situações, apenas algumas características centrais estão presentes. Isso permite diferenciar entre casos onde as características centrais estão presentes e outros incertos, o que lhe parece caracterizar a noção em análise. Nos dizeres do mesmo:

*This position, namely that we are able to distinguish the leading features of a clear case and then borderline cases where some but not all of the features are present, is characteristic, it seems to me, of definition in this field. I prefer this way of putting the semantic situation to just saying that we have a continuum which stretches over a wide area and that we distinguish something which fades gradually into other notions because this metaphor of a continuum does not bring out the fact that we do, as well as recognize the vagueness at the boundary of such notions as discretion, also recognize clear or simple cases, and if we could not do this we should not be able to use the term in communication with each other.*¹⁵

O que parece relevante para o autor é explicitar as características centrais nos casos de discricionariedade incontroversa, o que só é possível mediante uma análise reflexiva e atual do uso do termo em questão. Além disso, deve ser avaliado também o fim a ser alcançado. Nesse sentido, o real problema não seria definir o que a expressão significa, mas a forma como é utilizada.

Nesse contexto, para analisar a discricionariedade o autor adverte que é preciso não ficar com o olhar fixo no ordenamento jurídico, uma vez que suas raízes estão na nossa vida cotidiana. Este fenômeno relaciona-se com uma prática de prudência que permite a escolha mais adequada. Porém, não significa que toda escolha equivale ao exercício da discricionariedade, pois há aquelas que se baseiam em mero capricho ou desejo.

A confusão entre as noções de discricionariedade e mera escolha é muito recorrente. O que explica o equívoco é o fato de que quando aquela ocorre no direito, entende-se que se a conduta dos agentes públicos não é rigidamente determinada, então a escolha é deixada em suas mãos. Para aclarar a distinção, Hart diferencia “uma discricionariedade” e “discricionariedade”:

¹⁵ Hart, H. L. A. *Discretion*. In: Harvard Law Review, vol. 127 (2013), p. 653.

[...] (1) the expression “a discretion,” which means the authority to choose given on the understanding that the person so authorized will exercise discretion in his choice; and (2) the expression “discretion,” which means a certain kind of wisdom or deliberation guiding choice, the characteristics of which I shall try to bring out in what follows.¹⁶

Então, o autor enumera algumas características típicas da discricionariedade. Tendo em mente que o presente trabalho não é exclusivamente sobre a discricionariedade, é dispensável dar espaço a todos os atributos citados por Hart. Não obstante, é fundamental esclarecer que não há princípios claros ou regras determinando a importância dos valores a ser ponderados ou o quanto um pode ser comprometido em função da primazia do outro.

Hart prossegue retomando algo que já havia exposto no livro *O Conceito de Direito*: a ideia de que a discricionariedade ocorre porque somos seres humanos, e não deuses, e por isso nos deparamos com as já citadas situações em que temos que escolher. Mas nem toda escolha é idêntica, haja vista haver diferenças entre os tipos de discricionariedade.

O primeiro tipo ocorre quando a zona de indefinição é reconhecida desde o início, demandando desde logo o exercício da discricionariedade, configurando os casos chamados de *avowed discretion*¹⁷. No entanto, o julgamento da Suprema Corte se enquadra no conceito de *tacit or disguised discretion*, que ocorre quando há na regra um núcleo delimitado, mas surgem novas situações que exigem interpretações e escolhas antes não pensadas, o que remete novamente ao conceito de “zona de penumbra”. Sendo assim, retomamos as noções aventadas, que serão relacionadas a seguir.

3 O casamento e os veículos unidos pelo mesmo propósito?

Diante da aparente falta de conexão entre as noções de “veículo” e “casamento”, toda trajetória trilhada até aqui torna possível estabelecer os pontos de tangência entre ambos. Para viabilizar essa aproximação, é oportuno trazer à baila os comentários tecidos por Frederick Schauer sobre um dos principais debates da jurisprudência moderna.

Em 1958, Lon Fuller criticou a ideia defendida por Hart quando este desenvolveu o seu exemplo sobre proibição de veículos no parque. Posteriormente, no aniversário de

¹⁶ Hart, H. L. A. *Discretion*. In: Harvard Law Review, vol. 127 (2013), p. 657/658.

¹⁷ Hart, H. L. A. *Discretion*. In: Harvard Law Review, vol. 127 (2013), p. 661.

cinquenta anos deste debate, Schauer esclareceu que Fuller pode não ter compreendido bem o exemplo.

O que Hart pretendia defender era que o conceito de “veículo” estava imerso nessa zona de penumbra, sendo impossível determinar *a priori* o significado do termo. Dessa forma, as decisões judiciais na penumbra envolvem necessariamente análises sobre o que a lei “deve ser”, e seria possível distinguir o núcleo da penumbra com base na intenção do legislador. Nas palavras de Schauer:

And insofar as judicial decisions in the penumbra necessarily involve determinations of what the law ought to be, it was important for Hart the positivist to stress that the interconnection between what the law is and what the law ought to be in the penumbra was not an accurate characterization of how law operated at the core, where the separation between the is and the ought, between law and morality, could still obtain¹⁸.

No entanto, Fuller acreditava que Hart estava comprometido com uma teoria chamada de *pointer theory of meaning*¹⁹, que enxerga a palavra como guia absoluto da unidade de sentido, tendo significado isoladamente, afastada do contexto. Ocorre que não era exatamente isso que Hart defendia.

Ao compreender equivocadamente a ideia, Fuller contrapôs-se a ela, uma vez que para ele a linguagem e sua aplicação são claras, mas seguir essa linguagem pode nos levar a resultados injustos, errados ou imprudentes, o que é chamado de *legal open texture*²⁰. Para evitar isso, a lei deveria sempre perseguir um resultado justo.

Para defender sua posição, Fuller coloca um contraexemplo, mas reconhece que as possíveis objeções podem não se dissipar. Então, expõe também uma outra situação hipotética e ainda remete ao caso *Riggs v. Palmer*, que ficou muito famoso na época por ter permitido uma decisão injusta com base na literalidade da lei.

¹⁸ Schauer, Frederick. *A Critical Guide to Vehicles in the Park* (2008). New York University Law Review, Forthcoming, p. 02. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=1143645>>. Acesso em 6 ago. 2015.

¹⁹ Ibidem, p. 16.

²⁰ Ibidem, p. 27.

Contudo, aqui será utilizada a decisão da Suprema Corte sobre o casamento homossexual para demonstrar que a noção de zona de penumbra não está presa a uma interpretação literal que vai necessariamente conduzir a decisões injustas.

Assim como “veículo”, a palavra “casamento” também carrega em si um núcleo de sentido claro *a priori*. Porém, dependendo do contexto em que estão inseridas, pode ser que seja preciso considerar a intenção daquele que editou a regra, o momento histórico, as consequências que ela irá produzir, entre outros aspectos.

Dessa forma, o magistrado precisa iluminar a penumbra, seja decidindo se uma bicicleta está proibida de entrar no parque ou se o casamento deve ser admitido aos casais do mesmo sexo. Para isso, o juiz pode questionar se o objetivo da proibição era evitar que crianças fossem atropeladas por carros em alta velocidade. Caso entenda dessa forma, deverá permitir bicicletas.

Sob a mesma ótica, deve ter em mente que o casamento é uma instituição que já passou por inúmeras transformações. Assim, por exemplo, enquanto no passado estava terminantemente excluída de sua concepção a união entre pessoas de negras e brancas, hoje o casamento inter-racial já integra indubitavelmente o núcleo duro de significado, pelo menos nos Estados Unidos da América. Sinalizando uma nova mudança, antes da decisão da Suprema Corte o casamento era definido pelo *US Code* como uma união legal entre homem e mulher²¹. No entanto, após diversos Estados reconhecerem a legalidade do casamento homossexual, culminando no julgamento em tela, a diferença de sexos passou a integrar a zona de penumbra.

Com isso, percebe-se que ao desenvolver a noção de zona de penumbra, Hart não pretendeu se apegar em demasia ao significado literal, ignorando o contexto. Tampouco obscureceu ainda mais a complicada distinção entre ser e dever ser. Ao contrário, percebeu que os objetivos da lei são considerados parte do ordenamento jurídico em um sentido amplo. Ao decidir sobre casos na zona de penumbra, os juízes estão apenas extraíndo da norma algo que já lhes é intrínseco, conforme colaciona Hart:

²¹ O casamento é definido pelo *US Code* no title 1, chapter 1, sec. 7, da seguinte forma: “*In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife*”.

O ponto deve ser não meramente que uma decisão judicial, para ser racional, deve ser feita à luz de alguma concepção do que o Direito deve ser, mas que os objetivos, as políticas e os propósitos sociais, a que os juízes deveriam apelar para que as suas decisões possam ser racionais, são eles mesmos considerados parte do Direito em algum sentido apropriadamente amplo de “Direito” que se acredita ser mais esclarecedor que aquele utilizado pelos Utilitaristas. Essa reformulação do ponto teria a seguinte consequência: em vez de dizer que a recorrência das questões da zona obscura nos mostra que as regras jurídicas são essencialmente incompletas e que, quando elas deixam de determinar decisões, os juízes tem que legislar e, assim, exercer uma escolha criativa entre alternativas, deveremos dizer que as políticas sociais que norteiam as escolhas dos juízes estão ali, de certa forma, para que eles as descubram; os juízes estão apenas “retirando” da regra, se ela é adequadamente compreendida, aquilo que nela já está “latente”.²²

Sendo assim, ousou discordar de Fuller por acreditar que seu entendimento sobre Hart estava equivocado. Na verdade, as noções de “zona de penumbra” e “textura aberta”, desenvolvidas por pelo autor no livro *O Conceito de Direito* e no artigo *O Positivismo e a Separação entre Direito e Moral*, elucidam que todas as expressões têm um núcleo duro de sentido estabelecido (*core of settled meaning*²³) e uma margem na qual se inserem casos incertos, chamada de *zona de penumbra*. Assim, a *textura aberta do direito*²⁴ faz com que seja necessária a decisão casuística e contextualizada em determinados casos que podem gerar controvérsias.

Tendo em mente a distinção realizada pelo autor, é possível perceber que a noção de “casamento”, no passado compreendida de forma inequívoca como uma união entre homem e mulher, hoje já incita dúvidas sobre sua caracterização. Essa dúvida foi sanada pela Suprema Corte Norte americana da forma que parece mais adequada à configuração atual da sociedade.

²² Hart, H. L. A. O Positivismo e a Separação entre Direito e Moral. In: Hart, H. L. A. *Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 75.

²³ *Ibidem*, p. 69.

²⁴ Hart, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 175.

Esclarecido o mal entendido, me aproprio de um conceito da sociologia jurídica para defender que a decisão em tela parece adequada, na medida em que considera as razões sociais que influem na atual concepção de casamento.

Ao admitir que a união entre pessoas do mesmo sexo insere-se na zona de penumbra da palavra “casamento”, a Suprema Corte parece ter emitido um posicionamento que considerou a *adequação interna da norma*. De acordo com a lição de Ana Lucia Sabadell, esta noção é um dos prismas da eficácia do ordenamento e consiste na:

[...] capacidade da norma em atingir a finalidade social estabelecida pelo legislador. Uma norma jurídica é considerada internamente adequada se as suas consequências, na prática, permite que sejam alcançados os fins objetivados pelo legislador. Em outras palavras, examinamos aqui a *funcionalidade* da norma que resulta da análise de suas consequências sociais (Bettini, 1998, p.32).²⁵

Ao admitir o casamento homossexual, a Suprema Corte foi sensível ao que hoje constitui o objetivo do casamento: assegurar segurança a todas as pessoas que desejam ter sua união reconhecida pela lei, e não realizar implicitamente uma coerção legal da moralidade que já vem sendo criticada há tempos.

Portanto, se antes os juízes de diversos Estados já contrariavam a previsão do *US Code*, que impunha a diferença de sexos para configuração do casamento, após a decisão o casamento homossexual passa a integrar de forma inequívoca a zona de penumbra. Sendo assim, passa a ser obrigatório o reconhecimento da legalidade dessas uniões.

Conclusão

Erigido sobre o pensamento de um autor positivista, o presente artigo investigou a forma como a Suprema Corte norte-americana chegou a uma decisão em consonância com os anseios sociais de uma parcela da sociedade americana. Isso tornou possível o abandono de uma visão preconceituosa do positivismo e do casamento.

²⁵ Sabadell, A. L. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

Através de uma abordagem que mesclou um recente julgamento de grande repercussão, um exemplo fictício que gerou muitas controvérsias e a teoria de em dos principais representantes do positivismo, foi demonstrado que a “zona de penumbra” e a textura aberta são inerentes às necessidades de se editar normas gerais. E, ao contrário de ser uma falha, na verdade é o que possibilita que o juiz exerça certa discricionariedade para melhor adequar o ordenamento aos objetivos perseguidos em determinados contextos.

Assim, torna-se possível demonstrar que os precedentes judiciais devem gozar de maior adequação interna, de modo a conformar-se com as intenções objetivadas pela regra. Isso torna possível não recorrer apenas a questões morais, uma vez que a diretriz que guiará a escolha do magistrado já está na própria norma, apenas obscurecida pela sombra da penumbra.

Em síntese, a decisão que reconheceu a legalidade do casamento homossexual com base nas transformações sofridas por esta instituição é uma materialização do exemplo hipotético em que Hart discutia a proibição de veículos no parque com base na discussão sobre a noção de veículo. O que se observa é que em ambas deve ser perquirida a intenção da norma, de forma a iluminar a penumbra e permitir uma decisão em consonância com o contexto no qual está inserida, garantindo-lhe maior adequação.

Referencias

HART, H. L. A. *Discretion*. In: Harvard Law Review, vol. 127 (2013).

_____. *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1963.

_____. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. O Positivismo e a Separação entre Direito e Moral. In: Hart, H. L. A. *Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

OBERGEFELL V. HODGES. Disponível em:

<http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 10 jul. 2015.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHAUER, Frederick. *A Critical Guide to Vehicles in the Park* (2008). New York University Law Review, Forthcoming, p. 02. Disponível em:

<<http://ssrn.com/abstract=1143645>>. Acesso em: em 6 ago. 2015.