

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

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

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

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/
Dom Helder Câmara;

coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-132-6

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. Hermenêutica. 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
HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

**PARA ALÉM DO TEXTUALISMO: POR UMA FIDELIDADE
HERMENEUTICAMENTE ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO**

**FOR BEYOND THE TEXTUALISM: AN ACCURATE HERMENEUTIC
APPROACH SUITABLE TO THE RIGHTS CONSTITUTION**

Deivide Júlio Ribeiro

Resumo

O presente artigo tem como finalidade fazer uma análise crítico-reflexiva a respeito da aplicação do textualismo, quando do momento de tomada de decisão, por parte do magistrado frente ao caso concreto. Além disso, propõe uma análise a respeito do que seja manter-se fiel à Constituição. Para buscar a solução do problema proposto e perquirir uma proposta hermenêutica que seja adequada à Constituição adota-se como marco teórico a teoria da Integridade do Direito de Ronald Dworkin, para demonstrar que, ainda que o interprete se mantenha fiel ao texto da Constituição a interpretação constitucional não se exauri. Por fim, como meio ratificar a hipótese apresentada será analisada a arguição de descumprimento de preceito fundamental 132, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a qual reconheceu a união estável entre casais homossexuais como entidade familiar.

Palavras-chave: Textualismo, Constituição, Teoria da integridade, Fidelidade à constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This article addresses a critical and reflective analysis of the textualism present in the decision-making process adopted by adjudicators in concrete cases. It also offers an analysis regarding what could be considered suitable to the rights Constitution. To seek a solution to the problem addressed and to assert a hermeneutic analysis that is appropriate to the Constitution, Dworkin's theory of Law as Integrity is adopted as theoretical framework in order to demonstrate that, even though the interpreter remains faithful to the text of the Constitution, the interpretation of the constitutional text is not exhausted. Finally, with the purpose of confirming the adopted hypothesis, the article examines the complaint of breach of fundamental precept 132, judged by the Supreme Court, which recognized the civil union between homosexual couples as a family.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Textualism, Constitution, Theory of law as integrity, Allegiance to the constitution

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe analisar o textualismo no contexto de interpretação do direito brasileiro, em especial, no momento de tomada de decisão do magistrado, frente ao caso concreto. Para tanto, tem-se como marco teórico a teoria da integridade de Ronald Dworkin, delineada em toda sua obra e consubstanciada no livro *Império do Direito*, para analisar quais os limites do ato interpretacional.

Dessa maneira, pretende-se apresentar um caminho hermenêutico-constitucional que esteja em consonância com a necessidade latente de ser realizada uma jurisdição constitucional que vá além do texto normativo, situada no *locus* hermenêutico democrático, dentro do próprio direito. Este último, como um sistema coerente de princípios e regras inscritos na prática social, capaz de estabelecer, em face do caso concreto, o alcance da decisão jurídica adequada.

Para tanto, utilizar-se-á uma metodologia de cunho interdisciplinar, tendo em vista a necessidade de se estabelecerem relações coordenadas de conceitos e concepções fundamentais ligadas a Teoria do Direito, ao Direito Constitucional, a Hermenêutica Filosófica, a Sociologia jurídica e a Filosofia do Direito. E por fim, levando em consideração que os dados analisados são textuais, o procedimento empregado será análise de conteúdo

No primeiro capítulo, faz-se uma análise sobre a sociedade que queremos e para isso utiliza-se o conceito comum de democracia sob a ótica de duas concepções: majoritarista e participativa. No segundo capítulo, o trabalho adentra nos principais pressupostos e características da teoria da Integridade do Direito de Ronald Dworkin, buscando demonstrá-la como uma justificativa para a legitimidade das decisões judiciais e o uso da força coercitiva do Estado. No terceiro capítulo é analisada qual a opção mais adequada à teoria da integridade: a fidelidade ao texto e às opções legislativas ou a fundamentação baseada na tradição e prática social, como leitura da moralidade política e da comunidade de princípios. Por fim, no último capítulo, faz-se uma análise crítico-reflexiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, que reconheceu a união estável entre casais homossexuais com o intuito de constituir família, à luz da Teoria da Integridade.

1 A SOCIEDADE QUE QUEREMOS

A Constituição da República estabeleceu como princípio estruturante de nossa sociedade Estado Democrático de Direito. Muito mais que um princípio, o Estado Democrático de Direito constitui-se autêntico paradigma que incorpora de sentido as práticas jurídicas contemporâneas (FERNANDES, 2015).

Sob esse pano de fundo silencioso, que torna possível a compreensão deste tempo, o modo de enxergar o conceito de Constituição também muda. A Constituição agora deve ser entendida como o mecanismo que viabiliza o pluralismo, a democracia e a cidadania de todos. Esses três atributos merecem uma explicação mais atenta.

Como é sabido a sociedade moderna é dotada de complexidade e se encontra em permanente “crise”, pois ao lidar com os riscos da instabilidade ela faz da própria mutabilidade seu motor propulsor. Ao contrário das sociedades antigas, que eram rígidas e estáticas, a sociedade moderna se alimenta de sua própria transformação e é dessa forma que se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dela pode-se ter é a sua crescente complexidade e pluralidade. “E esse processo é sempre doloroso para nós, visualizado como crise ou instabilidade.” (CARVALHO NETTO, 2004, p 281- 282). Na verdade, a crise para essa complexa organização social é a normalidade.

Assim, diante dessa permanente dinâmica social, é cediço que existem vários projetos de vida. Surge, então, a questão de como viabilizar essa pluralidade inerente a sociedade contemporânea. A digressão a ser feita passa pelo fio lógico de se saber qual concepção de democracia se adequa melhor à essa sociedade plural e complexa. Será que uma maioria moral pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem a justificativa de desaprovar suas escolhas pessoais? (DWORKIN, 2006).

A democracia é entendida como o *governo do povo, para o povo e pelo povo*, mas esse conceito é interpretado por meio de duas concepções bem distintas: concepção majoritarista e concepção co-participativa de democracia.

A primeira (majoritarista) significa o governo exercido pelo maior número de pessoas. O ideal democrático, segundo essa visão, fundamenta-se na compatibilidade entre a decisão política e vontade da maioria. Na concepção majoritarista de democracia os cidadãos exercem seus papéis sociais como “[...] juízes das competições políticas cujos veredictos, expressos em eleições formais ou em outras formas de legislação direita, são normalmente decisivos. A opinião pública significa as opiniões relevantes dos cidadãos que agem nesse sentido.”

(DWORKIN, 2006, p. 502-503). Assim, mecanismos como o controle de constitucionalidade das leis seria antidemocrático se fosse contrário à moralidade política majoritária.

A segunda concepção de democracia, por outro lado, é uma crítica à concepção majoritarista por esta insistir que os procedimentos políticos devem ser estruturados de tal maneira que a decisão que se almeja seja fruto, apenas, do critério quantitativo do maior número de cidadãos. Ronald Dworkin (2006, p. 24-26) entende que uma democracia somente pode ser concebida como tal se as “decisões coletivas (...) forem (...) tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito.” Para concepção coparticipativa as “instituições são democráticas até o ponto em que permitem aos cidadãos governarem a si mesmos, coletivamente, por meio de uma parceria, na qual cada um é membro ativo e igual” (DWORKIN, 2006, p.510). Dessa forma, além dos cidadãos serem juízes, eles devem ter participação na formação da vontade popular, para que, além de sofrerem os efeitos das decisões, possam também se sentirem como autores das normas que lhes são destinadas.

Democracia sob essa ótica:

(...) significa autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente com membros de um empreendimento comum, em posições de igualdade. (...) A regra da maioria só é democrática quanto certas condições prévias – as condições democráticas de igualdade dos membros – são atendidas e mantidas. (DWORKIN, 2010 p.190).

Portanto, a melhor leitura que se pode fazer do paradigma do Estado Democrático de Direito, é aquela que viabiliza a oportunidade de os cidadãos exercerem, em igualdade, um papel na vida política, o qual não esteja restrito apenas no direito de votar, mas de influenciar na opinião pública; que leve em consideração mecanismos de participação igualitária no governo e assegure aos indivíduos uma esfera privada para que possam tomar suas decisões sem coação e, acima de tudo, possam exercer sua cidadania, não mais como um clientelismo, mas sim como um aprendizado social que leve a emancipação.

2 DIREITO COMO INTEGRIDADE

Buscando uma melhor resposta para explicar e justificar a legitimidade das decisões judiciais e o uso da coerção, Ronald Dworkin, começa a desenvolver a partir dos livros *Levando os Direitos a Sério* (1977) e *Uma Questão de princípio* (1985) a ideia do direito como conceito

interpretativo. Tal ideia é amadurecida com obra Império do Direito (1985) que traz consigo a Teoria da Integridade, a qual, a partir desse momento, passa a permear todas as obras do autor.

Uma de suas grandes preocupações, além do fato de toda a sociedade estar sobre os efeitos das decisões judiciais, é o fato dela, também, estar sob o império do direito, mais especificamente sobre o império positivista. Percebe-se, de início, que Dworkin traça uma crítica ao positivismo jurídico e ao seu mais eminente representante, Herbert Hart.

A obra busca uma discussão de justificação interna a partir do Poder Judiciário. Entretanto, isso não implica desconsiderar os demais Poderes. Dworkin escolhe trabalhar sob a ótica dos juízes, porque a perspectiva do Legislativo está em primeiro plano para os positivistas, haja vista que para eles a fundamentação do direito é a norma fundamental, norma de reconhecimento ou fruto do soberano (FERNANDES, 2015).

O direito, para essa tradição, é visto como uma questão de fato, ou seja, algo que pode ser reconhecido por critérios objetivos, não existindo divergência teórica sobre seus fundamentos. Em outras palavras, o direito não é nada mais do que já foi decidido. As teorias semânticas se apoiam nesse ponto de vista, qual seja, de compreender o direito como questão de fato (DWORKIN, 2002, p.38).

Dworkin identifica essas teorias pelo “teste de pedigree” uma vez que entendem que: (1) há uma separação rígida entre Direito, Moral e Política (arquimedeanismo), (2) o direito é um conjunto exclusivo de regras que deve abranger, na maior medida possível, as relações jurídicas existentes em uma sociedade; (2) os conflitos normativos são apenas aparentes, tendo em vista que são resolvidos por critérios de hierarquia, cronologia e especialidade, e por último (3) não há lacunas ou aporias, porque diante de um *hard case* – caso que devido sua especificidade não há precedente judicial e legislação que o subsuma – o juiz está autorizado a utilizar sua discricionariedade para criar novo direito e aplicá-lo retroativamente (FERNANDES, 2008).

Percebe-se, que para os positivistas o direito acaba quando não existem mais precedentes ou regras que possam ser aplicadas a um determinado caso concreto e, ao utilizar

a discricionariedade¹, para a resolução do problema, o juiz vai muito além de seus limites. Como forma de elucidar esse dilema é viável tomar como exemplo Kelsen².

Em sua Teoria Pura do Direito o autor austríaco aduz que uma norma é válida, porque outra norma, hierarquicamente superior, lhe atribui validade. Por outro lado, afirma, no Capítulo 8 dessa obra, que as decisões dos juízes podem ser discricionárias, desde que estivessem presentes no quadro das interpretações possíveis. Não obstante, admite que se o juiz julgar fora do “quadro das interpretações possíveis” e a decisão transitar em julgado essa é válida. (KELSEN, 1999,247-250). Verifica-se assim, que não é uma norma hierarquicamente superior que dá validade a outra norma, mas sim a decisão do juiz.

Usando o raciocínio do Professor Bernardo Gonçalves (2012) infere-se que o positivista entra em uma grande contradição: o magistrado tem a legitimidade ir além da norma fundamental. O Direito autoriza o próprio Direito a criar o direito e, conseqüentemente, autoriza o tribunal ir contra o próprio Direito.

Pode-se concluir que o sistema de regras e o arquimedeanismo³ não se sustentam: primeiro porque o direito vai muito além do conjunto de regras e segundo, porque não existe uma ciência que seja pura, haja vista que o exemplo acima demonstra que o juiz ao decidir o “caso difícil” busca subsídios fora do direito, o que a pode fomentar teorias como o realismo / pragmatismo.

Entretanto, como uma resposta à tese a positivista, Dworkin apresenta a ideia do direito como um conceito interpretativo. Sob essa perspectiva, ele é visto como resultado de uma sociedade que se encontra em constante (re) construção. Para que esse empreendimento tenha coerência, o autor parte da ideia de que o direito exige “[...] da comunidade, um consenso inicial no sentido de estabelecer quais práticas sociais são consideradas jurídicas.” (FERNANDES, 2008 p.217).

¹ Dworkin não nega a existência da discricionariedade, na verdade ele faz uma distinção entre discricionariedade fraca e forte. Discricionariedade fraca, para o autor, corresponde às situações em uma pessoa é chamada a agir dentro de determinadas diretrizes. Assim, como exemplo, pode-se vislumbrar a situação onde um tenente ordena a um sargento que escolhesse dentre os seus homens o melhor para um resgate. A partida da análise da ordem / caso é que o sargento vai escolher qual é o melhor para aquela missão. A discricionariedade (escolha) nesse sentido está condicionada a certas circunstâncias. Por outro lado, a “discricionariedade forte” o agente age sem está vinculado a nenhuma diretriz / “critério explicitamente previsto”. Dessa forma, usando o exemplo acima, se o tenente apenas ordena que o sargento escolha qualquer homem para uma missão, ele vai escolher o primeiro que lhe convier. (DWORKIN, 2002). O presente trabalho apresenta críticas à discricionariedade forte.

² Outro exemplo desse dilema é o julgamento da ADC nº 9. MP do Apagão 2852 / 2152.

³ Nesse ponto cabe ressaltar que pelo fato de romper com o arquimedeanismo e introduzir os princípios como normas que vinculam, Dworkin foi denominado por muitos doutrinadores como jus naturalista.

Nesse sentido, o conceito de direito pode ser entendido como “sistema de direitos e responsabilidades que respondem a um complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado” (DWORKIN, 1999, 116).

Ressalta-se que esse conceito deve ser analisado à luz de mais três concepções do Direito, que serão o pano de fundo para se obter a melhor resposta sobre a legitimidade da decisão e o uso da força estatal. São elas: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade. (1) Para o convencionalismo os juízes devem aplicar o que já fora estabelecido, exigindo que “(...) estudem os repertórios jurídicos e registros parlamentares para decidir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais, convencionalmente, se atribui poder legislativo (...)”.(DWORKIN, 1999, p. 272). Se apoiam na ideia de segurança jurídica concebida como previsibilidade. (2) Por outro lado o pragmatismo, ao contrário do convencionalismo, justifica a força do Estado não nas convenções passadas, mas sim na decisão de cada caso, gerando assim o ceticismo. Determina “(...) que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro, julgando de acordo com sua subjetividade.” (DWORKIN, 1999, p, 272). Em ambos os caso, convencionalismo e pragmatismo, percebe-se a ausência de uma coerência de princípios.

Como alternativa a essas duas teorias Dworkin apresenta sua Tese da Integridade do Direito “que passa pelo fio lógico de uma coerência de princípios em substituição ao modelo único de regras coerentes”. (FERNANDES, 2008, p.208).

Entendendo o direito como prática social que deve ser interpretada de forma construtiva, o autor desenvolve a figura do romance em cadeia. Nesse empreendimento cada juiz assume a posição de um romancista que escreve um capítulo de uma obra coletiva e que tem a responsabilidade de “criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, cuidando para que o resultado revele a essência de um único autor, e não (...) como um produto de muitas mãos diferentes”. (DWORKIN, 1999, p. 276).

O direito como integridade, nos moldes Dworkiano, implica ser correspondente com um todo assumido como coerente. Ressalta-se que esse todo congruente é concebido como a exigência de que os “legisladores criem um direito o qual seja coerente com estrutura dos princípios que fundamentam a prática social; e por sua vez, que os juízes ao decidirem não percam de vista suas decisões devem fazer parte desse todo coerente: a comunidade de

princípios⁴”. (SGARBI, 2006, p. 188). Tanto o momento de justificação quanto no de aplicação autores e destinatários estão ligados a esse sistema coerente de princípios, leia-se: estão vinculados à moralidade política.

A integridade deve ser compreendida como um ideal aceito de modo geral e passa pela ideia de igualdade e liberdade, ou seja, o igual respeito e consideração de todos, para que possam exercer os seus direitos, bem como participar do processo de formação da vontade popular em igualdade de condições. Ou o direito é para todos ou não é para ninguém.

Portanto, no momento em que o juiz julga um caso concreto ele deve aplicar os princípios e regras que foram concebidos como jurídicos pela comunidade personificada. Como membro dessa comunidade, ele deve agir com coerência interpretando as práticas sociais no intuito de desvelar a melhor resposta que ao caso apresentado.

O direito como integridade inicia-se no presente e somente volta ao passado na medida em que sua análise contemporânea o exigir, sem que isso implique buscar os ideais e objetivos políticos do passado, mas sim demonstrar que a prática atual é estruturada e justificada em princípios normativos que se projetam para o futuro. À luz da teoria da integridade o juiz está vinculado com a moralidade política de sua comunidade, não havendo espaços para discricionariedade e muito menos para aplicação de diretrizes políticas (DWORKIN, 1999, p. 275-285).

Da breve análise da teoria da integridade, infere-se as seguintes características: (1) a ausência do uso da discricionariedade, (2) o não uso dos argumentos de política para fundamentar uma decisão judicial; (3) a noção de devido processo para dimensão da integridade; e (4) a própria noção de integridade, que levanta a exigência de que cada caso seja compreendido como parte de uma história encadeada (FERNANDES, 2015).

Exposta de forma sintética a teoria da integridade, torna-se necessário analisar um desdobramento dessa teoria bastante controverso: a fidelidade à Constituição. Esse é um problema que legisladores e juízes estão sujeito.

⁴ A comunidade de princípios é essencial para a desenvoltura da interpretação construtiva, romane em cadeia e, conseqüentemente, para a moralidade política, porque “se as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito.” (DWORKIN, 1999, p.229).

3 O PROBLEMA: FIDELIDADE AO TEXTO OU A PRÁTICA CONSTITUCIONAL?

Hodiernamente, no mundo jurídico, muito se tem escutado sobre leitura constitucional dos direitos, tendo em vista a força normativa da constituição, devendo esta ser interpretada de forma sistemática para preservar sua unidade, como meio de obter a sua máxima eficácia. Todo esse cuidado pode ser concebido como a preocupação de ser manter fiel à Constituição. Mas que tipo de fidelidade é essa?

Alguns entendem que manter-se fiel à Constituição significa ser fiel ao seu texto. Não se nega que o texto da Constituição é parte essencial para aquele que se propõe a interpretá-la, mas, por outro lado, sabe-se, também, que texto não rege condição de aplicação da norma⁵, uma vez que ambos são distintos. Não se pode buscar sua efetivação (do texto) a todo custo, haja vista que a temporalidade, os precedentes e a prática jurídica podem, em princípio, olvidar até “mesmo um exemplo tão básico de dados interpretativos quanto o texto constitucional: quando não se pode encontrar nenhuma forma de conciliar texto e prática em uma interpretação construtiva geral”. (DWORKIN, 2010, p. 15). Assim, para se manter fiel ao marco teórico adotado, o presente trabalho pretende apontar que, ainda que o interprete se mantenha fiel ao texto da Constituição a interpretação constitucional não se exauri⁶.

Dois argumentos são usados para justificar a fidelidade ao texto constitucional: (1) deve-se descobrir o que os constituintes esperavam que fosse a consequência de suas proposições ou (2) que deve-se ignorar o texto, “em favor do modo como a maioria das pessoas

⁵ A quanto a questão da distinção entre texto e norma pode-se encontrada nos estudos Friedrich Müller com sua *Metódica Jurídica Normativo-estruturante*. Apesar das especificidades do autor em não aceitar trabalhar com teorias que têm influência do extrajurídico no jurídico, aparentando, *a priori*, contrária ao marco teórico adotado ao presente trabalho, os estudos de Müller têm muitos pontos convergentes com a presente pesquisa. O autor “trabalha com a concepção de que a norma jurídica não se identifica com seu texto, pois ela é um resultado de um processo de concretização. Portanto, o texto da norma não possui normatividade, mas sim, apenas validade. (...) o texto da norma deve ser tomando apenas como ponto de inicial do programa normativo, uma vez que a norma não pode ser reduzida ao texto, ela abrange um âmbito (campo) normativo, ou seja, um pedaço da ‘realidade social’ que o programa normativo contempla apenas parcialmente; a concretização normativa, então deve, levar em conta dois elementos: um formado pelo conjunto de domínios linguísticos resultantes da abertura semântica proporcionada pelo texto do preceito jurídico (programa normativo) e outro, que diz respeito ao conjunto de domínios reais fáticos, abrangidos em função do programa normativo, ou seja, a porção da realidade social tomada como estrutura fundamental e que o próprio programa normativo autoriza recortar.” (FERNANDES, 2011, p.167-168).

⁶ Poder-se-ia aqui lançar mão de Wittgenstein e seus jogos de linguagem e Gadamer para explicar a importância que o giro-hermenêutico pragmático para a compreensão dos significados, mas devido ao viés do trabalho, ligado, também, à teoria da decisão, o presente trabalho se vale da teoria da integridade de Dworkin que possui um viés hermenêutico que, apesar da divergência teórica a respeito, o presente artigo acredita que essa teoria possui como pano de fundo a filosofia da linguagem.

entende sua ascendência sobre a maior parte da história. Por que estudiosos ilustres se empenham tão ativamente em evitar a Constituição?” (DWORKIN, 2010, p. 110).

É cediço que a Constituição é dotada de uma série de signos, letras e espaços. Além de se identificar esses elementos deve-se verificar o que significam cada um em específico. Dworkin (2010), esclarece que não se quer buscar uma inspeção intracraniana de pessoas que morreram há séculos, mas sim conferir o melhor sentido possível a um evento histórico, de acordo com os melhores indícios. Para esclarecer esse propósito o mencionado autor apresenta os seguintes exemplos:

Hamlet disse a seus velhos amigos: “I know the difference between a hawk and a handsaw.” (“Sei muito bem distinguir um falcão de uma garça.”). Coloca-se a questão de saber – para o autor que faz o papel de Hamlet, por exemplo – se Hamlet usou hawk para designar um tipo de pássaro (falcão) ou uma ferramenta renascentista (esparavel). Em Paraíso perdido, Milton menciona as gay hordes de Satã. Pretenderia o autor dizer que os discípulos de Satã estavam usando trajes vistosos ou que eram homossexuais? A constituição diz que um presidente deve ter no mínimo “trinta e cinco anos de idade”. Isso significa idade cronológica ou (o que seria muito preocupante para vários políticos contemporâneo) idade emocional? [...] Em minha opinião, devemos começar perguntando o que – segundo os melhores indícios disponíveis – os autores do texto em questão pretendiam dizer. Trata-se de um exercício que chamei de interpretação construtiva. [...] Se aplicamos esse critério a Hamlet, ficará claro que devemos interpretar sua fala não como referência a um pássaro, o que tornaria a afirmação extremamente tola, mas sim a uma ferramenta da Renascença. Hamlet assegurou a seus companheiros desleais que sabia distinguir entre tipos de ferramentas, e que sabia com quais estava lidando em suas relações com eles. No caso das legiões de Satã, há uma forte razão para pensar que Milton pretendia descrevê-las como vistosas, não como homossexuais: o uso do termo gay com o significado de homossexual é posterior à época de Milton em séculos. (DWORKIN, 2010, p.171-173).

Não obstante, quando o interprete se depara com termos mais abstratos tais como: penas cruéis, liberdade de expressão, igual proteção e devido processo legal encontra problemas interpretativos maiores, pois tem de optar entre uma interpretação moral, baseada em princípios ou uma interpretação datada / contextualizada. Quanto à interpretação contextualizada, aplicada isoladamente, poderia descartá-la, porque bastaria apenas saber o que era considerado “pena cruel” à época de sua promulgação, para encontrar o que realmente era concebido com esse termo, mas tal sentido talvez não corresponderia com a moralidade política presente. Assim, se se busca um “sentido genuíno do modo como os constituintes se expressaram, da maneira como o fizeram e no contexto em que se encontravam, conclui-se que eles pretendiam criar ordens e proibições abstratas, não datadas”. (DWORKIN, 2010, p. 173). A Constituição foi criada a partir de princípios morais abstratos e não por intermédio de proposições estáticas, subjetivas sobre a melhor maneira de aplicar os princípios.

Mas essa resposta à pergunta de como as disposições constitucionais que definem direitos, aparentemente abstratos, devem ser entendidas, torna a tarefa de decidir casos

constitucionais contemporâneos muito mais difícil do que seria se a compreensão concreta e datada fosse a correta. Se o critério que o interprete - cidadãos, legisladores, juízes – deve tentar aplicar por fidelidade ao texto das disposições abstratas forem critérios morais abstratos, a pergunta e os julgamentos que deve fazer também deve ser de natureza moral. Devem-se perguntar o que é cruel? O que a igualdade de cidadania realmente exige? Que legislação é com o devido processo legal, uma vez que a integridade do direito é intrínseca ao processo legal e a integridade exige que as liberdades que nossa cultura reconhece em forma de princípios abrangentes sejam respeitadas nas decisões individuais sobre a livre opção de morrer, por exemplo (DWORKIN, 2006).

Por outro lado, porque não utilizar a intenção política dos Constituintes, suas hipóteses e expectativas relativas ao modo como seriam aplicadas as cláusulas as quais redigiram? Na verdade, aplicar o texto constitucional de modo que ele seja interpretado conforme a expectativa daqueles que o criaram é um tanto quando falacioso: primeiro pela questão de se saber o íntimo de um pensamento e segundo que pode gerar uma grande confusão no momento da aplicação (DWORKIN, 2010).

Imagine que você é proprietário de uma grande empresa que tem uma vaga em um de seus departamentos. Você chama sua gerente e lhe diz: “Por favor, preencha a vaga para mim como melhor candidato que se apresentar”. Aliás, você acrescenta, sem insinuar nada com uma piscadela, “saiba que meu filho é um dos candidatos ao cargo.” Suponha que você está sinceramente convencido de que seu filho é o candidato mais qualificado. Suponha também que você não teria dado essas instruções à sua gerente se não estivesse convencido de que o fato dele ser o melhor candidato era óbvio para todos, inclusive para ela. Por último, suponha que sua gerente saiba de tudo isso: ela sabe, que se a escolha fosse sua, você indicaria conscientemente seu filho como candidato mais bem qualificado. Não obstante, você não lhe disse para contratar seu filho. Disse lhe apenas para contratar o melhor candidato. E se, do ponto de vista dela, outra pessoa, e não seu filho, fosse o melhor candidato, então ela estaria obedecendo à suas instruções ao contratar o outro candidato, e desobedecendo à suas instruções ao contratar o candidato que você pretendia e previa que conseguisse o emprego. Você poderia – espero que não o fizesse – demiti-la se ela obedecesse às suas instruções desse modo. Mas você não poderia negar que ela fora leal às suas instruções, e que não o teria sido se tivesse acatado a sua opinião sobre o melhor candidato, e não a opinião dela. (DWORKIN, 2010, p176-177).

Assim, o interprete ao realizar uma interpretação deve estar vinculado ao pano de fundo ao qual faz parte. Ou seja, se a instrução estabelece um critério abstrato, o agente deve decidir o que está em conformidade com tal critério, o que certamente é uma questão diferente daquela de saber o que alguma pessoa entende estar de acordo com o critério (DWORKIN, 2010).

Pode se concluir que, se manter fiel à constituição é estar vinculado não às vontades particulares de seus autores e sim às práticas e tradições, com o respeito à moralidade política construída pela sociedade. Para isso, torna-se necessário que o modelo de sociedade almejado

se fundamente em uma democracia concebida como uma coparticipação na construção do autogoverno, onde as condições de participação de todos sejam asseguradas.

Por outro lado, é de extrema importância que seja realizada uma interpretação construtiva que leve em consideração tanto o texto quanto a prática constitucional no intuito de conferir a melhor interpretação possível. Dessa forma, existe uma autorização legítima para que juízes condenem leis que aparentemente são injustas, por serem contrárias ao que esta sociedade convencionou como princípios, ainda que essas tenham sido promulgadas por um legislativo devidamente eleito. Agindo assim, estar-se-ia aceitando que todos os indivíduos são regidos por uma Constituição moral que garante a todos os membros da comunidade de princípios o exercício de sua plenitude.

4 O CASO: A RESPOSTA ADEQUADA

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente e ADPF-132, por unanimidade, reconhecendo a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. A fundamentação dos autores pautava-se no fato de que, o não reconhecimento na união homoafetiva consistiria em violação de princípios e regras constitucionais atinentes à igualdade, à liberdade, à dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e proibição de discriminação. Dessa forma, pleiteavam que ao artigo 1723 do Código Civil fosse aplicada a interpretação conforme a Constituição.

Os contra-argumentos ao reconhecimento da união homossexual como entidade familiar fundaram-se no fato de que o artigo 266, § 3º, da Constituição reconhecia, de forma expressa, que a união estável era entre homem e mulher. Nesse sentido, não haveria como realizar interpretação conforme, porque o artigo 1723 do Código Civil apenas repetia o texto constitucional, afastando assim, a norma que reconheceria a união de pessoas do mesmo sexo.

Essa decisão foi recebida com louvor por alguns e com certa desconfiança por outros. Para esses, a decisão é considerada um verdadeiro retorno à jurisprudência dos valores, na medida em que interfere em uma seara que cabe ao Poder Legislativo, fomentando “bons ativismos” e ao final transformando do Supremo Tribunal Federal em órgão com poderes permanentes para alterar da Constituição. Outro argumento usado é o fato de que, se o constituinte não tratou do assunto da união homossexual, poderia ser uma escolha política

devendo, portando, o texto constitucional ser levado a sério, uma vez que não existem normas constitucionais inconstitucionais (STREK, 2009).

Um dos princípios de maior relevância para o positivista é a questão da segurança jurídica, entendida como previsibilidade. Ocorre que, como já demonstrado acima, nem sempre existem legislação (regras) ou precedentes que possam ser aplicados a determinado caso. Dessa forma, como devem agir os magistrados? Os fundamentos do direito nada dizem sobre o caso levado à apreciação do Judiciário. O juiz não pode escusar-se de apreciar a lide, sob a alegação de ausência de legislação. A qual critério ele deve estar vinculado? A resposta, sob o olhar desta tradição é simples: o magistrado está autorizado a julgar o “caso difícil” de acordo com sua conveniência. Ele age vinculado ao que entende ser melhor para a parte. Nesse ponto, é possível vislumbrar que o tribunal está criando direitos e os aplicando retroativamente, interferindo de forma direta no campo reservado ao legislador, transformando a previsibilidade em instabilidade.

Entretanto, o direito vai muito além de um conjunto de regras, e na ausência dessas, o magistrado está vinculado a princípios que a comunidade personificada consagrou como jurídicos. Assim, ao aplicá-los não está criando novos direito, mas sim interpretando as práticas sociais de forma íntegra para oferecer a resposta mais adequada ao caso. Como membro da comunidade de princípios, o juiz está vinculado à moralidade política devendo utilizar critérios que ela lhe oferece. Infere-se que não há usurpação de Poder, tendo em vista que o direito da parte sempre existiu e encontra seus limites dentro do próprio Direito.

O fato de a Constituição não ter tratado expressamente sobre a união estável entre casais do mesmo sexo, não quer dizer que ela seja proibida. Não se está aqui a dizer que, no sentido Kelseniano, o que não é proibido é permitido, muito pelo contrário. A Constituição como um sistema, “haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, na qual se põe uma finalidade voltada à concretização de princípios”. (ADPF 132, 2011).

Como um sistema coerente de princípios, não poderia haver uma proibição implícita à união homoafetiva simplesmente porque o texto constitucional (art. 226, § 3º) diz que a união estável é reconhecida entre homem e mulher. Ou seja, como é possível dentro, de um sistema coerente de princípios, uma norma que veda qualquer tipo de discriminação e preconceito e outra que exclui pessoas por sua essência ou escolhas pessoais de obterem direitos? Esta perspectiva remete à digressão de Otto Von Bachof sobre a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais? Seria uma escolha política do Constituinte em deixar expresso **apenas** homens e mulheres para excluir os demais indivíduos da sociedade de constituírem família?

Sob essa perspectiva torna-se necessário realizar uma análise do texto constitucional a partir da vontade dos “autores” (Constituintes) da Constituição de 1988. A questão da união estável foi objeto de debate na Assembleia Constituinte, principalmente ao limite de sua extensão: se ficaria limitada a pessoas de sexos distintos ou se estenderia, também, a pessoas do mesmo sexo. Veja-se:

O SR. CONSTITUÍENTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Gusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays, através do País, porque como a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. O bispo Roberto Augusto, autor desde parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: ‘Para efeito de 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’. Claro que não foi outro desiderato desta Assembleia, mas para evitar toas e qualquer malévolas interpretação deste austero texto constitucional, recomento a V. Exª que me permita aprovar pelo menos uma emenda. O SR. CONSTITUÍENTE ROBERTO FREIRE: - isso é coação moral e irresistível. O SR. PRESIDENTE (ULISSES GUIMARÃES): - concedo a palavra ao relator. O SR. CONSTITUÍENTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo. O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo. O SR. PRESIDENTE (ULISSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas) Diário da (ANAIS DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUÍENTE, 1987/1988, p. 209)

Percebe-se que a vontade do constituinte era de estabelecer que, a união estável, como entidade familiar, fosse restrita entre homem e mulher. As perguntas a serem feitas são: a interpretação textual é o bastante para aferir se pessoas do mesmo sexo podem constituir famílias e estarem sob a proteção do Estado? O reconhecimento da união estável entre casais homossexuais vai de encontro à Constituição?

Em que pese a vontade do Constituinte, o apego a todo custo à fidelidade textual e à expectativa do legislador, sem realizar uma interpretação construtiva, pautada na coerência de princípio, viola a moralidade política constitucional. Excluir direitos de indivíduos por suas escolhas pessoais ou orientação sexual é gravar cidadãos com o estigma de pertencer a uma segunda classe (DOWKIN, 2010).

Nos Estados Unidos os autores da Cláusula de Igual Proteção não achavam que as escolas que praticavam a segregação racial negavam a igualdade de cidadania aos negros que buscavam o acesso à educação. Entretanto, em 1954, a Suprema Corte entendeu que a segregação racial era ilegal, porque, apesar de ignorados pela prática dos norte-americanos, os critérios gerais da igualdade estavam intimamente ligados à sua história. Logo, atos que fomentavam a segregação eram incompatíveis com uma interpretação mais ampla do princípio da igualdade. Assim, uma vez regidos por critérios morais abstratos, juízes que tentam manter-

se fieis a constituição devem às vezes se perguntar se essa discriminação é, ainda, compatível com a igualdade de cidadania e se vai ao encontro do sentido mais amplo da igual proteção das leis (DOWKIN, 2010).

Surge nesse momento mais um questionamento: teria o Supremo Tribunal Federal legitimidade para proferir essa decisão? Segundo Dowrkin (2010) diferentes instituições tomam decisões e não precisam fundamentá-las na Constituição, mas apenas as justificam como algo que poderá trazer benefícios futuros, discurso típico do realismo. Um exemplo bem claro é a Medida (s) Provisória (s) 2852 / 2152, mais conhecida como “MP do Apagão”.

A supramencionada indagação talvez não faça sentido, ou melhor, poderia fazer sentido se a Carta Magna atribuísse essa competência a outra instituição, mas não o faz. O Judiciário não pode se escusar de apresentar uma resposta ao caso lhe apresentado, o que é vedado é aplicar a letra fria da lei sem realizar uma interpretação coerente com o todo constitucional.

A decisão proferida pelo Supremo é legítima e adequada, porque cabe a ele, em última instância, interpretar a Constituição de forma coerente, não baseado em argumentos de política, mas mostrar que a discriminação não se coaduna com a moralidade política da atual Constituição de 1988 e vai de encontro ao exercício da cidadania, do pluralismo, da dignidade humana e, acima de tudo, do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar que, dignidade da pessoa humana que o presente trabalho defende não está ligada à apenas à concepção germânica de bases axiológicas, ou como uma correia de interligação que serve de fundamentos para os demais direitos fundamentais, mas sim como a busca do “reconhecimento da importância de cada projeto de vida individual e a proteção da autonomia individual na persecução desse projeto de vida”. (FERNANDES, 2011, p. 216-220). Falar em dignidade humana corresponde a garantia de iguais liberdades subjetivas para ação.

Ressalta-se que, o fato de o Judiciário ter proferido essa decisão não impede que o Legislativo venha regulamentar o assunto. A título de exemplo, no Julgamento das ações afirmativas (ADPF 186) o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema de cotas nas universidades não feria o princípio da igualdade. Logo em seguida foi aprovada pelo Senado a lei que disponibilizaria cinquenta por cento das vagas nas instituições de ensino superior para o sistema de cotas. A integridade, frisa-se, vale tanto para o Poder Legislativo quanto para o Judiciário, um necessita do outro para esse ideal político⁷.

⁷ Existem dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quando possível, seja vista como coerente nesse sentido. O interesse do presente artigo está no princípio jurisdicional

CONCLUSÃO

Assim, sob o pano de fundo do Estado Democrático de direito, a Constituição Federal não escolheu apenas um princípio, mas sim um paradigma que orienta toda a prática jurídica contemporânea. Dessa forma, a Carta da República deve viabilizar, a democracia, o pluralismo e a cidadania de todos. Para isso, torna-se necessário que se crie mecanismos que garantam participação em igualdade de direitos e oportunidades, onde aqueles que serão afetados pelas decisões se sintam, também, como autores das normas que os afetam.

Nesse sentido um sistema coerente de normas não deve se contradizer, por isso o presente artigo coaduna com a ideia de que a Teoria da Integridade do Direito, pode ajudar na busca por respostas jurídicas adequadas ao atual paradigma, tendo em vista, que não há espaço para discricionariedade no sentido *forte*, não existe espaço para fundamentar uma decisão judicial com argumentos de política; a integridade leva em conta a justiça, a equidade e noção de devido processo; a própria noção de integridade, que levanta a exigência de que cada caso seja compreendido como parte de uma história encadeada.

O reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo não confere poderes ao Supremo Tribunal Federal para alteração permanente da Constituição, porque a resposta foi encontrada por intermédio de uma interpretação construtiva, que está ligada à moralidade política da Constituição de 1988 e não poderia ser de outra forma. Não seria coerente estar sob o pálio do Estado Democrático de Direito, que cria mecanismos para viabilizar a cidadania de todos e veda a discriminação e, ao mesmo tempo, existir uma norma dentro do mesmo pano de fundo que impeça pessoas de conceber direitos por sua essência ou escolhas pessoais.

O que estava em jogo era um direito constitucional e existe um grande risco de os tribunais postergarem a resposta para o caso a eles submetido: o risco da injustiça. Dworkin (2010, p. 197) chama a atenção para o fato de que “a administração do tempo constitucional afeta o modo como as pessoas vivem ou morrem”. Esperar todo esse tempo significou que “cidadãos homossexuais foram obrigados a viver um outro segmento e suas vidas, de resto e irreversível, como cidadãos de segunda classe”. (DWORKIN, 2010, p.197).

[...] Mas sustento que o princípio legislativo faz parte de nossa prática política a tal ponto que nenhuma interpretação competente dessa prática pode ignorá-lo. Avaliamos essa afirmação segundo as duas dimensões que agora nos são familiares. Perguntamos se os pressupostos de que a integridade é um ideal político distinto se adapta a nossa política, e, em segundo lugar, se honra nossa política. Se o princípio legislativo de integridade é poderoso nessas duas dimensões, então o argumento em favor do princípio jurisdicional e da concepção do direito que defende já terá começado bem.” (DWORKIN, 1999, p 213).

O presente trabalho acredita que, ainda que se seja fiel ao texto da Constituição é possível oferecer uma resposta que se coadune com a moralidade política contemporânea, fiel à Constituição.

Dessa forma, a interpretação conforme à Constituição do artigo 1723 do Código Civil, para reconhecer a união estável entre casais homo afetivos, está em plena consonância com o espírito da Constituição Cidadã, uma vez que não há proibições neste sentido. Essa constatação foi confirmada pela interpretação construtiva das práticas sociais, demonstrando ser melhor resposta para o caso e, além do respeito a nossa comunidade de princípios.

Portanto, a teoria da Integridade pode orientar os tribunais pátrios, em especial o Supremo Tribunal Federal, a oferecer respostas que estejam de acordo com o Estado Democrático de Direito e fieis à Constituição sem que isso implique limitar esta fidelidade a uma interpretação textualista. No mesmo sentido essa teoria impedi interpretações que fomentem a usurpação de competência e o retorno ao decisionismo baseado em critérios valorativos. Assim, a teoria da Integridade oferece uma justificativa para legitimidade das decisões judiciais que vão além do texto, mas ao encontro do Direito.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº132**. Relator: Ministro: Ayres Britto, 4 de mai. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787> Acesso em:16 de maio de 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**. Relator: Ulisse Guimarães. 1987. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-asmbleia-nacional-constituinte> Acesso em:16 de maio de 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Crise e desafios da constituição**. Coord. SAMPAIO, José Adércio Leite, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Juçara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei de Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo self restraint ou pelo ativismo. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p.25-35, jan/dez 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **Poder judiciário e (m) crise: reflexões de teoria da Constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à Justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**: Jhon Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert L.A. Hart, Ronald Dworkin: Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto da sereia: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2009.