



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GRETHA LEITE MAIA DE MESSIAS**

**ESTADO SECURITÁRIO, BIOPOLÍTICA E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**

**FORTALEZA**

**2013**

**GRETHA LEITE MAIA DE MESSIAS**

**ESTADO SECURITÁRIO, BIOPOLÍTICA E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Doutor Hugo de Brito Machado Segundo.

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- M585e      Messias, Gretha Leite Maia de.  
Estado securitário, biopolítica e atuação do judiciário / Gretha Leite Maia de Messias. – 2013.  
189 f. : enc. ; 30 cm.
- Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2013.  
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.  
Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.
1. Poder judiciário - Brasil. 2. Estado de direito. 3. Biopolítica. 4. Poder judiciário e questões políticas – Brasil. I. Machado Segundo, Hugo de Brito (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Doutorado em Direito. III. Título.

**GRETHA LEITE MAIA DE MESSIAS**

**ESTADO SECURITÁRIO, BIOPOLÍTICA E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (orientador)  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof. Dr. Luiz Moreira  
Faculdade de Direito de Contagem - MG

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fayga Silveira Bedê  
UNICHRISTUS

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Gina Marcílio Pompeu  
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

---

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias  
Universidade Federal do Ceará - UFC

Para Paulo e nossos filhos Sofia e Igor.

Para meus pais Pedro e Ivonele.

## AGRADECIMENTOS

À CAPES, pelo apoio financeiro com a manutenção da bolsa de auxílio.

Ao professor Hugo de Brito Machado Segundo, pelas orientações, pelo apoio incondicional ao projeto e à pesquisa e pela generosidade de dividir comigo seu saber e erudição.

Aos professores componentes da banca de avaliação, agradeço com uma citação de Hannah Arendt: “toda atividade realizada em público pode atingir uma excelência jamais igualada na intimidade; para a excelência, por definição, há sempre a necessidade da presença de outros, e essa presença requer um público formal, constituído pelos pares do indivíduo”.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC, por tantos ensinamentos.

Aos servidores da Universidade Federal do Ceará, na pessoa de nossa querida e fundamental Marilene (Mari).

Aos meus irmãos doutores Erick Messias e Kelly Messias, desde sempre ao meu lado.

“O conhecimento do conhecimento obriga. Obriga-nos a assumir uma postura de permanente vigília contra a tentação da certeza, a reconhecer que nossas certezas não são provas da verdade, como se o mundo que cada um vê fosse o mundo e não **um** mundo que construímos juntamente com os outros. Ele nos obriga, porque ao saber que sabemos não podemos negar que sabemos”. (MATURANA, Humberto R.. VARELA, Francisco J.).

## RESUMO

A presente tese tem como objeto a atuação do Judiciário brasileiro em face de controvérsias judiciais que envolvem práticas de biopolítica. Por práticas de biopolítica entendem-se as intervenções do Estado nas quais os traços biológicos fundamentais dos seres humanos tornam-se parte de uma estratégia geral de poder. A pesquisa justifica-se pelo aumento de controvérsias judiciais que envolvem embaralhamentos de fronteiras causados pela biotecnologia. Por biotecnologia entende-se qualquer processo que utilize aplicação tecnológica em sistemas biológicos. O aumento dessas controvérsias exige que o Poder Judiciário produza um discurso sobre a biopolítica. Como primeira hipótese, considera que a definição de um modelo de Estado é decisiva na ampliação das práticas da biopolítica. Para verificação da primeira hipótese sistematiza, a partir do conceito de Estado de Direito, as propostas teóricas e as experiências históricas do Estado liberal, do Estado social, do Estado totalitário e do Estado securitário, e investiga a atuação do Judiciário como instância decisional do Estado de Direito, nas quatro modalidades citadas. Como segunda hipótese, considera que a complexidade em torno das questões da biopolítica amplia as possibilidades de disfunções do próprio Direito, o que leva a dificuldades de atuação do Judiciário. Para a verificação da segunda hipótese apresenta o pensamento de Hannah Arendt, Michel Foucault e Giorgio Agamben, e sistematiza os principais discursos que contribuíram para *judicializar a biopolítica*, qual sejam, os discursos de gênero, a proposta da função humanizadora do Direito formulada pela antropologia jurídica contemporânea e o discurso jurídico dos direitos da personalidade. Por meio de uma análise crítica à fundamentação de decisões judiciais, investiga o que pensa o Judiciário brasileiro sobre o Direito, a biopolítica e seus problemas, em uma análise qualitativa das estratégias argumentativas de decisões sobre a sexualidade humana. Conclui-se que a proposta de um Estado securitário amplia espaços para as práticas da biopolítica e que a complexidade das questões dificulta a atuação do Judiciário no Estado de Direito. Propõe-se o resgate da compreensão da importância da lei como instrumento de redução de complexidades, o que reposiciona argumentos morais e biológicos, buscando viabilizar decisões judiciais mais adequadas à proposta de Estado de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado securitário. Biopolítica. Judiciário.



## ABSTRACT

This thesis has as its object a critical study of the Brazilian Judiciary's performance in face of legal disputes involving practices of *bio-politics*. Practices of *bio-politics* means the intervention of the State in which the basic biological features of the human being become part of a general strategy of power. The research is justified by the increase of legal disputes involving border scramble caused by biotechnology. Biotechnology is defined as any process leading to technological application in biological systems. These legal disputes require the Judiciary to produce a discourse about *bio-politics*. As a first hypothesis, the thesis considers that the definition of a state model is crucial to the expansion of *bio-political* practices. To test the first hypothesis, the thesis systematizes the concepts of the Rule of law, the theoretical proposals and the historical experiences of the liberal state, the social state, the totalitarian state and the security state, and investigates the Judiciary within these four mentioned features. As a second hypothesis, the thesis considers that the complexity around issues of *bio-politics* extends the possibilities of malfunction in law itself, which leads to difficulties in the Judiciary performance. In order to ratify the second hypothesis, this thesis presents the thoughts of Hannah Arendt, Michel Foucault and Giorgio Agamben, and systematizes the main discourses that contributed to "judicialize *bio-politics*", which are the gender discourse, the humanizing function of the law (proposal formulated by legal contemporary Anthropology) and the juridical discourse of individual rights. Through a critical analysis of the reasoning of Court decisions, this thesis investigates what the Judges think about the Law, *bio-politics* and its problems, with qualitative analysis of decisions that affect human sexuality. The thesis concludes that the proposal of a security State extends spaces and opportunities for the practices of *bio-politics*. It also concludes that the complexity of the issues complicates the Judiciary's performance, considering the Rule of law. This thesis aims at recovering the importance of the law as a tool to reduce complexity, reordering biological or moral arguments in this debate, with the purpose of producing judiciary decisions more in line with the framework of the rule of law.

**KEYWORDS:** Rule of law. *Bio-politics*. Judiciary.

## RÉSUMÉ

Cette thèse a pour objet une étude critique de la performance de l'appareil judiciaire brésilien face à des litiges impliquant des pratiques de la biopolitique. La pratique de la biopolitique signifie l'intervention de l'État dans lequel les caractéristiques biologiques de l'être humain font partie d'une stratégie générale de pouvoir. La recherche est justifiée par l'augmentation des litiges impliquant brouiller la frontière causés par la biotechnologie. La biotechnologie est définie comme un processus conduisant à l'application technologique dans les systèmes biologiques. L'augmentation des contentieux juridiques exige la justice pour produire un discours sur la biopolitique. Comme une première hypothèse, estime que la définition d'un modèle d'état est décisif pour la expansion de pratiques de la biopolitique. Pour vérifier la première hypothèse, cette thèse systématise de la notion d'Etat de droit, les propositions théoriques et les expériences historiques de l'État libéral, l'État-providence, l'État totalitaire et d'État d'assurance, et étudie le rôle du pouvoir judiciaire en tant qu'organe de l'Etat, dans les quatre modalités mentionnées. Dans un deuxième hypothèse, estime que la complexité des questions autour de la biopolitique étend les possibilités du droit des dysfonctionnements elle-même, ce qui conduit à des difficultés dans la performance de l'appareil judiciaire. Pour vérifier la seconde hypothèse, présente la pensée de Hannah Arendt, Michel Foucault et Giorgio Agamben, et systématise les principaux discours qui ont contribué à judiciariser la biopolitique, qui sont le discours sur le sexe dans la sociologie, la fonction proposée d'humaniser la loi formulée par l'anthropologie juridique et le discours juridique contemporaine des droits personnels. Faire une analyse critique de la motivation des décisions de justice, enquête sur ce qu'il pense de la loi et de droit les juges brésiliens, et aussi sur la biopolitique et de ses problèmes. Faire une analyse qualitative des stratégies argumentatives des décisions sur la sexualité humaine. Conclut que la proposition d'un État d'assurance amplifie opportunités pour les pratiques de la biopolitique. Conclut également que la complexité des questions complique les performances de l'appareil judiciaire, compte tenu de la règle de droit. La thèse se propose de récupérer l'importance de la loi comme un outil pour réduire la complexité, la réorganisation arguments biologiques ou morale dans ce débat, visant à produire des décisions judiciaires plus en phase avec le cadre de la primauté du droit.

**MOTS-CLÉS:** État de Droit. Biopolitique. Judiciaire.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DE DIREITO.....	18
2.1 Estado de Direito.....	18
2.2 Atuação do Judiciário.....	24
2.2.1 Estado liberal de Direito, teoria liberal dos direitos fundamentais e atuação do Judiciário.....	27
2.2.2 Estado social de Direito, teoria social dos direitos fundamentais e atuação do Judiciário.....	37
2.2.3 Estado totalitário e atuação do Judiciário.....	51
2.2.4 O problema da atuação do Judiciário sob a perspectiva das teorias do Direito.....	65
2.2.5 Para pensar o Brasil hoje: a perspectiva do Estado liberal securitário, neoconstitucionalismo e pós-positivismo.....	72
2.3 Conclusões parciais.....	81
3 BIOPOLÍTICA.....	82
3.1 O biopoder, a biopolítica e a proposta de “vida natural”.....	83
3.2 Discursos jurídicos da sexualidade.....	103
3.2.1 A proposta do conceito de gênero: a contribuição da sociologia.....	103
3.2.2 A proposta do Direito como “técnica humanizadora da técnica”: a contribuição da antropologia jurídica.....	107
3.2.3 A ascensão dos direitos da personalidade.....	113
3.3 Conclusões parciais.....	122
4 A BIOPOLÍTICA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	124
4.1 Análise crítica de discurso e as possibilidades da análise do discurso como metodologia.....	124
4.2 Estratégias da argumentação jurídica.....	128
4.3 A decisão de equiparação da união estável homossexual à união estável heterossexual: o que diz o Supremo Tribunal Federal sobre a sexualidade humana à luz dos discursos de biopolítica e dispositivo da sexualidade e sobre o funcionamento do Judiciário.....	149
4.4 A lei como instrumento de redução da complexidade.....	162
4.5 Conclusões parciais.....	172
CONCLUSÕES FINAIS.....	173
REFERÊNCIAS.....	176

## 1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário se encontra, contemporaneamente, diante não somente de casos difíceis (*hard cases*), mas diante de casos *muito* difíceis (*really hard cases*). No primeiro caso, as controvérsias envolviam aspectos econômicos e políticos. No segundo caso, estão as controvérsias judiciais que envolvem embaralhamentos de fronteiras causados pela biotecnologia. Esses embaralhamentos estendem limites que antes estavam solidamente definidos pela condição biológica dos seres humanos, identificados como entes pertencentes a um mundo *natural*, no qual as pessoas nasciam, se reproduziam e morriam <sup>1</sup>. Os impasses alcançam a atuação do próprio Estado e do Direito, bem como as categorias formuladas pela modernidade para a sua compreensão e funcionamento.

A dimensão dos desafios postos ao Poder Judiciário em decorrência do avanço biotecnológico pode ser mensurada por meio de uma análise crítica da fundamentação das decisões judiciais. Assim, reconhecendo no campo das controvérsias judiciais um lugar no qual se constrói um *discurso* <sup>2</sup>, investiga o Judiciário como instância decisional do Estado de Direito, em suas modalidades de Estado liberal, Estado social, Estado totalitário e Estado securitário, nos quais o Judiciário pleiteia formas diferentes de atuação. Assim, surgem propostas de atuação do Judiciário como contido ou ativista, como um intérprete e aplicador mais vinculado à lei ou mais livre no ambiente principiológico da Constituição ou de outros “campos” metafísicos. Essa reflexão é fundamental nas controvérsias judiciais em torno da biopolítica, como será estudado na decisão objeto de análise crítica no terceiro capítulo. Para o estudo da biopolítica e suas práticas, adota como referencial teórico o pensamento de H. Arendt, M. Foucault e G. Agamben, e sistematiza os principais discursos que contribuíram para *judicializar a biopolítica*. Por judicialização se compreende qualquer manifestação do

---

<sup>1</sup> O uso de termo biotecnologia nesse estudo é mais amplo do que a sua concepção mais técnica, em especial no campo ambiental. Nos estudos de impacto da intervenção tecnológica no meio ambiente, biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que use sistemas biológicos, organismos vivos ou derivados destes, para fazer ou modificar produtos ou processos para usos específicos – art. 2º da Convenção sobre diversidade biológica da ONU, de 1992. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf\\_chm\\_rbbio/arquivos/cdbport\\_72.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/arquivos/cdbport_72.pdf)>. Acesso em: 28set.2013. Tomada em um sentido mais filosófico, a biotecnologia referida nesse trabalho designa qualquer intervenção tecnológica no sistema biológico dos seres humanos, como a manipulação de material genético e as intervenções cirúrgicas no corpo humano, como a construção anatômica de genitália diferente por opção e o uso de seres humanos em pesquisas de aprimoramento genético. Enfim, o organismo humano compreendido nesse campo de intervenção.

<sup>2</sup> Para Michel Foucault o discurso é “esse conjunto regular de fatos linguísticos em determinado nível e polêmicos e estratégicos em outro”. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2002, p.9. A tese que ora se submete à avaliação orienta-se para encontrar no discurso os fatos polêmicos e estratégicos (argumento), mas do que os fatos linguísticos, embora seja impossível não referir-se à questão dos sentidos.

Judiciário sobre determinadas questões<sup>3</sup>. A biopolítica, por sua vez, é referida como o conjunto de práticas interventivas do Estado na gestão da natalidade, sexualidade e mortalidade dos indivíduos, na medida em que tais fenômenos se tornam uma preocupação política, conforme se verá no segundo capítulo. Por meio de uma análise crítica à fundamentação de decisões judiciais, investiga o que pensa o Judiciário brasileiro sobre o Direito, a biopolítica e seus problemas, tendo como recorte empírico a análise de decisões que atingem a sexualidade humana. Considera que a proposta de um Estado liberal securitário abre oportunidades para as práticas da biopolítica, numa perigosa aproximação com os Estados totalitários, uma vez que ambos se tratam de projetos para uma humanidade perfeita. Propõe a compreensão dessas práticas na perspectiva de um problema de estruturação do Estado, reposicionando argumentos morais e biológicos, em face dos desafios do Poder Judiciário no enfrentamento de controvérsias que envolvem tais práticas, buscando reduzir a complexidade do tema para viabilizar decisões judiciais mais adequadas à proposta de Estado de Direito e uma determinada atuação do Judiciário.

A experiência histórica dos chamados Estados Totalitários despertou, na segunda metade do séc. XX, na Europa e nos sistemas político-jurídicos derivados de sua matriz teórica, um movimento direcionado a recuperar o entusiasmo não somente com o Estado, mas com a proposta institucional do Estado de Direito. Conforme Fleiner-Gester, episódios como Auschwitz caracterizam “uma época de totalitarismo na qual os adversários políticos são torturados e homens são degradados e aniquilados sem razão”<sup>4</sup>, gerando um desencanto com o Estado e, em certos casos, uma fobia do Estado. Por outro lado, segundo Rouland, sente-se por alguns conceitos “um certo temor reverencial”, sendo esse o caso do Estado de Direito, cujo prestígio é assegurado por tantos acontecimentos recentes: em seu nome, desapareceram regimes autoritários, e “é para ele que dizem tender as sociedades liberais avançadas em busca de um acordo entre a necessidade do Estado e os direitos da sociedade civil”. O Estado de

---

<sup>3</sup> A judicialização, entendida aqui em sentido amplo como a manifestação do Judiciário a respeito de determinadas questões, não tem um contorno preciso na literatura jurídica; no Brasil, faz parte de um discurso desenvolvido mais pela Ciência Política e pelos estudos sociológicos do Direito, em especial depois do livro “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, lançado em 1999, resultado de estudos conjuntos de um grupo de autores ligados à IUPERJ – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, em associação à AMB – Associação de Magistrados Brasileiros. De maneira sucinta, para essa proposta, a judicialização da política é o movimento que faz o Judiciário no sentido de exercer um controle sobre a vontade do soberano, identificado na vontade do legislador constituinte, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle abstrato de constitucionalidade das leis, mediante a provocação da comunidade de intérprete da Constituição. Cf. VIANNA, Luiz Werneck et al.. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.47.

<sup>4</sup> Cf. FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Prefácio).

Direito se distingue, então, das outras formas de organização política por aceitar a limitação dos seus poderes pelo direito: “daí o sucesso do conceito, numa época em que o Estado dirigista saiu da moda e em que os Estados despóticos registram no mundo um recuo inequívoco”<sup>5</sup>.

Dessa forma, pode-se dizer que a comunidade de pensadores do Direito e do Estado tem se dedicado a buscar suportes teóricos que reafirmem a manutenção do Estado de Direito como um projeto civilizatório viável, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista político<sup>6</sup>. Tendo como epicentro a Constituição, segundo Canotilho “uma ordenação sistemática e racional de comunidades políticas, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantam os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”<sup>7</sup>, projetam-se os discursos dos direitos humanos e fundamentais<sup>8</sup>, construindo-se toda uma rede de marcos teóricos, que podem ser sumariamente sintetizados no constitucionalismo, movimento afirmativo da supremacia da Constituição, da superação da fase declaratória de direitos, da força normativa da Constituição e da busca de efetividade material dos direitos fundamentais, especialmente por meio de uma nova hermenêutica e das teorias argumentativas<sup>9</sup>.

O conceito de Estado de Direito é núcleo central da discussão, que se orienta pelas categorias de compreensão do Estado derivadas da cultura europeia, uma vez que os aportes do constitucionalismo dito eurocêntrico se constituem como marcos teóricos fundamentais,

---

<sup>5</sup> ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**: antropologia jurídica da modernidade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.171.

<sup>6</sup> Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1980; COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org). **O Estado de Direito**: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.12.

<sup>8</sup> Cf. HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos** – uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009; FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009; e COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. Sobre direitos fundamentais, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed, rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, v.4; e BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>9</sup> Cf. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013. O livro inicia com um capítulo que objetiva demonstrar que, após o nazismo, os juristas no mundo todo sentiram a necessidade de desenvolver uma teoria jurídica mais comprometida com os valores humanitários, como forma de recuperar a legitimidade da ciência do direito que havia sido profundamente abalada em razão da “legalização do mal” levada a cabo pelo regime de Hitler. Melhor seria referir-se à banalização do mal, tal como afirma Arendt ao apresentar um relato sobre a banalidade do mal em “Eichmann em Jerusalém”. Cf. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

inclusive como pontos de partida para o novo constitucionalismo latino-americano, movimento a partir do qual se propõem releituras e ressignificações dessas categorias, e até mesmo uma retomada dos ideais revolucionários do século XVIII <sup>10</sup>. O primeiro capítulo parte do conceito de Estado de Direito, nessa perspectiva.

A preocupação com a efetividade de direitos, por sua vez, bifurca-se no séc. XX em duas direções já bem definidas e exploradas teoricamente: a garantia de direitos **de** liberdades, oponíveis em face ao Estado, formulados nas disposições de tutela à vida, à liberdade e à propriedade, com garantia de acesso à Justiça; e a efetividade de direitos **a** prestações positivas do Estado, por meio de serviços que vão desde a prestação efetiva de tutela jurisdicional e garantia de serviços de educação, saúde e previdência social, o que induz a um amplo aparelhamento do Estado. Essas duas direções ideológicas deram forma ao primeiro Estado de Direito – Estado liberal, e ao segundo Estado de Direito – Estado social. Esses modelos ideais geram tipos cruzados no cenário político ocidental.

Nesse sentido, é possível verificar Estados liberais com ênfase no discurso político da democracia e no discurso jurídico dos direitos humanos, mantendo a opção pela livre concorrência como mecanismo regulador do mercado, com previsão de eventual intervenção do Estado na economia, em situações específicas. É possível também verificar Estados sociais com determinação de mecanismos de solidariedade social por meio de políticas permanentes de Estado (e não políticas de governo), e que eventualmente podem contemplar orientação liberalizante na economia. Se o Estado liberal dispõe de uma rede de seguridade para o indivíduo, do nascimento à morte, então será referido, nesse estudo, como Estado liberal securitário.

Assim, foram examinadas, no primeiro capítulo, as propostas de a) Estado liberal de Direito e o problema da atuação do Judiciário nos termos das relações entre Constituição e lei e entre Legislativo e Judiciário; b) Estado social de Direito e a proposta do ativismo judicial; c) Estado totalitário, no contexto da experiência histórica das cortes judiciárias do séc. XX na Alemanha e no Brasil (considerando o contexto das ditaduras); e d) para pensar o

---

<sup>10</sup> Sobre o constitucionalismo pós-crítico dos países do Sul, ou constitucionalismo latino-americano, ver WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. Cf. também SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina** – perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Seguridad, 2010; e PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor** – la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011. (Colección Estructuras y proceso; Serie Derecho).

Brasil hoje, foi examinada a proposta do Estado liberal securitário e, nesse contexto, as propostas do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo. Esse estudo objetiva verificar a hipótese de que a definição do modelo de Estado é decisiva na instalação e ampliação de práticas da biopolítica. Uma segunda hipótese a ser testada a partir dos resultados alcançados é a de que as práticas da biopolítica tendem a exigir uma determinada concepção de funcionamento da atividade jurisdicional, na qual parâmetros de controle são o mais possível afastados, envolvidos em discursos de desvinculação da lei e aumento da referência à moral e à biologia, pondo em risco uma das maiores conquistas civilizatórias do Estado de Direito: a ideia de lei como instrumentos de redução da complexidade e de viabilização da atividade jurisdicional (controlada).

Estabelecidas essas hipóteses e referenciais teóricos, a problematização tem também como pressuposto a multiplicação das intervenções estatais na vida humana, fenômeno identificado como a biopolítica. O termo biopolítica designa de modo amplo o conjunto de intervenções que incidem na gestão da saúde, da alimentação, da natalidade e da mortalidade, numa articulação entre saberes biológicos e biomédicos e saberes jurídicos. Foram privilegiados o pensamento de Hannah Arendt, Michel Foucault e Giorgio Agamben. Os estudos de Arendt tinham como objetivo entender o fenômeno do totalitarismo, identificando na eliminação da espontaneidade, da própria personalidade humana, a sujeição total dos indivíduos aos dispositivos de poder. Segundo Agamben, enquanto trabalhava na história da sexualidade e ia desmascarando, também nesse âmbito, os dispositivos do poder, Michel Foucault começou a orientar sempre com maior insistência as suas pesquisas para aquilo que definia como biopolítica, ou seja, “a crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder”<sup>11</sup>. A proposta de Agamben pode ser qualificada como uma proposta de síntese desses dois autores, conforme será visto no segundo capítulo.

No segundo capítulo, também foram analisados quais os discursos que contribuem para a discussão da sexualidade humana em sede de decisões judiciais de natureza não penal. No campo das ciências sociais, serão sistematizadas as principais contribuições dos discursos de gênero e os discursos recentes da antropologia jurídica sobre o papel do Direito como uma “técnica humanizadora da técnica”. No campo jurídico, é no discurso dos direitos da

---

<sup>11</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer** – o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. 2 ed, Belo horizonte: UFMG, 2010, p. 116.



personalidade que emergem os dispositivos do uso do corpo e da sexualidade. Também se adensam os estudos de interface entre os direitos fundamentais e a biotecnologia. Nesse ponto dos estudos, serão observadas algumas decisões sobre o direito à identificação civil de transexuais.

A pesquisa teórica se encerra com uma investigação empírica, por meio de uma análise crítica dos discursos sediados na fundamentação dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Por tratar-se de pesquisa de natureza qualitativa, o objeto de análise foi a decisão de equiparação da união homoafetiva à união estável, cuja fundamentação dos votos é objeto de detalhada análise crítica à luz de estratégias retóricas e argumentativas. Também são identificadas, no discurso do Supremo Tribunal Federal, as questões problematizadas no capítulo I sobre o Estado e o próprio Judiciário. Os estudos empreendidos no primeiro e no segundo capítulos revelam que essa investigação adota uma dupla perspectiva de análise: a primeira, sobre o Estado, a função jurisdicional e seus limites; a segunda perspectiva é de conteúdo, para afirmar que a *sexualidade* é um artifício do discurso de poder, um dispositivo de dominação. A utilização do dispositivo da sexualidade como um fator de identificação dos sujeitos de direito reproduz esse discurso de poder, cujos riscos de manipulação se ampliam diante do estágio avançado das biotecnologias de intervenção no corpo humano e da proposta de Estado liberal securitário.

A proposta dessa tese considera, por fim, que o papel da academia é o de pensar problemas contemporâneos e oferecer análises embasadas com rigor científico para a compreensão, em especial, dos fenômenos políticos que constituem nossa condição de indivíduos, sujeitos e cidadãos, oferecendo subsídio teórico para ampliar a capacidade de compreensão do mundo e eventualmente, ao reduzir a complexidade de temas especialmente porosos a múltiplos aportes, subsidiar a fundamentação das decisões judiciais. Propõe o resgate da compreensão da importância da lei como instrumento de redução de complexidades e reposiciona argumentos morais e biológicos, buscando viabilizar decisões judiciais mais adequadas à proposta de Estado democrático de Direito.

## 2 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DE DIREITO

Este capítulo tem por objetivo definir e analisar propostas e experiências históricas relativas ao Estado e ao funcionamento do Poder Judiciário. Considerando a atividade jurisdicional como uma atividade vinculada a parâmetros, objetiva verificar a hipótese de que o funcionamento do Judiciário varia conforme a opção de Estado de Direito constitucionalmente estabelecida. Assim, compõem este capítulo os seguintes estudos: a) a proposta do Estado de Direito; b) a função da Constituição e da lei em um Estado de Direito e a questão do vínculo do julgador à Constituição e à lei; c) as modalidades de Estado liberal e social e o respectivo modelo de funcionamento do Judiciário; d) a experiência histórica do Estado totalitário e o funcionamento das cortes no Terceiro Reich, fazendo referência também ao Judiciário brasileiro durante os dois períodos de ditadura no século XX; e e) a configuração contemporânea do Estado liberal securitário. O objetivo desse levantamento é estabelecer, de forma sistemática, o que está posto sobre atuação do Judiciário, em termos de teoria e experiência histórica.

### 2.1 Estado de Direito

A fórmula política “Estado de Direito” contém, em si, um desafio epistemológico. O primeiro a utilizar a expressão “fórmula política” de uma Constituição, segundo Guerra Filho, foi Pablo Lucas Verdú, referindo-se a uma expressão ideológica, fundada em valores, normativa e institucionalmente organizada, que descansa em uma estrutura socioeconômica<sup>12</sup>. Considerando isoladamente seus dois elementos, Estado e Direito, tem-se as duas maiores instituições culturais nas quais repousa a civilização ocidental moderna em termos de poder e controle. Em termos semânticos, a expressão “Estado de Direito” significa uma tentativa de acoplamento de dois elementos irreconciliáveis em princípio. Segundo Costa e Zolo,

A complexidade do campo semântico ‘Estado de Direito’ não é um fenômeno recente, mas um traço que caracterizou toda a parábola histórica dessa expressão: uma expressão inseparável das sociedades e culturas nacionais nas quais ela surgiu e foi concretamente utilizada; uma expressão ligada a projetos e conflitos políticos-jurídicos, congenitamente dotada de múltiplos sentidos, sobrecarregada de valores, ideologicamente imbuída de significados<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005, p. 16.

<sup>13</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XII.

De um lado, a expressão destaca o monopólio da força e as questões relativas ao exercício do poder. Segundo Merle e Moreira,

Simultaneamente, *por um lado*, somente se pode imaginar o Estado moderno como uma instituição que, dispondo do monopólio da força, estruturou-se através de uma burocracia que se expressa através do formalismo jurídico e da cisão entre Estado e religião. *Por outro lado*, notoriamente a partir de Santo Agostinho, não é possível designar uma ordem sem nenhuma relação a critérios de justiça, ainda que ínfimos, cabendo ao ordenamento jurídico ao mesmo tempo em que prescreve condutas também equacionar problemas de integração social de modo justo <sup>14</sup>.

Aqui os autores equilibram as forças entre Direito e legitimidade, equilíbrio esse que será retomado ao final deste estudo, pelo que, por enquanto, será mantido o foco na questão da instituição do Estado por meio de uma burocracia que exerce o monopólio da força. Na Teoria Geral do Estado, as discussões em torno do exercício do poder pelo Estado estão ligadas às teorias da soberania. Para Fleiner-Gerster, o fator essencial para identificar o Estado moderno é a centralização crescente e a politização do poder. Assim, Estado é “uma unidade constituída por um povo e um território, no interior do qual o poder político é exercido como soberania de maneira racional e centralizada e, externamente, independente” <sup>15</sup>. No mesmo sentido, Marcelo Neves afirma, citando Burdeau e Max Weber, que “com a institucionalização do poder, que importa a dominação legal racional, a soberania passa a ser atribuída à própria organização estatal” <sup>16</sup>.

Por outro lado, a expressão realça a questão do enquadramento normativo das condutas. Trata-se de um projeto civilizatório que pretende ser suportado por dois modelos de racionalidade, ou referenciado por dois sistemas cujos padrões de validade binários são distintos (poder-não poder/ lícito-ilícito) <sup>17</sup>.

É preciso afirmar que há possibilidades distintas para a tarefa de efetuar um contorno conceitual da expressão “Estado de Direito”. Destaca-se a proposta de compreensão do termo sob as formas Estado Liberal – como primeiro Estado de Direito – e Estado Social –

---

<sup>14</sup> Cf. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p.09. (Introdução) Itálicos no original.

<sup>15</sup> Cf. FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 182.

<sup>16</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Leviatã: uma relação difícil**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.157. Conferir sobre o assunto também DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.85 e ss.

<sup>17</sup> Cf. para essa abordagem sobre racionalidade política e jurídica, NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, especialmente capítulo I – dos pressupostos teóricos, p. 34 e ss, bem como NEVES, 2008, p. 85 e ss.

como segundo Estado de Direito <sup>18</sup>, categorias que serão referidas nos próximos itens. Costa e Zolo consideram ainda a hipótese segundo a qual a longevidade e prestígio da expressão “Estado de Direito” se devem, assim como o conceito de Direito Natural, “à sua própria ductilidade e funcionalidade ideológica” <sup>19</sup>. Verdú afirma que o Estado de Direito é um princípio de cultura, do qual pretendem se apropriar diversas tendências políticas <sup>20</sup>. Em uma abordagem inicial para a compreensão do termo “Estado de Direito” busca-se, a princípio, compreendê-lo mais em termos de proposta teórico-política e teórico-jurídica do que em termos histórico-empíricos <sup>21</sup>, embora essa opção não autorize o descarte de aportes historiográficos, especialmente a partir da segunda parte deste capítulo.

Neste sentido, para Verdú,

Quando um Estado estrutura juridicamente a organização e o exercício do poder político, de maneira que os indivíduos estejam protegidos pela existência prévia das normas e instituições garantidoras de seus direitos e liberdades, quando toda a atividade estatal se submete a essas normas e instituições, sem exceções além daquelas reclamadas pelo bem-estar geral, podemos dizer que nos encontramos perante uma comunidade jurídica civilizada <sup>22</sup>.

Mesmo considerando essa definição condicionada a uma manifestação empírica, ela traz em si os elementos que se quer destacar: as noções de proteção e titularidade de direitos e liberdades. Para Canotilho, é possível sintetizar as dimensões fundamentais do princípio “Estado de Direito” em três elementos: a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais <sup>23</sup>. Assim, quanto ao primeiro elemento, ao decidir-se por um Estado de Direito, uma sociedade politicamente organizada busca a conformação das estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito* <sup>24</sup>. Ademais, para o jurista português, todo Estado de Direito é um Estado constitucional, pois pressupõe a existência de “uma Constituição que cumpra a função de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos, conferindo aos seus atos medida e forma” <sup>25</sup>. Dessa forma, a Constituição é o estatuto jurídico do político. Daí o segundo elemento constitutivo do Estado de Direito, qual seja, a constitucionalidade. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da Constituição, deduz-se que há uma vinculação do legislador à Constituição,

<sup>18</sup> Ver, por todos, BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

<sup>19</sup> COSTA; ZOLO, 2006, p. 08.

<sup>20</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 06.

<sup>21</sup> Cf. COSTA e ZOLO, 2006, *passim*.

<sup>22</sup> VERDÚ, 2007, p.144.

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina 1993, p. 357.

<sup>24</sup> CANOTILHO, 1993, p.358. Em itálico no original.

<sup>25</sup> CANOTILHO, 1993, p.360. Em itálico no original.

assim como uma vinculação de todos os demais atos do Estado à Constituição, tema retomado a seguir. Deduz-se também o princípio da reserva da Constituição <sup>26</sup> e da força normativa da Constituição <sup>27</sup>.

Ressalte-se, de logo, que ao mesmo tempo em que se impõe o princípio da reserva da Constituição, segundo o qual determinadas questões respeitantes ao estatuto jurídico do político não devem ser reguladas por leis ordinárias, mas sim pela Constituição (em especial a definição do quadro de competências), se impõe o princípio da reserva da lei, e com isso a tarefa de harmonizá-los. O princípio da reserva da lei, na sua concepção original, era compreendido como princípio da prevalência da lei, e desempenhou papel fundamental para a consolidação do Estado Moderno, quando a convivência medieval de múltiplos centros de poder <sup>28</sup> (Igreja, monarquias, corporações de ofício, suseranias) foi superada por um processo histórico contínuo de centralização de poder que viabilizou uma nova ordem para o mundo <sup>29</sup>. Assim, projetando o próprio conceito de soberania, a lei se anuncia como o ato de vontade estatal juridicamente mais forte, prevalecendo inclusive sobre outros atos do Estado, em especial os do poder executivo (regulamentos e atos administrativos). Sua concepção foi relativizada com o advento do constitucionalismo, e o princípio se enuncia como *reserva* da lei, a dizer que existe um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulamentados por lei. Inúmeras questões atravessam essa discussão, desde a divisão de tarefas entre os poderes em um Estado de Direito, passando pela forma como se relacionam esses poderes na execução de suas respectivas competências, até a questão da legitimidade democrática do processo legislativo e do processo judicial.

O terceiro elemento que sintetiza, para Canotilho, o Estado de Direito são os direitos fundamentais. Para uma compreensão dos direitos fundamentais, por sua vez, é preciso iniciar pela configuração das relações entre os conceitos de sujeito e Estado, no limiar da modernidade. No Estado moderno, segundo Moreira, “os sujeitos constituem uma ordem

---

<sup>26</sup> CANOTILHO, 1993, p. 784 e ss. Cf. também MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed, 1993, v. IV, p. 290 e ss.

<sup>27</sup> Ver, por todos, HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1991.

<sup>28</sup> Sobre a ascensão do Estado moderno, ver CREVELD, Martin Van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, especialmente capítulo 2.

<sup>29</sup> Para essa abordagem, ver HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do homem**. 16. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. Para a centralização do poder do Estado moderno, ver ALBUQUERQUE, Newton. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, especialmente capítulo I.

estatal marcada pela associação entre livres e iguais definida em termos jurídicos”<sup>30</sup>. Assim, a relação de subordinação entre vassalos e senhor é sucedida por uma estrutura marcada pela titularidade de direitos, inerentes a cada sujeito, entendida como um atributo subjetivo, como faculdade própria do sujeito. Para construir uma estrutura marcada pela titularidade de direitos em relação ao Estado, a tutela dos direitos subjetivos foi resignificada na afirmação de um sistema de direitos fundamentais. A expressão “direitos fundamentais”, segundo Joaquim Salgado, tem seu significado garantido num fato político de natureza planetarizante:

O fato do Estado de Direito como Estado cuja finalidade é a realização e garantia dos direitos subjetivos considerados fundamentais, portanto, que se conferem a todos como pessoas. Esses direitos têm como conteúdo valores também considerados essenciais, que se criaram e se desenvolveram na cultura ocidental. Os direitos fundamentais têm, assim, como elementos definidores: quanto ao seu conteúdo, os valores considerados principais em uma cultura; quanto à sua forma, a sua declaração ou positivação, como reconhecimento universal dos que os declarem

<sup>31</sup>.

No contexto do que Bobbio denominou “A Era dos Direitos”, o Estado de Direito significa uma opção pela qual as instituições políticas e os aparelhos jurídicos tenham por fim a garantia dos direitos subjetivos em face das possíveis intervenções do próprio Estado. Segundo Costa e Zolo, “é a realização dos valores e a satisfação dessas expectativas [individuais] que os teóricos do Estado de Direito, tanto no continente europeu como no mundo anglo-saxão, assumem hoje como fonte primária de legitimação do sistema político”<sup>32</sup>.

Considerando todos os conceitos até aqui identificados, procurou-se destacar a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Canotilho apresenta as teorias dos direitos fundamentais ressaltando a sua multifuncionalidade<sup>33</sup>. Jorge Miranda refere-se aos sistemas técnico-jurídicos dos direitos fundamentais<sup>34</sup>. Segundo Martins, o número considerável de teorias sobre os direitos fundamentais se dá em razão de uma predileção das escolas contemporâneas de pensamento jurídico-teórico pelo campo de estudos das normas definidoras de direitos fundamentais. A predileção tem dois motivos. Primeiro, pela posição

---

<sup>30</sup> MOREIRA, Luiz. Direito e Normatividade. In: MERLE; MOREIRA, 2003, p.144-149. Ressalta do autor que a ideia do sujeito *de direito* abre duas perspectivas: a primeira, a uma universalidade plural, na medida em que o sujeito é concebido a partir de uma reciprocidade associativa, e a segunda, à efetivação da liberdade como isonomia.

<sup>31</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos direitos fundamentais. In: MERLE; MOREIRA, 2003, p. 195.

<sup>32</sup> COSTA e ZOLO, 2006, p. 06.

<sup>33</sup> CANOTILHO, 1993, p. 505-513.

<sup>34</sup> MIRANDA, 1993, p. 46-48.

hierárquica de tais normas na ordem jurídico-constitucional vigente. Segundo, pelo fato de que sua baixa densidade normativa apresenta-se como um desafio intelectual instigante aos que se ocupam de construir teorias <sup>35</sup>.

As teorias subjetivistas dos direitos fundamentais explicam as normas de direitos fundamentais a partir das pretensões jurídico-subjetivas do titular dos direitos, ou seja, “dos estudos dos sujeitos das liberdades constituídas e garantidas pelo Estado Constitucional e dos objetos protegidos e indissolúvelmente ligados às referidas pretensões jurídico-subjetivas” <sup>36</sup>. Essa opção permite o exame da tutela dos direitos fundamentais sob a perspectiva da teoria liberal e da teoria social dos direitos fundamentais. As teorias subjetivistas alinham-se à proposta de separação entre direito e moral de orientação kantiana que, de resto, funda o liberalismo político <sup>37</sup>. Ainda segundo Martins, entre os princípios fundamentais das teorias subjetivistas, encontra-se o princípio distributivo, cujo “conteúdo normativo corresponde à obrigação do Estado de justificar intervenções na liberdade e não do titular de justificar a forma de seu exercício de liberdade”, bem como o princípio da estrita separação entre legiferação e aplicação do direito <sup>38</sup>.

Estabelecida a relação de continência entre a proposta do Estado de Direito e a afirmação de direitos fundamentais, propõe-se a compreensão dos direitos fundamentais sob a perspectiva da função que eles desempenham no funcionamento do Poder Judiciário em um Estado de Direito, ou seja, o papel dos direitos fundamentais enquanto regras jurídicas, que obrigam os seus destinatários a fazer, deixar de fazer ou permitir algo. Essa noção dá um significado específico à identificação dos direitos fundamentais *de*, ou direitos de liberdade, e à identificação dos direitos fundamentais *a*, ou direitos de prestação.

Essa distinção autoriza que se considere existir, de um lado, direitos fundamentais clássicos com uma respectiva força normativa e, de outro, a existência de Constituições que

---

<sup>35</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p.08.

<sup>36</sup> MARTINS, 2012, p. 09.

<sup>37</sup> Esse corte kantiano entre direito e moral é muitas vezes referido na literatura jurídica. A relação entre direito e moral é uma das mais problemáticas. Habermas, antes de introduzir o sistema de direitos apoiado numa teoria do discurso, afirma que convém aclarar a relação entre direito e moral. Essa relação é de complementariedade: “eu penso que, no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem lado a lado, complementando-se”. HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade – v.01. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.139.

<sup>38</sup> MARTINS, 2012, p. 29.

extrapolam essa função clássica (organização do Estado e dos Poderes e direitos fundamentais individuais) para alcançar e disciplinar as relações privadas consideradas de grande interesse público, o que caracterizaria “um compromisso macrossocial a ensejar a criação das condições e pressupostos de um Estado social democrático de direito”<sup>39</sup>. Segundo Sarlet, a moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos” porque são - ao menos como termos genéricos - anacrônicos e divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito do Estado (democrático e social) de Direito<sup>40</sup>. Tratam-se de duas abordagens cuja escolha determinará muito da atuação do Judiciário.

Dessas assertivas pode-se extrair que: a) é correto afirmar a necessária existência de uma teoria liberal dos direitos fundamentais e de uma teoria social dos direitos fundamentais; b) é igualmente possível verificar a viabilidade de pensar os problemas de exercício do biopoder como objeto de preocupação dessas duas vertentes teóricas; c) uma teoria tem o compromisso de auxiliar o intérprete e aplicador das normas de direitos fundamentais no seu processo de concretização, seja no Estado liberal, seja no Estado social; d) mesmo os Estados totalitários preocuparam-se em erguer teorias políticas e jurídicas que suportassem as ações de poder do Estado nesse contexto (isto é, dotassem de racionalidade tais ações estatais, se é que isso é possível); e e) se as teorias que tem como objeto de reflexão a efetividade de direitos fundamentais bifurcam-se em duas direções (a garantia de direitos de liberdades, e a efetividade de direitos a prestações positivas do Estado), é dessa bifurcação que se projeta a ideia de que o *modus operandi* do aparelho jurisdicional deve orientar-se distintamente.

## 2.2 Atuação do Judiciário

O funcionamento de um aparelho jurisdicional em um Estado de Direito não é aleatório<sup>41</sup>. Afirma-se que há modelos ou opções de funcionamento dos órgãos jurisdicionais,

---

<sup>39</sup> MARTINS, 2012, p. 91.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 2 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 24.

<sup>41</sup> Segundo Maus, “os conteúdos do Direito são aleatórios na medida em que a decisão jurídica é liberta, pela absorção iluminista, de todas as vinculações tradicionais e metafísicas. Mas essa aleatoriedade é delimitada no sentido em que os processos, nos quais essas decisões são tomadas, *não são aleatórios*, e sim vinculados à estrutura democrática”. Cf. MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política** – teoria da Democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 257. Itálico no original.



orientados por uma teoria dos direitos fundamentais, e inseridos em uma das formas de Estado de Direito (liberal ou social). Historicamente, existe ainda a experiência do Estado Totalitário, com um correspondente modo de funcionamento das cortes jurisdicionais.

Os direitos fundamentais individuais, as chamadas liberdades públicas, fundamentam, de um lado, um status negativo de liberdade individual em face ao Estado, correspondendo a uma obrigação de não-fazer (omissão) por parte deste. De outro, fundamentam a pretensão jurídica do indivíduo de se defender ou de resistir à ação estatal interventiva nas condutas, inclusive por meio de instrumentos processuais específicos <sup>42</sup>.

Os direitos fundamentais a prestações positivas do Estado, por sua vez, se desdobram em múltiplas demandas, como acesso a bens materiais e imateriais, como educação, saúde, moradia e segurança alimentar, ampliando o compromisso macrossocial do Estado e estruturando um amplo aparelho burocrático de prestação de serviço <sup>43</sup>. É construída uma teoria social dos direitos fundamentais <sup>44</sup>. Paralelamente, defende-se a necessidade de um modelo de funcionamento do Judiciário comprometido com - e garantidor de - tal opção política.

A experiência do Estado totalitário alemão, por sua vez, é comumente citada como referência do perigo do positivismo jurídico <sup>45</sup>, ou estrita observância do julgador à lei, numa narrativa que se cristalizou e que impede a visão acurada de um dos eventos políticos e jurídicos históricos mais marcantes do sec. XX. Estudos elaborados por pensadores como Hannah Arendt, Ingeborg Maus e Ingo Müller revisitaram essas questões e reposicionaram os discursos explicativos do funcionamento do Judiciário alemão durante o Terceiro Reich <sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Cf. sobre a teoria das gerações de direito de Karel Vasak, MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 38 e ss.

<sup>43</sup> Sobre a positivação dos direitos sociais e a questão das “gerações” dos direitos fundamentais, ver DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 20-24.

<sup>44</sup> A modificação da teoria da ação, no direito processual, representa essa mudança de paradigma. Segundo Rocha, antes compreendida como um direito subjetivo público, a ação passou a ser considerada direito fundamental à prestação jurisdicional: “o *direito à tutela jurisdicional* ou *direito de ação* é, como indica o nome, um *direito de prestação* porque consiste em obter do Estado essa especial prestação que é a proteção dos direitos violados ou ameaçados de violação”. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 165.

<sup>45</sup> García-Pelayo se refere à “degeneração a que o positivismo jurídico conduziu o Estado de Direito” na Alemanha nos anos 20 e 30. Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 05 e *passim*.

<sup>46</sup> Cf. MÜLLER, Ingo. **Hitler’s Justice – The Courts of the Third Reich**. Londo: I.B. Tauris&co Ltd Publishers, 1991; e MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Considera-se nesse estudo que o Estado de Direito se permite definir em termos de direitos fundamentais, projetando assim uma teoria liberal dos direitos fundamentais e uma teoria social dos direitos fundamentais. Considera também que é possível uma abordagem do Estado de Direito a partir do problema da eficácia das normas de direitos fundamentais, afinal uma questão central no Estado de Direito. O problema da eficácia leva à questão dos destinatários, ou sujeitos dos vínculos aos direitos fundamentais (se somente órgãos estatais, incluindo o Judiciário, ou também terceiros particulares). A medida desse vínculo torna-se critério que autoriza a identificação do modelo de Estado de Direito enquanto orientado pela teoria liberal ou pela teoria social dos direitos fundamentais <sup>47</sup>.

A busca dessa medida desenvolveu a noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Sob o título de eficácia privada, eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais, para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exerceriam sua eficácia vinculante também na esfera jurídico privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre os particulares <sup>48</sup>. Essa afirmação tem sérias consequências. A questão envolve discussões sobre a eficácia vinculante dos direitos fundamentais com relação ao Judiciário, o princípio constitucional da reserva de lei e a competência política do Legislativo. Há ainda dissenso entre os acadêmicos no cenário brasileiro <sup>49</sup>. Essa discussão orientará a abordagem do item 2.2.1.

Os tipos de Estado serão uma referência para a investigação que se propõe na segunda parte deste primeiro capítulo, com o objetivo de determinar se: a) os direitos de liberdade e resistência e suas teorias são suficientes em face das intervenções, inclusive estatais, nos campos da biopolítica, especificamente, nas ações que interfiram na dimensão da sexualidade; b) se tais intervenções ou conformações de conduta dos indivíduos se enquadram melhor em termos de uma compreensão coletiva, como direitos da espécie humana; e c) se a experiência do Estado totalitário significou o limite da interferência no humano, apontando os riscos de manipulação dos dispositivos da biopolítica.

---

Para o estudo do totalitarismo, por todos, ver ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, em especial a parte III.

<sup>47</sup> Nesse sentido MARTINS, 2012, p. 95.

<sup>48</sup> SARLET, 2009, p. 337.

<sup>49</sup> Para Dimoulis e Martins, “o efeito imediato dos direitos e garantias fundamentais não se manifesta plenamente no caso dos direitos sociais que constituem em pretensões dos indivíduos diante do Estado e não podem ser exercidos de forma imediata”. DIMOULIS; MARTINS, 2012, p.91. Sarlet se posiciona no sentido de que “mesmo nos casos em que parece indiscutível uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, é possível questionar qual a forma dessa vinculação (se direta ou indireta)”. SARLET, 2009, p.339.

### ***2.2.1 Estado liberal de Direito, teoria liberal dos direitos fundamentais e atuação do Judiciário***

Neste item serão analisados a teoria liberal dos direitos fundamentais e o modelo de Judiciário que lhe corresponde, a partir das definições de Estado Liberal de Direito e liberalismo político. O termo liberalismo pode designar um modelo econômico, um pensamento político e um qualificativo para caracterizar o primeiro Estado de Direito, o Estado Liberal. O liberalismo político trata, segundo Rawls, da questão de como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que se mantêm profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais, todas consideradas razoáveis (um legítimo pluralismo ideológico) <sup>50</sup>.

Enquanto o liberalismo político tem por objeto o problema da compartição de liberdades, o liberalismo econômico identifica o pensamento, especialmente desenvolvido no sec. XVIII, que teoriza a respeito da condução, se ordenava ou livre, dos processos de produção e distribuição de riqueza, preferindo a segunda opção (condução livre) como a que viabilizará o progresso acelerado dos meios produtivos de bens, sob a lógica da livre concorrência e não intervenção de poder estranho à própria ordem econômica (Estado). Esse é o liberalismo econômico de Adam Smith, Ricardo, Malthus e Stuart Mill <sup>51</sup>. O Estado liberal, como o primeiro Estado de Direito, derivava sua identidade do pensamento político de controle das condutas humanas em liberdade para a garantia da harmonia social. Neste sentido, é marco jurídico resultante das revoluções liberais burguesas o Código Civil napoleônico, de 1804, a expressão máxima da intenção regulatória das condutas individuais. O Código Civil napoleônico concilia a infraestrutura triunfante do capitalismo liberal (modo de produção de riqueza orientado para a acumulação do capital, sem intervenção de autoridade estranha ao próprio processo de produção) com a superestrutura política e jurídica das instituições individualistas. Esse fenômeno correspondeu, no Direito, ao que se convencionou chamar de estatização das fontes, quando o Direito torna-se equivalente à lei. Esse Direito exigia uma forma de atuação do Judiciário fundamentada na observação da lei e tendo por base categorias como a autonomia privada. Essa autonomia privada contextualizada na sedimentação do capitalismo consistia na afirmação da autonomia principalmente no campo das relações comerciais, para um sistema econômico baseado na livre iniciativa e no

---

<sup>50</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Brasília: Ática, 2000, p. 91.

<sup>51</sup> Cf. HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. Ver também HEILBRONER, Robert. **A História do Pensamento Econômico**. 6. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Economistas).

livre comércio (nem tão livre assim). Não somente a lei, mas o contrato representava esse triunfo da autonomia da vontade. Nesse contexto, o Judiciário deveria garantir a segurança do cumprimento dos contratos e da lei<sup>52</sup>.

O liberalismo enquanto pensamento político evoca o pensamento mecanicista, as teorias sobre os fins do Estado e o jusnaturalismo. O mecanicismo, em oposição ao organicismo, pressupõe a existência do indivíduo, da Sociedade e do Estado como entidades perfeitamente identificadas em sua essência, permitindo operar as dimensões de individualidade, a ordem social e a ordem estatal<sup>53</sup>. As teorias finalísticas, por sua vez, põem a questão da legitimação dos atos estatais subordinada à questão dos seus fins. Da resposta que se der à finalidade do Estado não dependem as funções, os direitos, os deveres e os limites da autoridade estatal<sup>54</sup>.

O jusnaturalismo é a escola de pensamento jurídico que afirma a necessidade de um fundamento metafísico para o Direito. O mais correto é falar em jusnaturalismos, no plural<sup>55</sup>. Os vários jusnaturalismos são derivados das distintas bases de legitimação a que se referem, resumidamente: Deus, a natureza humana e a razão. O Estado teológico (e especificamente a ordem normativa da conduta dos indivíduos fundada na teologia cristã), que antecede o Estado moderno, fundamentava as manifestações de poder numa ordem divina, sobrenatural. Segundo Verdú, o fenômeno da formalização do Direito tem início com a escola naturalista protestante, que vai de Grotius a Kant. Deve-se a Hugo Grotius a noção de que existe um direito natural que vem do Homem, da sua condição humana, dando início ao movimento de secularização do pensamento jurídico. Grotius mantém, na sua concepção de natureza humana, “uma essência imutável que legitima toda ação de poder que estivesse com ela acorde. Para Grotius, a essência do Homem é um impulso social para convivência”<sup>56</sup>. Por sua vez, Kelsen, referindo-se a Kant, afirma que: “na verdade, os seus “Princípios da metafísica da ética” podem ser considerados como a mais perfeita expressão da doutrina

---

<sup>52</sup> A pergunta deve ser assim formulada: o que fazia com que as pessoas dissessem “isso é um problema para o Judiciário”? Essa pergunta e sua resposta em boa parte determinam quais as categorias que o Judiciário utiliza para formular suas decisões. Porque o Judiciário pode não ter ainda categorias específicas para problemas específicos. Supondo que se responda afirmativamente à questão se deve o Judiciário julgar a experimentação de diferentes formas de viver. Será, então, preciso verificar a adequação do uso de categorias como a de autonomia da vontade, tal como concebida para os negócios em uma economia capitalista, nos casos de manipulação genética ou determinação da sexualidade.

<sup>53</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 60 e ss.

<sup>54</sup> Cf. FLEINER-GERSTER, 2006, p. 577 e ss; ver também DALLARI, 2012, p.107 e ss.

<sup>55</sup> Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p.21 e ss.

<sup>56</sup> VERDÚ, 2007, p.4.

clássica do Direito Natural, tal como desenvolvida nos séculos XVII e XVIII, com base no cristianismo protestante”<sup>57</sup>. Maus também afirma que “segundo Kant, os direitos de liberdade, igualdade e autonomia do Homem designam, por um lado, *princípios a priori* sobre os quais se funda toda e qualquer condição jurídico-positiva”<sup>58</sup>. Ressalte-se ainda a contribuição de Pufendorf (ao desenvolver uma teoria sobre o estado da natureza e da convivência política) e Gustav Hugo (ao acentuar a dimensão histórica do direito) para a racionalização do jusnaturalismo<sup>59</sup>. Essa trajetória do jusnaturalismo sedimenta a secularização do próprio poder estatal<sup>60</sup>.

É importante referir as observações de Machado Segundo quanto as principais críticas formuladas ao jusnaturalismo<sup>61</sup>. Resumidamente, as propostas jusnaturalistas padeceriam de acientificidade, gerando insegurança e incerteza, uma vez que do mesmo modo que autorizam a desobediência a uma ordem jurídica ditatorial, permitem a um ditador desobedecer e desconsiderar uma ordem democraticamente estabelecida, sob a alegação de divergência com os direitos naturais. Essa discussão será retomada adiante.

Voltando a questão da consolidação dos direitos fundamentais individuais, pode-se dizer que no avanço do reconhecimento e atribuição da personalidade jurídica ao próprio Estado, o princípio liberal confere ao Homem os seus direitos perante o Estado. É o tempo de consagração do indivíduo e da propriedade privada, no trinômio vida-liberdade-propriedade. O indivíduo é titular de direitos inatos, oponíveis ao Estado, o que requer técnicas em torno da liberdade, traduzida em limitação de poder, que se manifestaram em quatro experiências históricas: o *Rule of Law* inglês, no *Rule of Law* americano, no *Etat de Droit* francês no *Rechtsstaat* alemão<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> Kelsen, Hans. **Teoria do Direito e do Estado**. 3 ed., 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 635.

<sup>58</sup> Cf. MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política** – teoria da Democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>59</sup> Sobre o jusnaturalismo de base racional de Pufendorf e a revisão do racionalismo histórico do jusnaturalismo de Gustav Hugo, ver DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 97 e ss; e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990, p. 66 e ss.

<sup>60</sup> Conferir, ainda, sobre os jusnaturalismos, DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 34 e ss. Cf. também ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica** – para uma teoria dogmática da justiça. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123-130, bem como ADEODATO, **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 74-88.

<sup>61</sup> MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 28 e ss.

<sup>62</sup> Conferir as manifestações históricas do Estado de Direito em ZOLO; COSTA, 2006.

O primeiro Estado de Direito constrói então, ao mesmo tempo, uma administração *sublege*, restando a natural tendência do poder político em expandir-se e operar de maneira abstrata, e um sistema de garantias de direitos individuais. Como produto histórico, o Estado Liberal vai enfrentar os questionamentos antiliberais do sec. XIX, das investidas teóricas à própria crise socioeconômica <sup>63</sup>. O limiar do sec. XX leva à construção da legislação social e ao abandono do liberalismo clássico como doutrina econômica, com o advento da proposta intervencionista de J. M. Keynes <sup>64</sup>.

Estado Liberal é, assim, o modelo de Estado que adote garantias individuais (direitos de liberdade), um sistema de controle de poder estatal, tradicionalmente identificado no mecanismo da separação de poderes como princípio estruturante do Estado, dotado de um amplo conjunto de prescrições legais que tenham por objeto a normatização das condutas intersubjetivas, refratário a qualquer intervenção na ordem econômica, sendo, portanto, indiferente aos problemas sociais decorrentes da tensão capital-trabalho, nisso fazendo referência ao liberalismo econômico clássico. Considerando a ascensão do Estado de bem-estar social, esse modelo modificado pelas teorias keynesianas será referido mais adiante em comparação ao Estado liberal securitário, como uma proposta de cuidar do indivíduo desde a infância até a morte, por meio de políticas públicas securitárias.

Definido o Estado Liberal de Direito, pode-se afirmar que, dentre as condições de compreensão da teoria liberal dos direitos fundamentais está a sua identificação como direitos do particular perante o Estado, ou seja, direito de autonomia e direitos de defesa, havendo amplo consenso doutrinário quanto a essa identificação. Para Canotilho, os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o caráter de norma de distribuição de competências entre os indivíduos e o Estado, distribuição esta favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da ação estatal aos *momentos de garantia* e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos <sup>65</sup>. Segundo Sarlet, os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, objetivam a *limitação* do poder estatal, “assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que

---

<sup>63</sup> Cf. VERDÚ, 2007, p. 29-73, com uma análise da crise do liberalismo nos Estados Unidos, da estruturação do trabalho na Inglaterra e da crise do Estado Liberal de Direito nas Democracias Ocidentais.

<sup>64</sup> Cf. para uma referência a John M. Keynes, HEILBRONER, 1996, p. 231-265.

<sup>65</sup> CANOTILHO, 1993, p. 506. Itálicos nossos.

lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal”<sup>66</sup>.

Contextualizando o problema do vínculo dos juízes aos direitos fundamentais, Martins assevera inicialmente que “toda Constituição é, em primeiro lugar, uma Constituição do Estado”<sup>67</sup>, diferenciando-a assim de uma Constituição da Sociedade. Assim, a função clássica da Constituição é ser o estatuto jurídico fundamental do Estado, disciplinando as duas relações jurídicas de Direito Público por excelência: a relação do indivíduo para com o Estado e dos órgãos estatais entre si. A consequência mais imediata dessa afirmação para a compreensão do funcionamento do Judiciário – ou da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – é a afirmação da autonomia do direito infraconstitucional, sendo o vínculo específico entre direitos fundamentais e indivíduos apenas mediato, por eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. A questão pode ser resumida desta forma: a que o juiz deve se reportar ao julgar: à Constituição ou à lei? Trata-se de uma questão de funcionalidade do sistema jurídico. Se a relação entre particulares e direitos fundamentais é indireta, há uma interposição do direito infraconstitucional (leis), o que indica que o juiz, na relação entre particulares, deve fundamentar sua decisão tendo por referência o ordenamento infraconstitucional, resgatando assim a “autonomia” da jurisdição civil e criminal, como uma condição de funcionalidade do sistema jurídico no Estado de Direito.

Assim ocorre porque, no modelo de Estado constitucional, o vínculo imediato (eficácia horizontal imediata) dos particulares aos direitos fundamentais pode pôr em risco a compreensão da Constituição como o parâmetro de validade do ordenamento jurídico, uma vez que confundir o parâmetro de validade com o próprio objeto a ser validado implicaria numa confusão de objetos, acarretando a perda da legitimidade do parâmetro e comprometendo a autonomia do sistema infraconstitucional<sup>68</sup>. O contexto de promulgação da Constituição brasileira de 1988 é particularmente significativo para a compreensão do problema da eficácia horizontal. O Brasil vivia a euforia da restauração da ordem democrática e muitos constituintes de 1986 eram ligados aos movimentos de resistência e luta contra a

---

<sup>66</sup> SARLET, 2009, p. 171.

<sup>67</sup> MARTINS, 2012, p. 90.

<sup>68</sup> A questão da autonomia de um ramo do Direito em face do sistema constitucional, objeto de discussões havidas durante a orientação, diz da necessidade de autorizar a compartimentação do Direito não apenas para fins instrumentais do sistema jurídico, mas também para fins dogmáticos, considerando, conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., a dogmática como um corpo de doutrinas que tem por função básica um *docere*. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. 14 reimpr. São Paulo: Atlas, 2006, p. 108.

ditadura instaurada em 1964. Havia uma desconfiança de que as promessas seriam descumpridas, e que o momento seguinte à afirmação dos direitos individuais e coletivos seria vital para a manutenção da ordem constitucional. Essa desconfiança não era infundada: diante de uma experiência recente de grande carência de direitos (como liberdade de expressão e locomoção), era natural o desejo de garantir tudo imediatamente. No campo dos direitos individuais, com mais urgência ainda. O problema da aplicabilidade imediata é que adquire, ademais, outras proporções quando da efetivação dos direitos fundamentais de prestação.

A questão da aplicabilidade imediata tangencia várias outras questões. Inicialmente se problematiza a questão dos destinatários da ordem contida nos direitos fundamentais. Ocorre que no exercício da soberania popular, os direitos fundamentais são regras reflexivas da liberdade juridicamente ordenada: reflexivas porque a pessoa do remetente normativo é a mesma do destinatário <sup>69</sup>. Mas, para Ross, o conteúdo real de uma norma de conduta é uma diretiva para o juiz <sup>70</sup>, e assim sendo “as normas jurídicas têm de ser interpretadas como diretivas aos juízes” <sup>71</sup>. Nesse sentido, o destinatário não se confunde com o beneficiário da norma: os titulares dos direitos fundamentais são os beneficiários das normas de direitos fundamentais, enquanto os juízes seriam os destinatários, aqueles a quem compete pôr em marcha o processo de construção democrática. Martins diferencia ainda “garantir” de “respeitar”: é o Estado quem deve garantir a fruição dos direitos fundamentais pelos seus titulares, não sendo possível imputar a obrigação de *garantir* direitos aos seus titulares, o que talvez equivalesse a autorizar uma espécie de autotutela. Mas diante do monopólio da jurisdição, é o Estado, no exercício das funções estatais básicas de legislar, administrar e julgar, que deve garantir a inviolabilidade de direitos. Assim compreendido, garantir a inviolabilidade de direitos significa “garantir que o Estado regulador ou tipificador de condutas nocivas a bens jurídicos muito relevantes, em princípio, não poderá dispor de certas esferas de liberdade individual ou coletiva, exceto se tal disposição for permitida por um limite constitucional à garantia tutelada” <sup>72</sup>.

O problema se agrava pelo fato de que a Constituição brasileira não define expressamente, em nenhum dispositivo, o sujeito do vínculo aos direitos fundamentais, embora estabeleça a regra geral de aplicabilidade imediata, o que leva o problema para a

---

<sup>69</sup> MARTINS, 2012, p. 93.

<sup>70</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, 2. ed., São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 58.

<sup>71</sup> ROSS, 2007, p. 189.

<sup>72</sup> MARTINS, 2012, p. 94.



determinação do alcance e das consequências de um efeito horizontal na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares <sup>73</sup>. Ademais, a aferição do vínculo aos direitos fundamentais não é tarefa das mais simples, especialmente pela forma genérica e abstrata como se corporifica um texto normativo constitucional.

Para Martins, uma interpretação lógico-sistemática do art. 5º, *caput*, combinado com o § 1º, da CF/88, revela que, no título chamado “Direitos e Garantias Fundamentais” estão firmadas obrigações endereçadas de modo direto somente aos órgãos estatais, admitindo a tese do vínculo exclusivamente estatal dos direitos fundamentais, a dizer que o termo “aplicabilidade imediata” refere-se às condutas dos órgãos estatais, sobretudo à administração e à jurisdição: a observância é devida, portanto, somente pelo Estado. Esse entendimento é reforçado pela identificação dos objetos de exame no controle de constitucionalidade em face dos direitos fundamentais, que serão somente: a) o que o Estado-legislador fixa como norma geral e abstrata; b) o que e como o Estado-governo/Administração fixa como regra geral e abstrata e as executa em prol da Administração desse mesmo Estado e da realização de políticas públicas; e por fim c) como o Estado-juiz decide as lides. Quando o dispositivo constitucional “garante” a “inviolabilidade” de certos direitos individuais e coletivos, o verbo garantir cria uma obrigação para o Estado de assegurar a inviolabilidade pelo exercício das funções estatais básicas: legislação, administração/governo e jurisdição. Para Martins, não faz sentido dogmático dizer que o particular está obrigado a garantir a inviolabilidade de direitos intersubjetivos. O particular está obrigado a respeitar o direito de outrem pelas leis infraconstitucionais. Essas estabelecem, no caso da lei civil, em sua maioria, “obrigações sinalagmáticas por meio de restrições até certo ponto dispositivas ou defendem o interesse público por meio de dispositivos cogentes, ou, no caso da lei penal, tipificam certas condutas como crime e contravenção” <sup>74</sup>. A favor dessa afirmação, reconhecendo essa tese restritiva, a defesa processual constitucional dos direitos fundamentais, por meio de ações diretas ou por meio de recurso extraordinário, somente pode ter por objeto ato potencialmente inconstitucional do Estado (legislador ou juiz, aplicador da norma), como visto acima.

A gravidade do problema da aferição do vínculo aos direitos fundamentais foi percebida, segundo Martins, pelos alemães “principalmente depois da primeira experiência

---

<sup>73</sup> Cf. DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 90-108.

<sup>74</sup> MARTINS, 2012, p. 94.

constitucional republicana vivida sob a Constituição de Weimar de 1919”<sup>75</sup>. Por tal razão, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, até hoje vigente, em seu art. 1º, III, determina expressamente que os direitos fundamentais elencados em seu texto vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como “direito diretamente vigente” (aplicabilidade imediata). Embora a Constituição brasileira não o tenha feito, é possível inferir o vínculo imediato do legislador por uma interpretação sistemática da Constituição Federal, considerando o art. 5º, §1º, combinado com o tipo de controle concentrado de constitucionalidade, que, por meio da ação declaratória de inconstitucionalidade, tem por objeto a lei ou ato administrativo – art. 102, I, “a”, CF/88.

O Poder Judiciário, por sua vez, realiza o controle jurisdicional de constitucionalidade tendo por objeto o controle político e o controle jurídico<sup>76</sup>. São três, como se disse, os possíveis objetos do controle jurisdicional de constitucionalidade: a constitucionalidade abstrata da lei formal; o vínculo formal e material da Administração pública; e sua própria atividade específica de interpretação e aplicação do direito infraconstitucional (nas decisões judiciais), objeto de controle difuso de constitucionalidade por meio de recurso extraordinário. O Judiciário realiza, assim, duas atividades vinculadas: a) pela proibição de aplicar norma inconstitucional e b) pela obrigação de interpretar e aplicar o direito infraconstitucional à luz dos direitos fundamentais. Daí falar-se em vínculo específico do Poder Judiciário, ou duplo vínculo aos direitos fundamentais. Por isso o Judiciário torna-se o grande garantidor do sistema constitucional.

Para perceber esse duplo vínculo, cabe distinguir a interpretação conforme os direitos fundamentais da interpretação conforme a Constituição. A interpretação conforme a Constituição é, como método hermenêutico constitucional, a orientação pela escolha da interpretação de uma lei de modo mais condizente com a Constituição, no caso de mais de uma interpretação possível do ato normativo<sup>77</sup>. Tavares considera que a “interpretação conforme a Constituição” enquadra-se nos estudos das técnicas de decisão operadas pela jurisdição constitucional, identificando-a como um método diferenciado de interpretação das

---

<sup>75</sup> MARTINS, 2012, p. 95.

<sup>76</sup> Para diferença entre controle político e controle jurídico de constitucionalidade, cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 229-325. Cf. também ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré (IDESP-FAPESP-EDUC), 1997. (Série Justiça).

<sup>77</sup> Cf. GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos -Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 181.

leis. Assim, quando uma norma infraconstitucional contar com mais de uma interpretação possível, “uma (no mínimo) pela constitucionalidade e outra ou outras pela inconstitucionalidade, múltipla interpretação dentro dos limites permitidos ao intérprete, este deverá sempre preferir a interpretação que consagra, ao final, a constitucionalidade”<sup>78</sup>. A proposta de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, por sua vez, afirma o vínculo específico do órgão jurisdicional, tendo como ponto central a liberdade individual, segundo Martins, na medida em que ordena uma interpretação de regras e cláusulas gerais que, “segundo o seu teor, não tangencie o âmbito protegido da liberdade individual, sendo o mais favorável possível à realização dos comportamentos individuais ou *status* tutelados pelas normas constitucionais jusfundamentais”<sup>79</sup>. Essa perspectiva assume o compromisso com a liberdade como fundamento primeiro da ordem constitucional, por isso fala-se em uma teoria liberal dos direitos fundamentais.

O problema da eficácia, como apresentado, atinge, por fim, as relações entre Legislativo e Judiciário. Guerra Filho, ao examinar o papel do Judiciário em um sistema jurídico autopoietico, propõe uma leitura de Luhmann, a partir da relação de dependência entre o Legislativo e o Judiciário, estabelecida nos termos de independência do Judiciário e subordinação à lei<sup>80</sup>. Assim, o que de um lado retira a atribuição política de fornecer as pautas de conduta na sociedade (incumbência do Legislativo), de outro lado, por não poderem ser responsabilizados politicamente por suas decisões, torna os julgadores livres para operar com o Direito, a partir do próprio Direito<sup>81</sup>. Guerra Filho propõe a superação do juiz subordinado à lei (ou boca da lei) pela noção de subordinação ao Direito, pelo que a atividade jurisdicional é entendida como produtora do Direito, não somente aplicadora. Guerra Filho chama atenção para o fato de que na teoria kelseniana a sentença aparece como uma norma jurídica, diversas daquelas gerais e abstratas em que costuma se basear, e o ato de interpretação e aplicação do direito pelo juiz ser “integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas”<sup>82</sup>. A interpretação, então, aparece como a atividade ‘transformadora’ de institutos nos quais se assentam as bases sociais, como propriedade, casamento, família etc. O Judiciário, assim,

---

<sup>78</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p.110.

<sup>79</sup> MARTINS, 2012, p.101.

<sup>80</sup> GUERRA FILHO, 2000, p. 90-92.

<sup>81</sup> GUERRA FILHO, 2000, p. 90.

<sup>82</sup> GUERRA FILHO, 2000, p. 90.

operaria com os elementos do próprio sistema jurídico, que seria autônomo e autopoietico<sup>83</sup>. A defesa da autopoiese, ou auto-reprodutibilidade, por Guerra Filho, é definida em termos de “paradoxo da transformação da coerção em liberdade”, uma vez que o juiz está vinculado à lei, mas não à legislação, e que esta é sempre objeto de interpretação – inclusive a norma que o vincula à lei e a Constituição. Assim, essa auto-reprodutibilidade abre espaço, no sistema jurídico, para uma sofisticação da hermenêutica jurídica, por fornecerem interpretações (no plural) passíveis de serem adotadas pelo Judiciário e assim introduzidas no sistema jurídico normativo. Por isso, autonomia do sistema não é o mesmo que isolamento do sistema, mas apenas a capacidade de funcionar por um código próprio, acrescido da possibilidade de acoplamento entre os vários sistemas autopoieticos.

A ideia do Direito como um sistema autopoietico diz respeito diretamente ao problema das fontes do Direito. A ideia do ordenamento como um sistema autopoietico somente pode ser concebida em um mundo no qual foram estatizadas as fontes do Direito. Ocorre que a centralização do poder no Estado moderno e estatização das fontes do direito não afasta nem impede a existência da pluralidade de fontes, em que pese à tese da unidade do ordenamento jurídico. Considerando todo o disposto nesse item, dentro dos parâmetros teóricos do Estado liberal de Direito e em face de um modelo para a atividade jurisdicional (vinculado à Constituição e à lei), ainda resta analisar outras formas de funcionamento do Judiciário. No Estado social, o problema da aplicabilidade imediata torna-se um problema de grandes proporções, a partir do momento em que se inicia o processo de concretização da Constituição.

Para encerrar esse item, definem-se resumidamente as Constituições do Estado liberal por serem documentos políticos fundantes do Estado, que adotam o princípio da separação de poderes e contém as formas de organização do Estado e organização dos poderes, com repartição de competências, e a garantia dos direitos fundamentais. Na história das Constituições do Brasil, a Constituição de 1824 fundou o Estado brasileiro inspirada no constitucionalismo inglês, segundo o qual é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos

---

<sup>83</sup> Para a compreensão da proposta da autopoiese, ver MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento** – as bases biológicas da compreensão humana. 6. ed. São Paulo: Palas Athenas, 2007.

poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais, constituição típica do seu tempo, o tempo dos Estados liberais<sup>84</sup>.

### **2.2.2 Estado social de Direito, teoria social dos direitos fundamentais e atuação do Judiciário**

Há várias possibilidades de compreender o advento do Estado Social de Direito. Bonavides propõe o estudo da passagem do Estado Liberal para o Estado social a partir da ideia de crise da liberdade moderna: “a crise do Ocidente é principalmente a crise da liberdade na sua conceituação clássica, oriunda do liberalismo, e caduca perante os novos rumos que tomou a evolução social”<sup>85</sup>. A proposta de ressignificar a liberdade individual, acrescentando a ideia de liberdade ética, envolve uma superação da dualidade indivíduo *versus* sociedade, como conceitos opostos, uma dicotomia clássica nas ciências sociais<sup>86</sup>. Trata-se de um delicado equilíbrio entre a necessidade de afirmar a dimensão individual de cada um e a afirmação radical de que o homem não existe em particular, mas somente no geral, como um coletivo, como uma *espécie*. É preciso entender do que se fala quando se afirma que o homem não é apenas individual, mas um ser em estado de convivência social. Essa última afirmação funciona como uma justificativa para a disposição estatal no sentido da regulamentação da ordem econômica e social, nos marcos do Estado de Direito. Bonavides, assim, identifica o Estado social como o segundo Estado de Direito. A passagem do Estado liberal ao Estado social não implica descartar a liberdade como um direito individual, mas localizá-la como direito de dimensão social: “há um novo destino para a liberdade: seu ingresso na sociedade justa. Então a liberdade deixa de ser liberdade classista para adaptar-se à ideia de liberdade em uma sociedade justa e livre”<sup>87</sup>.

Em uma abordagem histórica, a análise do exercício do poder pelo Estado, a partir do séc. XX, vai considerar o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, adaptando a ideia de poder para a noção de função e dever do Estado. Para Sarlet, “as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do sec. XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de

---

<sup>84</sup> Cf. NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições brasileiras**: 1824. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

<sup>85</sup> BONAVIDES, 1994, p. 30 e 31.

<sup>86</sup> Ver, por todos, ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, especialmente parte III.

<sup>87</sup> VERDÚ, 2007, p. 88.

direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social”<sup>88</sup>. Para García-Pelayo,

... a solução não está em renunciar ao Estado de Direito. Consiste em dar a ele um conteúdo econômico e social, em realizar, dentro de seus marcos, uma nova ordem laboral e de distribuição de bens: apenas o Estado Social de Direito pode construir uma alternativa válida frente à anarquia econômica e à ditadura fascista. Por isso, só ele pode ser a via política para salvar os valores da civilização<sup>89</sup>.

O Estado Social parece antes um resultado de ajustes – que variam nas diversas ordens estatais em que se manifestam – que pode ser traduzido na adoção do binômio: democracia na ordem política e, na ordem jurídica, legislação social e securitária e intervenção na ordem econômica. O Estado Social de Direito é caracterizado por Verdú como sendo “uma feliz expressão que designa uma realidade identificada na incorporação dos direitos sociais às Constituições europeias”. Assim, “trata-se do louvável intento de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pela garantia do Estado de Direito”. Caracterizam-se por serem

...postulados inseridos em Constituições rígidas, que condicionam, enquanto direito imediatamente vigente, a legislação, a Administração e a prestação jurisdicional (art. 3º da Lei Fundamental de Bonn), e que estão salvaguardados pelos Tribunais Constitucionais. Os direitos sociais veem reforçado o seu valor mediante garantias jurídicas claras e seguras. A segurança social se harmoniza com a segurança jurídica<sup>90</sup>.

Bonavides, por sua vez, esboça quatro categorias do Estado Social. São eles: o Estado Social conservador, o Estado Social da justiça e da igualdade; o Estado Social reformador e o Estado Social das ditaduras<sup>91</sup>. Assim como a burguesia estruturou um ordenamento jurídico positivo para manter suas conquistas, o Estado Social seria o resultado da utilização desses mecanismos para a imposição de intervenções na ordem econômica, pela via jurídico-constitucional, para, além de assegurar o bom funcionamento da economia de mercado, estabelecer uma rede de solidariedade social, por meio de legislação social e securitária. Assim, não só mantendo, mas utilizando-se das estruturas jurídico e institucionais do primeiro Estado de Direito, o Estado Social estaria caracterizado pela adoção de políticas intervencionistas. Assim, das possíveis combinações entre a verticalização da intervenção na ordem econômica e adoção ou não da democracia como modelo político, vão surgir quatro

---

<sup>88</sup> SARLET, 2009, p. 51.

<sup>89</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 05.

<sup>90</sup> VERDÚ, 2007, p. 79

<sup>91</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

possíveis modelos de Estado Social. O Estado Social Conservador, no qual as intervenções da ordem econômica e social são objeto de normas constitucionais meramente programáticas (dependentes do legislador ordinário), posto que conserve o *statu quo* da sociedade capitalista e sua herança institucional básica; o Estado Social da Justiça e da Igualdade, que se orienta para garantir materialmente conquistas reais e básicas para o valor trabalho e para as classes trabalhadoras; o Estado Social apoiado no Socialismo Democrático, no qual se faz a estatização ampla dos meios de produção e socialização da riqueza, aliando intervencionismo rigoroso com livre competição participativa de acesso ao poder; e finalmente o Estado Social das Ditaduras, no qual surgem, aliado a estatização ampla dos meios de produção e socialização da riqueza, formas totalitárias de monopólio do poder político.

O Estado Social também se identifica como uma tentativa de adaptação do Estado tradicional às condições da sociedade pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas sem o abandono do liberalismo político <sup>92</sup>. Para o constitucionalismo do século XX, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 são marcos referenciais indicativos da construção normativa de Estados Sociais <sup>93</sup>. No item 2.2.3 será examinada a questão da justiça no Estado totalitário, e conseqüentemente a questão da relevância da chamada República de Weimar (com referência ao período de 1919 a 1932, na Alemanha) para a ascensão do Nazismo.

Bem observada a classificação de Bonavides, o Brasil pós-88 seria um Estado social conservador, no qual as intervenções da ordem econômica e social são objeto de normas constitucionais meramente programáticas (dependentes do legislador ordinário), posto que conserve o *statu quo* da sociedade capitalista e sua herança institucional básica. Os impactos estruturais desse modelo não têm significado algum. Cumpre registrar que é recorrente nos estudos jurídico a afirmação de que a Constituição Federal Brasileira de 1988, embora seja uma Constituição do Estado, é também em grande parte uma Constituição Social, ou seja, há dispositivos constitucionais insertos em seu texto que autorizam a sua identificação como uma Constituição da Sociedade, como aqueles referentes à ordem econômica (Título VII – Da ordem econômica e financeira - arts. 170 a 192). Para Matias, a ordem jurídica brasileira pós-88 é marcada por uma característica essencial, a busca da transformação social pelo Direito: “no paradigma do Estado democrático de Direito, os

---

<sup>92</sup> Cf. GARCÍA-PELAYO, 2009, p.06 e ss.

<sup>93</sup> SARLET, 2009, p. 189.

valores eleitos pelo constituinte devem ser efetivados, daí advindo a importância fundamental do Poder Judiciário, que deve atuar como instrumento de efetivação dos valores eleitos pelo legislador”<sup>94</sup>. Para Sarlet,

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado social e democrático de Direito, não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso da doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição<sup>95</sup>.

Entretanto, não basta apenas terem sido inseridos dispositivos sobre a ordem econômica para se afirmar que uma Constituição define a opção pelo Estado social. Os primeiros estudos pós-88 são muito contraditórios: falava-se em modelo de bem estar, no qual os princípios de participação e soberania popular apontavam ou tendiam ao Estado social<sup>96</sup>. Passado 25 anos de promulgação da CF/88, ou seja, superada sua fase celebrativa, o que se configurou em termos de transformação social estrutural no Brasil? A estabilização monetária é apontada como a maior conquista do governo brasileiro para o séc. XXI, acompanhada de uma ordem jurídica mais típica do Estado liberal. Para o bem da economia capitalista baseada no consumo, por meio de transferência de renda em programas assistenciais de governo. Não há uma política de Estado na CF/88 que vincule os governos a uma atuação transformadora da relação capital-trabalho.

É preciso, portanto, um olhar atento sobre o conteúdo dos dispositivos da ordem econômica, especialmente para que não sejam fundamentos de um discurso de deslocamento do Judiciário para uma postura mais ativa – ou ativista, como o termo nasceu nos Estados Unidos, ao tempo de implantação do Welfare State. Considerando que o Estado social, no qual os direitos fundamentais ganham um conteúdo que os permite definir como direitos *de* prestação, seja um modelo europeu proposto no século XX, concepção que parte do pensamento de Pablo Verdú e Paulo Bonavides, defende-se nesse estudo que não houve no Brasil uma experiência correspondente ao Estado social. Na história constitucional brasileira do séc. XX existiram cinco Constituições. A primeira foi a Constituição de 1934, que surge em um cenário histórico de consolidação da classe operária em um país fortemente marcado

---

<sup>94</sup> MATIAS, João Luís Nogueira. Em busca de uma sociedade livre, justa e solidária; a função ambiental como forma de conciliação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio. In: MATIAS, João Luís Nogueira (coord). **Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais**. Curitiba: CRV, 2013, p.31.

<sup>95</sup> SARLET, 2009, p. 65.

<sup>96</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 88**: interpretação e crítica. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 286.



pela economia agrária fundiária <sup>97</sup>. Do ponto de vista formal, inspirava-se na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Republicana espanhola de 1931, com reflexos do movimento integralista brasileiro. Como experiência histórica, a Constituição de 1934 foi, em três anos, substituída pela Constituição de 1937, de conteúdo ditatorial. A terceira Constituição do séc. XX foi a Constituição de 1946, cuja principal função foi resgatar formalmente a ordem democrática, pondo fim ao Estado Novo getulista, mantendo o Brasil como Estado liberal, preservando a Consolidação das Leis Trabalhistas – C.L.T., de 1943, como a principal referência no campo da intervenção regulatória da relação de trabalho. A constituição de 1946 conciliava liberdade de iniciativa com valorização do trabalho humano. <sup>98</sup>. Foi substituída pela Constituição de 1967, também ditatorial, que continha em seu texto a valorização do trabalho humano e o princípio da solidariedade entre os fatores de produção. “Justiça social” é uma expressão que está em no texto das constituições brasileiras de 1946 e 1967. Finalmente, a quinta Constituição é a atual, de 1988, a qual também cumpria o processo de superação do governo militar, reiniciando formalmente a democracia. O *status* de direitos fundamentais foi atribuído a disposições de controle da relação trabalhista, em boa parte já asseguradas pelas leis trabalhistas. O que se segue na história recente do Brasil é um conturbado período de instabilidade política e econômica, até que se inicia, com a estabilização monetária, na passagem do milênio, a construção de uma rede, que aqui denominarei securitária, estabelecendo uma superestrutura de amparo aos indivíduos, com foco no acesso ao consumo. A ampliação das práticas biotecnológica e, no Brasil, a estruturação de um Estado securitário, concorrem para o fenômeno de construção de um discurso do Judiciário sobre a biopolítica, objeto de análise desse estudo.

Assim, não se considera o atual Estado brasileiro fundado pela CF/88 como um Estado social, mas um Estado liberal securitário, passados 25 anos de governos que não conseguiram transformações sociais estruturais. A ordem econômica na Constituição brasileira de 1988 adotou o modelo de atividade econômica fundada na livre iniciativa, com exploração direta de atividade econômica pelo Estado apenas em casos excepcionais (art. 173, CF/88), estabeleceu que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de

---

<sup>97</sup> Cf. POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**: 1934. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

<sup>98</sup> Cf. BALEEIRO, Aliomar. LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições brasileiras**: 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centros de Estudos Estratégicos, 1999. Cf. também MORAES FILHO, Evaristo de. **O socialismo brasileiro**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. (Coleção Pensamento Social-democrata).

mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º, CF/88) e definiu o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CF/88), sendo a atividade de planejamento indicativa para o setor privado. O poder de polícia, no Estado brasileiro, continua a serviço dos valores de manutenção do *statu quo*. No tocante à atuação do Judiciário, Grau defende a proposta de um Judiciário independente e forte, apto a tornar efetiva a nova Constituição quando da omissão do Executivo em realizar as políticas públicas de sua incumbência ou da omissão do legislativo em integrar o ordenamento jurídico, e desenvolve esse raciocínio a partir da interpretação da aplicabilidade imediata do §1º do art. 5º da Constituição Federal <sup>99</sup>. Entretanto, reformulando seu pensamento, Grau afirma que o judiciário trouxe insegurança e instabilidade ao sistema jurídico brasileiro: “o Poder Judiciário, aqui, hoje, converte-se em um produtor de insegurança” <sup>100</sup>.

Desde finais da década de 1980, a inserção do pensamento de R. Dworkin e R. Alexy, inicialmente nos programas de pós-graduação *stricto sensu* e, a partir do novo século, nos cursos de graduação em Direito, estabeleceu que “princípios”, “regras” e “valores” eram conceitos sem os quais não se poderia garantir a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os de prestação. Segundo Streck, a Constituição Federal de 1988, rica em direitos fundamentais, não encontrou, no pensamento jurídico brasileiro, uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico:

Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum na maior parte das teorias. Com efeito, houve um efetivo ‘incentivo’ doutrinário a partir de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy <sup>101</sup>.

O fato é que, como indicativos das transformações históricas, os direitos fundamentais de prestação inseridos na Constituição Federal de 1988 autorizaram a construção discursiva de uma teoria social dos direitos fundamentais, atravessada por aportes fundados na

---

<sup>99</sup> GRAU, 1991, p. 288-299.

<sup>100</sup> GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes** – a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 6 ed. ref. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16. Eros Grau um repasse do próprio pensamento, e altera o título do livro “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito e os princípios”, em sexta edição, para “Porque tenho medo dos juízes”, em defesa do direito positivo, criticando a pretensão de substituir o Direito pela Ética.

<sup>101</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 81.

reflexão da diferença econômica entre pobres e ricos, entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, entre países centrais e periféricos e também na afirmação “das diferenças entre as classes sociais alta e baixa como resultado da injusta distribuição de renda no âmbito da economia interna dos países em desenvolvimento”<sup>102</sup>. A nota distintiva desses direitos é sua dimensão positiva, pois não se trata mais de liberdade perante o Estado, e sim de liberdade por meio do Estado, ou seja, liberdades materiais concretas. A “fundamentalidade” dos direitos assume caráter formal e material. Um dos aspectos dessa “fundamentalidade” é a já discutida aplicabilidade direta e imediata das normas, que vinculam de forma imediata entidades públicas e privadas, indicando o art. 5º, §1º da CF/88 como disposto que contempla essa determinação<sup>103</sup>. Para Sarlet, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como sua proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador, podem ser consideradas elementos identificadores da existência de um “sistema de direitos fundamentais no Brasil caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra”<sup>104</sup>.

O argumento de Sarlet deve ser considerado sob dois aspectos. O primeiro deles é o efeito paralisante do constitucionalismo que afirma a Constituição como o único momento legítimo de exercício da força popular soberana. Maus, trabalhando com a diferenciação dos constitucionalismos, afirma que uma soberania popular permanentemente operante é estranha à tradição constitucional que se cristalizou e se projeta a partir da concepção do constitucionalismo estadunidense. Essa, por sua vez, reduz a soberania ao ato de fundação constituinte, induzindo não somente ao que Maus chama de “mitologização do ato de criação” como também frustrando aberturas permanentes, fundamentais à legitimação democrática da Constituição. Esse “sequestro” da soberania popular consagra-se no modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, centrado nas Cortes Supremas. Maus se refere a esse modelo como “uma inversão da racionalidade da teoria da soberania popular”, denunciando a atual discussão constitucional como equivocada, posto que a Constituição não deva ser entendida como um “catálogo pré-fabricado de todas as decisões materiais possíveis, mas como premissas processuais da decisão para as decisões materiais”. O efeito mais preocupante desse modelo passa a ser a sedimentação do Estado Judicial, no qual o Judiciário avoca para si a condição de instância moral da sociedade, constituindo-se como um corpo

---

<sup>102</sup> SARLET, 2009, p. 23.

<sup>103</sup> SARLET, 2009, p. 216.

<sup>104</sup> SARLET, 2009, p. 79.

profissional que reforça sua posição como o centro da consciência social, ou *superego da sociedade* <sup>105</sup>. Essa deificação da Constituição acaba por tornar a Constituição um simulacro da soberania popular, como afirma Moreira <sup>106</sup>.

A teoria constitucional americana, apenas para fins de registro, contempla estudos críticos desse constitucionalismo antidemocrático, denunciado por Maus por sequestrar a soberania popular. Quirk e Bridwell propõem uma leitura crítica do modelo de constitucionalismo americano, denunciando a atuação da Suprema Corte como a “vanguarda da elite a impor valores não majoritários”. A partir de um estudo sobre o pensamento de Thomas Jefferson e a afirmação da soberania popular, afirmam que a Suprema Corte assumiu uma autoridade muito além da imaginada pelos *Founding Fathers*, desequilibrando o sistema de freios e contrapesos em favor de uma ditadura judicial: “o propósito de uma revisão judicial é conter a vontade da maioria expressa por meio do legislativo e do executivo. A doutrina da revisão judicial garante à Suprema Corte algo que os demais poderes não têm – o poder de ser a autoridade final sobre o que a Constituição significa” <sup>107</sup>. Citando o famoso caso *Marbury v. Madison*, Quirk e Bridwell afirmam que “ele talvez foi um desastre e que seria melhor esquecê-lo” <sup>108</sup>. Mas há doutrina no sentido exatamente oposto. Barber procura demonstrar que o ativismo judicial, desprezado por ferrenhos críticos da Suprema Corte (uma voz independente da moral na política americana), é parte de uma filosofia constitucional profundamente enraizada no espírito do “O Federalista” e deve ser afirmado como princípio do constitucionalismo clássico, o único bom constitucionalismo <sup>109</sup>. O fato é que o constitucionalismo americano contemporâneo produz um pensamento mais claramente disposto em termos de *conservative* ou *progressive*, em se tratando de direitos sociais, interpretação da Constituição e democracia <sup>110</sup>.

O segundo aspecto do argumento de Sarlet a se considerar é a contradição de se pensar em termos democráticos e pressupor a “ação erosiva” do legislador e a necessidade de

<sup>105</sup> Cf. MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>106</sup> MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>107</sup> “The purpose of judicial review is to restraint the will of the majority as express through the legislative and executive. (...) The doctrine of judicial review gives the court something the others branches do not have – the power to be the final authority of what the constitution means”. QUIRK, William J.; BRIDWELL, R. Randall. **Judicial Dictatorship**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1995, p. XI.

<sup>108</sup> “Judicial review today is most universally accepted as part of the unwritten constitution created by John Marshall in *Marbury v. Madison* (1803). But maybe it’s a disaster and we should forget it”. QUIRK, BRIDWELL, 1995, p. XII.

<sup>109</sup> Cf. BARBER, Sotorios A. **The constitution of judicial power**. Baltimore: The John Hopkins University press, 1993.

<sup>110</sup> Cf. BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (ed). **The Constitution in 2020**. Oxford University press, 2009.

“proteção contra o poder de reforma da Constituição”<sup>111</sup>, levando a um esvaziamento da legitimidade do Poder Legislativo e ao deslocamento da legitimidade para o Poder Judiciário, em um fenômeno que se identificou, no Brasil, como ativismo judicial. Como afirma Streck, por vezes, cumprir a letra da lei é um avanço considerável: “lutamos tanto por democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever. Levemos o texto jurídico – quando estiver conforme a Constituição – a sério, pois!”<sup>112</sup>.

A expressão “ativismo judicial” (*judicial activism*), segundo Brillhante, foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos da América, devidamente acompanhada de sua correspondente antagônica “*judicial self-restraint*” ou autocontenção, a partir de um artigo jornalístico em 1947<sup>113</sup>. A partir de então, o termo substituiu aquele de ‘governo de juízes’ por sua vez cunhado nos anos 20 do século passado. Segundo Barak, em tempos recentes, surgiram muitas acusações de ativismo contra a Suprema Corte: “alguns argumentam que os juízes estão muito ativos e que a constituição deve ser afastada das cortes; outros argumentam que as cortes estão muito contidas”<sup>114</sup>. Assim, o ativismo judicial trata-se mais de uma ultra-atividade do Judiciário, especialmente quando os tribunais interferem nas atividades dos demais órgãos estatais, interferindo na separação de poderes e no exercício da soberania popular<sup>115</sup>. Não deve, pois, ser confundido com o processo intrínseco de interpretação do direito, exercido secularmente mediante freios, técnicas e sempre com referência ao sistema jurídico. Nem tampouco com a ideia de judicialização, ou seja, com a construção de um discurso pelo Judiciário de temas antes fora da sua alçada de significação.

A defesa do ativismo encontrou adeptos e defensores no Brasil talvez pela leitura apressada de algumas propostas teóricas. Uma leitura atenta à proposta de Sarlet revela que o

---

<sup>111</sup> SARLET, 2009, p. 217.

<sup>112</sup> STRECK, 2011, p. 49.

<sup>113</sup> Cf. BRILHANTE, Tércio Aragão. Ativismo Judicial e a importância da lei. In: **Opinião Jurídica: Revista do Curso de Direito da Unichristus**. Ano X, n. 14, 2012, p. 352-380. Disponível em: <[http://www.fchristus.com.br/downloads/opiniao\\_juridica/revista\\_opiniao\\_juridica\\_14\\_edt.pdf](http://www.fchristus.com.br/downloads/opiniao_juridica/revista_opiniao_juridica_14_edt.pdf)>. Acesso em: 04out.2013.

<sup>114</sup> “Some now argue that judges are too active and that the constitution should be taken away from the courts. Some now argue that they are too self-restrained. These criticisms come from all corners of society. In recent years, for example, accusations that the U.S. Supreme Court is too activist have swelled”. BARAK, Aharon. **The judge in a Democracy**. Princeton University Press, 2006, p. XI.

<sup>115</sup> Nos Estados Unidos, são recorrentes as interrogações sobre o poder do juiz e o equilíbrio da separação de poderes, chegando a surgir títulos bibliográficos como “*Taking the constitution away the courts*”. É preciso que as faculdades, especialmente em programas de pós-graduação, empreendam debates permanentes sobre a forma de atuação dos poderes no Brasil, incluindo o tratamento midiático dado ao tema, bem como debates sobre a formação de juízes, não pelas faculdades de Direito, mas em escolas próprias de formação de aperfeiçoamento permanente de magistrados e servidores.

autor é muito cauteloso no fechamento de suas assertivas. Destaca precocemente o problema derivado da possibilidade de se deduzir, na aplicação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, posições jurídicas subjetivas individuais, isto é, “da efetiva justiciabilidade dos direitos fundamentais, que assume especial relevância no campo dos direitos de cunho prestacional”<sup>116</sup>. Mesmo partindo da premissa de que “não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º §1º, de nossa Constituição”, Sarlet acrescenta que não se deve superestimar ou subestimar o significado e o alcance dessa norma, que intenciona, entretanto, a eficácia máxima dos direitos fundamentais. No tocante a atividade integradora do Judiciário, afirma:

...que o judiciário possa (e deva) viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes pode ser aceito em diversas hipóteses e até mesmo como regra geral, o que não significa a inexistência de limites a esta atividade, que não podem ser desconsiderados<sup>117</sup>.

E prossegue:

Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva<sup>118</sup>.

Sarlet afinal pugna por uma solução intermediária, considerando o §1º do art. 5º como princípio a qual não se aplica a lógica do ‘tudo ou nada’, restando assim na dependência do exame em concreto da norma de direito fundamental em pauta. O autor atribui uma presunção em favor da aplicabilidade imediata de tais normas, de tal forma que a eventual recusa de aplicação demande uma fundamentação por parte do julgador<sup>119</sup>. Sarlet reconhece que há problemas na consideração da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais prestacionais, mesmo que os considere inequivocamente autênticos direitos fundamentais. O autor dá a entender que a questão da aplicabilidade imediata é ínsita aos direitos fundamentais enquanto tal, e que negar a aplicabilidade imediata poderia pôr em questão a fundamentalidade dos direitos prestacionais sociais. Ressalvando a relevância econômica dos direitos prestacionais sociais, Sarlet evoca a ideia de que uma decisão com este objeto é uma verdadeira opção quanto à afetação material de recurso, envolvendo decisão sobre aplicação deste que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global. Por essa razão, a

---

<sup>116</sup> SARLET, 2009, p. 216.

<sup>117</sup> SARLET, 2009, p. 247.

<sup>118</sup> SARLET, 2009, p. 249.

<sup>119</sup> SARLET, 2009, p. 250.

realização dos direitos sociais prestacionais costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional. E isto porque é ao legislador que compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais <sup>120</sup>. Sarlet pugna que mesmo reconhecendo essa limitação, há de se questionar até que ponto essa razão pode impedir a plena eficácia e a realização desses direitos <sup>121</sup>.

Ao analisar os argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento dos direitos fundamentais sociais na qualidade de direitos subjetivos, e embora recomendando ponderação, Sarlet cita que a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais, mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta aos princípios da separação de poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito:

De acordo com a ponderação do publicista suíço J.P. Müller, falta aos juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem os objetos dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica<sup>122</sup>.

Em outra perspectiva, é possível identificar como fatores que contribuem para agravar os problemas de funcionamento do Judiciário o excessivo individualismo dos magistrados e um formalismo na visão de mundo. O individualismo se traduz pela convicção de que os direitos dos indivíduos estão acima dos direitos da comunidade. Com resultado de um déficit de formação, a magistratura é treinada para ser um corpo técnico, não alcançando um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas nas quais as controvérsias em exame estão imersas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo <sup>123</sup>.

Vê-se que o incremento do fenômeno do ativismo judicial, no Brasil, foi em parte fomentado pelos discursos de embaralhamento das fronteiras políticas e jurídicas, ou ainda, da colonização do sistema jurídico pelo sistema político, causando uma disfunção comprometedora de um dos valores fundantes da ordenação jurídica, qual seja a promessa de

---

<sup>120</sup> SARLET, 2009, p. 265.

<sup>121</sup> SARLET, 2009, p. 266.

<sup>122</sup> SARLET, 2009, p. 286.

<sup>123</sup> Cf. STRECK, 2011, p. 46.

segurança jurídica. Aqui, mais uma relação problemática, a relação ente direito e política. Segundo Habermas,

Na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direito. Os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse nexos interno do direito com o poder político reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo. [...] O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, por que os direitos têm de ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma forma para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm de ser implementados. [...] O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais <sup>124</sup>.

Assim, contextualizado no discurso de compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais sociais, no Brasil, o ativismo judicial propõe-se à efetivação de direitos prestacionais que não encontram políticas públicas ou realizações estatais materialmente concretas orientadas ao seu atendimento. Considerando que ao Judiciário, no Estado Liberal, reservou-se o lugar de garantidor de controle nas intervenções do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, o ingresso de uma Constituição com dispositivos constitucionais sociais suficientes para sua identificação como uma Constituição da Sociedade e a reorientação do papel do próprio Estado envolveu uma “crise de identidade” da magistratura brasileira.

A questão de identidade do Judiciário é considerada, de forma ampla, por A. Barak como essencialmente ligada ao fim de regimes ditatoriais e ao advento de regimes democráticos. Analisando o papel do juiz nas novas democracias advindas no pós-segunda guerra, Barak afirma que tem havido um incremento na compreensão do que seja a atividade de julgar, identificando também a tendência no sentido de constitucionalização (ou judicialização) da política: “o povo cada vez mais se volta para o Judiciário esperando que este resolva problemas sociais prementes” <sup>125</sup>.

No Brasil, além de estudos jurídicos, outros aportes tiveram um papel relevante nessa construção. No debate brasileiro, conforme Adeodato, muitos autores “veem o crescimento do Poder Judiciário e o chamado ativismo judicial como estratégia mais apta a

---

<sup>124</sup> Cf. HABERMAS, 1997, p. 170-171.

<sup>125</sup> “People increasingly turn to the judiciary, hoping it can solve pressing social problems”. BARAK, 2006, p.XII.



responder à complexidade da sociedade contemporânea”<sup>126</sup>. Para além do movimento do neoconstitucionalismo, que será visto no próximo item, ampliou-se, nas universidades, o círculo de interlocutores cujo objeto de pesquisa é o Poder Judiciário e suas relações com a sociedade, gerando estudos que sugerem uma “nova fase” na magistratura brasileira. Vêm da historiografia de José Murilo de Carvalho importantes estudos sobre a formação da ordem brasileira<sup>127</sup>. Esses estudos apontavam a magistratura como uma elite político-administrativa, que passou num determinado momento político a assumir a feição de uma corporação de técnicos, peritos no ajustamento da lei ao fato social, transformando-se o juiz de construtor da ordem em um garantidor, no sentido weberiano, das condições de previsibilidade necessárias à expansão da vida mercantil. Nos anos 80 do século passado iniciam-se as práticas de pesquisas sobre a administração da justiça no Brasil, coordenadas, dentre outros, por Luiz Werneck Vianna<sup>128</sup> e José Eduardo Faria<sup>129</sup>, que partem da perspectiva da judicialização da política e das relações sociais no Brasil, bem como da função social do Judiciário. Pesquisas de levantamento de dados foram aplicadas nos últimos cinco anos, com destaque para aquela coordenada por Maria Teresa Sadek, em parceria com a Associação de Magistrados Brasileiros. Sob o móvel da indagação “quem são e o que pensam os magistrados brasileiros”, foi produzido em 2005 o mais amplo estudo sobre o perfil do magistrado no Brasil<sup>130</sup>, sugerindo ‘uma imagem em movimento’.

Entretanto, ressaltando a dificuldade na passagem do mundo ideal (do direito) para o mundo real (espaço das disputas políticas), para Sorj a participação do Judiciário tem sido a expressão de seus limites para a resolução de problemas que exigem respostas da ordem administrativa, em uma explicitação que só contribui para desestabilizar o Poder Judiciário:

O processo de criação de novos direitos e sujeitos de direito transferiu para a ordem jurídica e o Poder Judiciário demandas e expectativas de redistribuição de riquezas e de reconhecimento social. Mas a judicialização do conflito social e os novos atores sociais tem eficácia limitada como instrumento de diminuição da desigualdade social, pois restringem a representação de interesses a nichos, sem uma visão do

<sup>126</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 261.

<sup>127</sup> CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003; ver FAORO, Raymundo. **Os donos do poder – a formação do patronato político brasileiro**. 3 ed., rev., São Paulo: Globo, 2001.

<sup>128</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999 e VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

<sup>129</sup> FARIA, José Eduardo (org). **Direito e Justiça: a função Social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

<sup>130</sup> SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

conjunto da sociedade, e fragilizam a política partidária, que é substituída por novos atores, especialmente ONG's, cujas reivindicações alcançam, em geral, um impacto mais simbólico que prático e retiram dos partidos políticos e representação do discurso moral e a elaboração de novas utopias sociais<sup>131</sup>.

Streck também alerta, com frequência, para os perigos de ativismo judicial e do decisionismo, que põe em risco inclusive a esfera política como espaço de reivindicação: “o judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e das insuficiências de políticas de *welfare state*”. Prossegue: “Aliás, em determinadas circunstâncias, corre-se o risco de ‘criar’ cidadãos de segunda classe, que, em vez de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo judicialista. Igualmente não se pode apostar em uma república de juízes”<sup>132</sup>.

Na introdução à edição brasileira de uma coletânea de artigos de sua autoria, a professora alemã Ingeborg Maus felicita-se com a tradução de seus trabalhos sobre democracia, Judiciário e metodologia jurídica, justificando seu comprazimento no que denominou de paradoxo: o Brasil, país que demonstra vitalidade democrática, convive com a apropriação crescente das liberdades pelo direito. O meio pelo qual tal fenômeno se dá é aquele mesmo denominado judicialização da política, em um movimento orquestrado pela associação entre juízes e promotores, nos discursos de politização do Judiciário pela judicialização dos conflitos<sup>133</sup>.

Esse processo de expansão da competência judicial (que o Judiciário confere a si mesmo com a ajuda de considerável aporte acadêmico, como visto), aliado a uma sociologização da norma jurídica, significaria, ao contrário das afirmações no sentido de um avanço, um fortalecimento do conservadorismo social:

A justiça pode, a qualquer tempo, classificar como irreal aquilo que legislador acaba de considerar possível em termos de modificação do direito (...). Uma sociologização da norma jurídica praticada desse modo corre o risco de se tornar obsoleta diante das intervenções emancipatórias do incriminado positivismo jurídico<sup>134</sup>.

Assim, o Judiciário, a mais autêntica de todas as funções estatais, e historicamente o mais conservador dos poderes, pleiteia, com o movimento do ativismo

---

<sup>131</sup> SORJ, Bernardo. **A Democracia Inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 15.

<sup>132</sup> STRECK, 2011, p. 64.

<sup>133</sup> Cf. MAUS, 2010.

<sup>134</sup> MAUS, 2010, p. 107.

jurídico, um lugar como instituição social. O ativismo judicial representa um desvio da democracia no caminho da implementação de instrumentos participativos amplos <sup>135</sup>.

### 2.2.3 Estado totalitário e atuação do Judiciário

Já foi referido que a gravidade do problema da aferição do vínculo do Judiciário aos direitos fundamentais foi percebida, segundo Martins, pelos alemães “principalmente depois da primeira experiência constitucional republicana vivida sob a Constituição de Weimar de 1919” <sup>136</sup>. A experiência constitucional republicana e democrática de Weimar é tida como o marco histórico mais significativo para a ascensão do nazismo, associada à ideia de uma experiência fracassada <sup>137</sup>. Existem afirmações no sentido de que a República de Weimar não foi capaz de defender-se, por excesso de democracia, da ascensão do movimento totalitário <sup>138</sup>. Entretanto, os quatorze anos da República de Weimar são o resultado de um processo histórico resultante da confluência de muitos fatores <sup>139</sup>. É correto afirmar que o início desse processo histórico foi a tentativa, de resto fracassada, de unificação da Alemanha em 1848 <sup>140</sup>, inclui a sua industrialização e o seu fortalecimento econômico <sup>141</sup>. O antissemitismo e o imperialismo foram detalhadamente estudados por Arendt, uma vez que o primeiro constitui-se como experiência histórica inédita de ódio político, enquanto o segundo contribui por ter como característica o franco desrespeito à lei e às instituições legais,

---

<sup>135</sup> Lembre-se ainda nessa questão de L. Schwarcz, que utiliza a expressão “os eleitos da Nação” para analisar a disputa entre os juristas e os médicos, dentro das instituições científicas no Brasil na transição para o século XX, em SCHWARCZ, Lilian Moritz. **O Espetáculo das raças** – Cientistas, Instituições e questão racial no Brasil. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. Perspectivas distintas que alcançaram resultados muito próximos: Faoro e a identificação do Judiciário como estamento a serviço dos “donos do poder” e do paternalismo, em meados dos anos 50 no Brasil; e Edouard Lambert e a ideia de “governo de juizes” nos EUA dos anos 20 do século passado.

<sup>136</sup> MARTINS, 2012, p. 95.

<sup>137</sup> Nesse sentido: “In German historical consciousness, the Weimar republic has always been associated with the stigma of failure”. Cf. MOMMSEN, Hans. **The rise and fall of Weimar democracy**. The University of North Caroline press – Chapel Hill and London, 1996. (preface)

<sup>138</sup> Nesse sentido, analisando os resíduos autoritários que remanescem após décadas na Alemanha (como em qualquer outra experiência radical de autoritarismo): “These are, in a sense, reminiscent of actions undertaken by Nazi regime. But they may also be taken as stemming from the perception that the Weimar Republic did not defend itself strongly enough against the antidemocratic forces that sought its downfall. It is from the same causes that Germany has enforced rules against neo-Nazi propaganda, against the denial of the ‘Holocaust’, for example – rules that would not pass muster under the First Amendment in the United States.” Cf. Introdução à MÜLLER, Ingo. **Hitler’s Justice** – The Courts of the Third Reich. I.B. Tauris&co Ltd Publishers, London, 1991, p.XV.

<sup>139</sup> Cf. FLEINER-GERSTER, 2006, p. 340-354.

<sup>140</sup> Para a visualização desse período histórico, ver HOBBSAWM, Eric. **A Era das Revoluções** – 1789-1848, 25 ed. rev., 3 reimpr., São Paulo: Paz e Terra, 2011, especialmente pp.465-481, e HOBBSAWM, Eric. **A Era do Capital** – 1848-1875. 13 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, pp. 27-50. Especificamente, ver I. MÜLLER, 1991, p.3-5 (Prólogo).

<sup>141</sup> Cf. ALMEIDA, Ângela Mendes. **A República de Weimar e a ascensão do nazismo**. São Paulo: Brasiliense, 1982, p.7-11 (“A Alemanha antes de Weimar”).

possibilitando também a ideia de que uma das possíveis consequências de uma guerra não é a eliminação do oponente, mas a imposição de condições de exploração <sup>142</sup>. O cenário se completa com o conflito bélico entre 1914-1918 <sup>143</sup> e com os efeitos do Tratado de Versalhes <sup>144</sup>. Os rumos da União Soviética pós-revolução bolchevique em 1917 também vão influenciar o movimento operário alemão, especialmente até 1924, com a morte de Lênin; em 1929 ocorreu na Rússia o que se convencionou denominar “segunda revolução” iniciando o período de domínio incontestado de Stalin <sup>145</sup>. Segundo Almeida, o conflito entre os países imperialistas e os soviéticos foram então reproduzidos na Alemanha na tensão entre o discurso e a ação de um segmento militarista e conservador e de um movimento operário forte, construído durante os últimos decênios; esse conflito possibilitou a montagem da armadilha do fascismo <sup>146</sup>. E, finalmente, a crise econômica de 1929 provocou uma queda drástica nas exportações e na produção industrial, com graves consequências para o operariado. Nesse cenário caótico, os grandes industriais, os juízes e o exército apoiaram um governo que tivesse Hitler como primeiro-Ministro. Um governo que tinha uma compreensão muito própria da relação entre poder, autoridade, legitimidade e lei.

Dimoulis dedica um capítulo à crítica de um “persistente e difundido mito que acusa os autores positivistas de terem legitimados regimes totalitários” e, por meio de referências específicas à situação na Alemanha nazista, conclui que tais acusações não têm fundamento <sup>147</sup>. Em verdade, os regimes totalitários devem ser, antes, compreendidos, em termos de pensamento político, como o resultado de condições como o colapso da sociedade de classe para a sociedade de massas <sup>148</sup>, o uso específico da propaganda <sup>149</sup>, uma organização totalitária e a perpetuação dessas condições quando da ocupação do aparelho estatal, levando ao chamado Estado Totalitário. A organização totalitária compreende, segundo Arendt, uma estrutura hierárquica para o exercício do poder que não é regulada pela lei, mas por princípios

---

<sup>142</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 10 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, em especial a parte II, p. 147-300.

<sup>143</sup> Para Arendt, depois da Primeira Guerra Mundial, uma onda antidemocrática e pró-ditatorial de movimentos totalitários e semitotalitários varreu a Europa central e oriental. Cf. ARENDT, 1989, p. 358 e ss.

<sup>144</sup> Cf. MAGNOLI, Demétrio (org). **História da Paz: os tratados que desenharam o planeta**. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2012, especialmente p. 211 e ss. Observe-se que o Tratado de Versalhes era oficialmente parte do ordenamento jurídico alemão e estava acima da Constituição.

<sup>145</sup> Cf. ARENDT, 1989, p. 339 e 346. Cf. também, sobre a participação da URSS na ascensão do nazismo na Alemanha, MAISKI, I. **Quien ayudo a Hitler**. Editorial Progreso, Moscu, [s.d.].

<sup>146</sup> Cf. ALMEIDA, 1982, *passim*.

<sup>147</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico** – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método 2006, p. 14.

<sup>148</sup> Cf. ARENDT, 1989, p. 355 e ss.

<sup>149</sup> ARENDT, 1989, p. 390 e ss.

específicos da organização totalitária, com “formas totalmente novas”<sup>150</sup>. Entre elas se destaca o papel do Líder, que monopoliza o direito e a possibilidade de explicação, bem como a possibilidade de assumir a responsabilidade total por todos os crimes cometidos<sup>151</sup>. Esse aspecto contribui para entender a importância dos rituais e da idolatria, elementos incompreensíveis nas formas racionais de exercício do poder<sup>152</sup>. A identificação da política como um jogo de trapaças autoriza o desprezo pelas instituições formais e legalmente constituídas<sup>153</sup>.

No caso da Alemanha, subvertendo todos os parâmetros de controle de poder, em especial a ideia de ordem constitucional, nos primeiros anos de poder, os nazistas desencadearam uma avalanche de leis e decretos, sem abolir oficialmente a Constituição de Weimar. A multiplicidade de leis, decretos e outros tipos de instrução normativa que passou a caracterizar o funcionamento do Estado inviabilizava um governo racionalmente controlado pela lei, gerando assim, na verdade, um estado de permanente ilegalidade. A teoria do Estado do totalitarismo afasta-se das teorias liberais principalmente por não diferenciar lei e ética, ao presumir que “a lei em vigor é idêntica à ética comum que emana da consciência de todos”<sup>154</sup>, o que tornava desnecessárias leis baseadas na ideia de consenso. Assim, os ministérios nazistas expediam, com frequência, diretivas e circulares, que serão objeto de investigação a seguir. Esses procedimentos tornam o ordenamento jurídico totalitário amorfo e caótico. Uma das técnicas para induzir o caos na estrutura administrativa consistia em duplicar os órgãos competentes: “com fantástica meticulosidade, os nazistas duplicaram no partido, através de algum órgão, todas as funções administrativas do Estado”<sup>155</sup>. Com isso, as pessoas não só viviam sob a simultânea e contraditória autoridade de órgãos estatais concorrentes e rivais, como não conseguiam identificar qual dessas instâncias de poder deveria ser considerada acima de todas as outras, fugindo a qualquer forma de racionalidade das conhecidas formas de governo.

---

<sup>150</sup> ARENDT, 1989, p. 413.

<sup>151</sup> ARENDT, 1989, p. 425.

<sup>152</sup> Cf. PAXTON, Robert. **Anatomia do fascismo**. Trad. Patrícia Zimbres e Paula Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

<sup>153</sup> Nesse sentido, é simbólico o episódio de posse de Hitler como chanceler da Alemanha. Segundo Arendt, “apenas os simpatizantes nazistas acreditaram em Hitler quando ele prestou juramento de legalidade perante a Suprema Corte da República de Weimar. Os membros do movimento sabiam muito bem que ele estava mentindo e confiaram nele mais do que nunca exatamente porque ele era capaz de iludir a opinião pública e as autoridades”. ARENDT, 1989, p. 433.

<sup>154</sup> ARENDT, 1989, p. 444.

<sup>155</sup> ARENDT, 1989, p. 446.

Assim, para Arendt, o totalitarismo é uma espécie totalmente diferente de governo:

É verdade que desafia todas as leis positivas, mesmo ao ponto de desafiar aquelas que ele próprio estabeleceu (...) ou que nunca se deu ao trabalho de abolir (como no caso da Constituição de Weimar que o governo nunca revogou). Mas não opera sem a orientação de uma *lei*, nem é arbitrário, pois afirma obedecer rigorosa e inequivocadamente àquelas leis da Natureza ou da História que sempre acreditamos serem a origem de todas as leis <sup>156</sup>.

Na verdade, prossegue a pensadora, “o seu desafio às leis positivas pretende ser uma forma superior de legitimidade” que, por inspirar-se nas próprias fontes, pode dispensar “legalidades menores”.

Ainda que se entenda por governo legal um corpo político no qual há a necessidade de leis positivas para converter e realizar o imutável *ius naturale* ou a eterna lei de Deus, em critérios de certo ou errado, lícito ou ilícito, no corpo político do governo totalitário o lugar das leis positivas é tomado pelo terror total, que se destina a converter em realidade a lei do movimento da história ou da natureza <sup>157</sup>. Assim, há uma diferença considerável entre a legalidade totalitária e a legalidade da lei positiva: a primeira pretende haver encontrado um meio de estabelecer a lei da justiça na Terra. Arendt adverte que

A discrepância entre a legalidade e a justiça nunca pôde ser corrigida, porque os critérios do certo e do errado nos quais a lei positiva converte a sua fonte de autoridade – a “lei natural” que governa todo o universo, ou a lei divina revelada na história humana, ou os costumes e tradições que representam a lei comum para o sentimento de todos os homens – são necessariamente gerais e devem ser válidos para um número sem conta e imprevisíveis de casos, de sorte que cada caso individual concreto, com o seu conjunto de circunstância irrepetíveis, lhes escapa de certa forma <sup>158</sup>.

A legitimidade totalitária, desafiando a legalidade e pretendendo estabelecer diretamente o reino da justiça na terra, executa a lei da História ou da Natureza sem convertê-la em critérios de certo ou errado que norteiam a conduta individual. Assim, em termos de compreensão política, há um conceito totalitário específico de lei: o desafio da política totalitária a todas as leis positivas implica a crença de que se pode dispensar qualquer consenso como fundamento da lei e não se tornar arbitrário. Essa questão esteve presente nas discussões entre americanos e ingleses, no campo dos debates conceituais do positivismo e dos fundamentos do Direito, especialmente nos debates entre H.Hart, da Universidade de

---

<sup>156</sup> ARENDT, 1989, p. 513.

<sup>157</sup> ARENDT, 1989, p. 516.

<sup>158</sup> ARENDT, 1989, p. 514.

Oxford, e Lon Fuller, da Universidade de Harvard. O dissenso entre os pensadores teve como epicentro o processo acusatório, na Alemanha pós-guerra, de uma mulher que denunciou o marido aos nazistas, por disseminar o derrotismo, com o objetivo de viver um outro relacionamento amoroso. A conduta foi considerada lealdade ao Estado perante as leis nazistas vigentes à época da guerra e, portanto, válido perante a lei. Diante desse caso, impuseram-se as indagações: o que pode ser considerado lei; deve a lei ser compatível com as concepções morais para ser considerada verdadeiramente lei; e se são leis o que se institui por um Parlamento no qual os representantes de determinado partido foram excluídos e os que ficaram estão sob enorme pressão psicológica <sup>159</sup>.

Em estudo para compreender o funcionamento do aparelho jurisdicional, Ingo Müller se propõe uma ampla pesquisa sobre as Cortes jurisdicionais no Terceiro Reich, guiado por questionamentos sobre como juízes, advogados e professores de direito, formados em uma cultura jurídica civilizada, sucumbiram a um regime sem lei. Para Arendt, é preciso distinguir entre os professores que adotaram o credo nazista daqueles que deviam sua carreira exclusivamente ao regime, separando assim conhecidos homens de grandes méritos da categoria dos fanáticos <sup>160</sup>.

A pesquisa de Müller orienta-se por quatro objetivos: investigar a contribuição coletiva dos profissionais da área jurídica para o alcance do poder pelos nazistas e sua permanência por doze anos; desvelar alguns posicionamentos individuais relevantes de adesão e resistência; analisar o contexto do pós-guerra em termos jurídicos e judiciais (procedendo a uma análise da composição dos tribunais, advogados públicos e dos professores universitários e das ações de reparação às vítimas, especialmente dos atos de antissemitismo) e analisar também o próprio edifício legal erguido durante o Terceiro Reich, em termos de manutenção ou desmonte <sup>161</sup>.

Para aferir a participação dos profissionais do direito durante a República de Weimar, Müller defende a tese de que, durante o governo de Bismarck como chanceler da

---

<sup>159</sup> Cf. MÜLLER, 1991.

<sup>160</sup> Não deixa de ser curioso que, em uma nota de rodapé, Arendt tenha sugerido que “valeria a pena estudar em detalhe a carreira dos eruditos alemães que foram além da mera cooperação e ofereceram os seus serviços por serem nazistas convictos”, embora esses sejam poucos, no entendimento da pensadora. Arendt considera “interessantíssimo o exemplo do jurista Carl Schmitt”, denomina de “engenhosas” as suas teorias acerca do fim da democracia e do governo legal, e afirma que se constituem “uma leitura impressionante”. Cf. ARENDT, 1989, p. 389.

<sup>161</sup> Os parágrafos que se seguem foram basicamente desenvolvidos em referência à já citada obra de I. Müller, **Hitler's Justice**, em tradução livre.

Alemanha recém-unificada (1871-1890), o processo de formação desses profissionais passou por interferências para eliminar as ideias iluministas, que posicionavam especialmente os juízes como defensores das liberdades civis e políticas, e como isso ajudou a compor um corpo de juristas com mentalidade conservadora (neofeudal).

Quando a república foi proclamada, com o fim da Primeira Guerra, foi um abalo para os membros do Judiciário, fortemente leais à monarquia. Esses juízes viam as leis republicanas como “filhas bastardas dos partidos e das classes sociais”. Apesar de conservarem a independência e vitaliciedade, foi oferecida aos magistrados a oportunidade de aposentadoria por razões de lealdade à monarquia, com manutenção das condições salariais, mas pouquíssimos juízes aceitaram a oferta. Juraram lealdade à República, mas mantiveram seus valores e orientações conservadoras, como a que admitia que a guerra (1914-1918) fora perdida em razão dos inimigos internos, traidores da Alemanha. Esse contexto foi solo fértil para a teoria do inimigo de Carl Schmitt <sup>162</sup>, que faz desaparecer a distinção entre oposição (conceito fundamental à democracia) e traição, com graves consequências para os julgamentos que envolviam disputas ideológicas <sup>163</sup>.

Dois eventos são emblemáticos do problema que se avizinhava: o rigor com que foram tratados os comunistas que proclamaram a República Socialista de Munique, em 1919, e a leniência com que o Judiciário tratou o golpe fracassado de Hitler e outros oito membros do então jovem Partido Nacional Socialista Alemão, em 1923. O que se segue, nesse cenário, é o declínio do “rule of Law”, quando as cortes judiciais aceitam fundamentar suas decisões em defesa do Estado ou da Nação, para julgar *contra lege*. O caso em que essa postura ficou definitivamente clara foi o Julgamento do Incêndio do Parlamento, em 1933 <sup>164</sup>.

A partir de então, o Judiciário se converteria em aliado do regime nazista <sup>165</sup>. Declarado o estado de emergência, declarava-se também o fim do Estado constitucional alemão <sup>166</sup>. Os decretos davam a aparência de legalidade às decisões de um sistema com pretensões de legalidade, que incluía a orientação para os magistrados adotarem uma

---

<sup>162</sup> Sobre a participação de Carl Schmitt na Alemanha nazista, ver MÜLLER, 1991, p. 41-45.

<sup>163</sup> MÜLLER, 1991, p. 14-21.

<sup>164</sup> MÜLLER, 1991, p. 27-35.

<sup>165</sup> Müller faz o registro da resistência dos juízes em um capítulo específico, “Resistance from the Bench”, em MÜLLER, 1991, p. 192-197.

<sup>166</sup> Cf. Müller, “conservative German theories of constitutional law had always reflected a fascination with authoritarian government, and, in Schmitt’s words, ‘the nature of state authority is revealed most clearly in the state of emergency. Here the decision making and the legal norm diverge, and...authority proves that it need not have a basis in law in order to establish justice.” MÜLLER, 1991, p. 46



interpretação generosa para as leis penais, uma abreviação no tempo dos processos criminais (foi possível chegar aos *ten-minute trials*), e condescendência com ilegalidades cometidas por excesso de zelo à causa nacional-socialista. O Judiciário se torna um perseguidor dos oponentes políticos ao nazismo, com o incremento das penas de morte e prisão perpétua. Houve expurgo de judeus e oponentes políticos das cortes <sup>167</sup>, dos quadros da advocacia <sup>168</sup> e das universidades <sup>169</sup>.

A doutrina produzida durante esses anos demonstra o papel essencial que uma academia pode desempenhar nesse cenário de ilegalidades. Segundo Müller, sem o engajamento dos pensadores jurídicos e professores universitários alemães, os ultrajantes atos perpetrados não poderiam ter sido considerados como justos <sup>170</sup>. A euforia muitas vezes referida no caso dos médicos e cientistas também pode ser identificada na nova classe de jovens professores de Direito, formados durante a ascensão do Terceiro Reich: consideravam que havia um novo mundo para construir e muito a ser feito, pois todos os princípios, conceitos e distinções do Direito até então formulados sob o signo do Iluminismo deveriam ser reformulados com base nos novos modos de pensar e nas novas experiências <sup>171</sup>.

Assim, cada princípio fundamental do Estado de Direito pode ser desconsiderado: a lei penal tornou-se retroativa; era possível e recorrente o enquadramento de conduta como criminosa sem prévia cominação legal; prisões preventivas eram possíveis sem qualquer interferência do Judiciário, mas sob o controle exclusivo da polícia; a ideia de punição ao ato criminoso foi substituída pela noção de personalidade criminosa, determinada por nascimento; a consideração de cometimento de crime apenas por intenção; a criação de inúmeros tribunais especiais e de simulacros de julgamentos sumários, decididos com referência a valores como “honra” e “dever de lealdade ao povo”, com fundamentação sucinta das decisões <sup>172</sup>. As consequências foram mais profundamente sentidas na área criminal, na qual a noção de segurança jurídica era mais fortemente definida. O compromisso de dar precisão à linha

---

<sup>167</sup> MÜLLER, 1991, p. 37.

<sup>168</sup> MÜLLER, 1991, p. 59-67.

<sup>169</sup> MÜLLER, 1991, p. 69.

<sup>170</sup> “There was virtually no outrage perpetrated by the Nazis which was not praised during the regime as ‘supremely just’ and defended after the war by the same scholars, with equally dubious arguments, as ‘justifiable’ or even ‘advisable’ from a legal point of view”. MÜLLER, 1991, p. 68.

<sup>171</sup> MÜLLER, 1991, p. 71.

<sup>172</sup> “A member of the *Volks* does not expect judges to provide detailed and learned commentaries on the law, nor is he interested in the numerous minor points which they have taken into consideration in reaching their opinion. He would like to be told, in a few words understandable to the general public, the decisive reason for his being right or wrong.” MÜLLER, 1991, p. 154.

divisória entre a conduta passível de sanção penal por meio da lei, desde o Iluminismo, foi burlado no sentido de tornar impreciso esse limite <sup>173</sup>. As normas e os procedimentos foram considerados amarras para a vontade do Führer.

Não à toa há um esforço na literatura jurídica europeia pós-guerra no sentido de afirmar a independência do juiz e sua sujeição somente à lei <sup>174</sup>. Segundo Maranini, não se tratava, para reorganizar um regime de democracia liberal e social na Itália, de restaurar a ordem, mas de criar novas instituições e novas relações <sup>175</sup>. Assim, a independência do juiz é uma condição fundamental para a eficácia da separação de poderes, assegurando a prevalência da lei e uma imparcial tradução do comando geral e abstrato da lei no comando específico e concreto:

Se o juiz não é soberano na sua função, a existência da lei se reduz a mero engano: a lei preconstituída na verdade não existiria, mas somente um comando que o poder político adequa à sua mutável conveniência, caso a caso. Somente quando a norma é aplicada (isto é, reduzida ao concreto) por um juiz independente, os órgãos do Estado, seja do executivo ou do legislativo, são obrigados a respeitar a norma. É nesse ponto, e não antes dele, que um súdito se torna cidadão <sup>176</sup>.

O estudo detalhado do totalitarismo a partir da experiência histórica na Alemanha justifica-se por ser a expressão máxima de uma forma de organização e funcionamento do Estado totalitário. O que não significa que não haja experiências similares, em maior ou menor escala, como o caso da URSS, muito citado por Arendt. No Brasil, o século XX trouxe duas experiências com governos autoritários, ditatoriais. Nos dois casos estão presentes elementos do totalitarismo alemão, como o uso da propaganda e do sistema educacional para legitimar o regime e a prática de perseguição política e atos de terror.

---

<sup>173</sup> “The primary aim of criminal law was ‘to protect the community of the *Volk* from criminals’, and this protective function supplanted what had been the foremost principle of the constitutional state: ‘today everyone will recognize that the maxim ‘no crime without punishment’ takes priority over the maxim ‘no punishment without law’ as the higher and stronger legal truth (Carl Schmitt).” MÜLLER, 1991, p. 75.

<sup>174</sup> Cf. SIMON, Dieter. **La independencia del juez**. Barcelona: Ariel, 1985. Esse aspecto está aqui ressaltado para confrontar com aquele outro ocorrido no Brasil com o ingresso da ordem constitucional em 1988, no qual se manteve a desconfiança no legislativo e iniciou-se (pelo menos no discurso jurídico) um movimento em direção ao Judiciário, principalmente simbolizados pelos discursos de acesso à Justiça (como equivalente à acesso ao Judiciário).

<sup>175</sup> “Il problema dela riorganizzazione di um regime di democrazia liberale e sociale in Italia si poneva dunque in termini non di restarazione, bensì di creazione di nuovi istituti e nuovi rapporti”. Cf. MARANINI, Giuseppe. **Il mito dela costituzione**. Roma: Ideazione editrice srl, 1996, p. 48.

<sup>176</sup> “Si il giudice non è sovrano nella sua funzione, l’esistenza dela legge si riduce a um mero inganno: la legge preconstituata in realtà non esiste più, esiste solo un comando che il potere politico adequa ala sua mutevole convenienza, caso per caso. È solo quando la norma viene applicata (e cioè ridotta al concreto) da um giudice independente, che gli organi stessi dello Stato, quelli esecutivi como quelli legislativi, sonoanch’essi forzati al rispetto dela norma. È a questo ponto, e non prima, che il suddito si transforma in cittadino”. Cf. MARANINI, 1996, p.85-86.

Na década de 30 do século passado, na Alemanha, nas universidades defendia-se abertamente, em teses acadêmicas, que apenas pessoas de raça superior tinham o direito de existir em uma comunidade. Afirmava-se que um indivíduo sem utilidade e nocivo para a comunidade, em virtude de sua inferioridade, deveria ser removido. O fato de ainda permanecer aberta a questão de estar a sociedade pronta para aceitar a remoção de seres inferiores por assassinato não deveria impedir que uma tarefa tão importante fosse paralisada em sua eficácia<sup>177</sup>. No Brasil, na década de 20 do século passado, Oliveira Vianna afirmava que o povo brasileiro era muito distinto dos outros povos, em especial, dos grandes povos europeus. Para Oliveira Vianna, somente um Estado soberano, incontestável, centralizado e unitário seria capaz de impor um sentimento coletivo<sup>178</sup>. Tais afirmações enfatizam o fato de que as ideias existem para serem postas em prática, ou não, dependendo da oportunidade histórica, social e política que lhes seja dada.

No Brasil, em que pese não ter havido a experiência do Estado Totalitário, é possível utilizar as categorias de compreensão até aqui dispostas para analisar os períodos de governos ditatoriais havidos no século XX, ou seja, o Estado Novo, sob a Constituição de 1937<sup>179</sup>, e o governo militar sob a Constituição de 1967-69<sup>180</sup>.

É importante, antes, referir-se à presença marcante das teorias raciais que aportaram nos discursos jurídicos ainda no século XIX no Brasil. Oportuno para justificar uma hierarquia social, o argumento racial justificou a perpetuação de uma legislação excludente e repressiva aos escravos então libertos e aos pobres (em especial a manutenção dos identificadores das condutas marginais ou desviantes no comportamento tipificado como vadiagem, apenados pela legislação criminal). Nos primeiros tempos, o pensamento que começa a ser construído no Brasil, nas faculdades de Direito de Recife e São Paulo, projeta a condição de elite rural dos seus alunos e professores<sup>181</sup>. Por volta de 1860, a busca pelo estatuto científico e pelo afastamento das influências religiosas abre espaço para o

---

<sup>177</sup> MÜLLER, 1991, p.126.

<sup>178</sup> Cf. AMBROSINI, Diego Rafael. FERREIRA, Gabriela Nunes. Os juristas e o debate sobre “país legal” e “país real” na República Velha. In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (Coord). **Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro** (1850-1930). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271-280.

<sup>179</sup> Cf. COSTA PORTO, Walter. **Constituições brasileiras: 1937**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centros de Estudos Estratégicos, 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v.4).

<sup>180</sup> Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão, BRITO, Luiz Navarro de, BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal e Ministério das Ciências e Tecnologias, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v.6).

<sup>181</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

pensamento de Tobias Barreto e Sílvio Romero (os “renovadores da Escola de Recife”), que reverberam o positivismo, o evolucionismo, a crítica religiosa, a biologia evolutiva sustentando uma antropologia física e determinista. Machado Segundo evoca o pensamento de Tobias Barreto para inicialmente apontar as críticas do brasileiro à ideia de um ordenamento jurídico dotado de validade universal e eterna<sup>182</sup>. Mesmo afirmando que, de fato, as regras que disciplinam a vida em sociedade não são dadas pela natureza, de forma independente da ação humana, o pensador da Escola do Recife não nega a presença da razão humana a justificar tais ações e definir regras para a convivência humana. Conclui Machado Segundo que a crítica de Barreto não atinge a todas as correntes jusnaturalistas, mas apenas aquelas para quais o direito natural tem fundamento imutável e eterno, diferentemente da razão humana, que não é infensa às transformações culturais.

A produção intelectual de então, mais do que as integralizações curriculares, dá conta, de maneira muito mais precisa, do que se discutia e do que importava em termos de agenda intelectual no Brasil do final do séc. XIX e início do séc. XX<sup>183</sup>. Conforme Moritz, o jargão evolucionista em Recife teve larga aceitação: Tobias Barreto divulga autores como Spencer, Darwin e Gobineau. A ascendente classe média urbana, distanciada de hegemonia rural, assume o lugar de uma elite intelectual escolhida, em face da distância cada vez maior da antiga elite rural das decisões políticas do país. Os intelectuais que produziam o pensamento predominante nas duas faculdades de Direito viviam ao menos a certeza de que representavam a vanguarda científica do Brasil e buscava-se uma saída “científica” para a Nação de mestiços. Para Lima Lopes, os juristas desenvolveram uma espécie de autodidatismo, formando suas próprias bibliotecas e tendo como espaço público para

---

<sup>182</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29-34.

<sup>183</sup> Cf. SCHWARCZ, Lilian Moritz. **O Espetáculo das raças** – Cientistas, Instituições e questão racial no Brasil. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. Trata-se de pesquisa que tem por objeto os jornais e as revistas pertencentes as duas faculdades de Direito, de Recife e São Paulo, no período entre os anos 1870-1930. É possível perceber a orientação teórica e o perfil profissional característico de cada uma das escolas. Enquanto São Paulo foi mais influenciada pelo modelo político liberal, a faculdade de Recife, mais atenta ao problema racial, teve nas escolas darwinistas social e evolucionista seus grandes modelos de análise. A Faculdade de Pernambuco, referida pelo movimento intitulado a Escola do Recife, tinha um caráter mais doutrinador, de formação de intelectuais, perfil que se destaca principalmente quando contrastado com o grande número de políticos que constituía majoritariamente os egressos de São Paulo. Ademais, a Faculdade de Direito de Recife nasce sob o signo de uma estrutura rígida, reprodutora de obras jurídicas estrangeiras, com profunda influência dos mestres religiosos e do jus-naturalismo católico, defendendo a natureza do caráter imutável da monarquia.

discussão de ideias o salão, a casa particular, o espaço doméstico, “tudo muito compatível com uma sociedade aristocrática”<sup>184</sup>.

Resultado da reforma Benjamin Constant, a Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife passa a circular em 1891. Ecoando as lições recebidas de Tobias Barreto, objetivando emergir do “limbo metafísico”, na produção textual veiculada na Revista buscava-se a modernidade científica a partir do apego a certos autores e modelos, como a técnica de apresentar manifestações históricas de fenômenos nos termos dos “quadros evolutivos”. Os autores mais citados são Lombroso e Ferri, que entendiam o crime a partir da análise do indivíduo, seu tipo físico e a raça a que pertence<sup>185</sup>. Para Schwartz, a falta de condições mínimas de absorção dessa massa empobrecida, analfabeta e pouco afeita à vida urbana não foram fatores analisados à época, posto que o estranho fenômeno da criminalidade era atributo da formação defeituosa de indivíduos terríveis, perigoso para a coletividade e que, portanto, necessariamente deveria desaparecer. O temor à figura do delinquente é compreendido no assombro da compreensão da anarquia de raças que nossa sociedade apresentava. Assim nasce a proposta de uma legislação penal que se deve conformar ao caráter próprio do povo ao qual se destina.

Com o advento da República, ocorre o surgimento de faculdades livres, particulares ou estaduais, e pelo menos, institucionalmente, se finda com o monopólio de Recife e São Paulo, mas a quantidade de matrícula nos cursos de Direito decresceu, devido às mudanças ocorridas na sociedade, tais como a ascensão do militar e a implantação de indústrias no País<sup>186</sup>. Com isso, passou-se a exigir a presença de bacharéis preparados a lidar com a realidade prática e capacitados para resolver conflitos até então inexistentes. Porém, uma vez que os egressos dos cursos de Direito não corresponderam às necessidades sociais, eles foram, aos poucos, perdendo espaço para os técnicos, os engenheiros, os economistas, os administradores, entre outros<sup>187</sup>.

Clóvis Beviláqua, o último grande representante da geração da Escola do Recife, é o responsável pelos últimos números da revista, nos quais se percebe a manutenção dos

---

<sup>184</sup> LIMA LOPES, José Reinaldo. **O direito na história**: lições introdutórias. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 321. Convém lembrar que em seguida o Brasil vai passar pela fase de expansão das cidades: a universalização do trabalho assalariado somente era real nos centros urbanos, para onde afluía uma onda demográfica, principalmente formada pelos ex-escravos e pelos empobrecidos em busca de trabalho assalariado.

<sup>185</sup> Cf. SCHWARCZ, 1993.

<sup>186</sup> Cf. VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

<sup>187</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

mesmos paradigmas raciais. Mantendo uma preocupação com os problemas políticos e sociais nacionais, há também uma preocupação em manter uma memória da Escola, por meio de vários artigos sobre a própria faculdade, resenhas e biografias de professores da Casa. No final dos anos 20, higiene, saúde e educação tornam-se pauta na agenda de pesquisa: higienizar o país e educar o povo, corrigindo a natureza e aperfeiçoando o Homem. É tempo de reagir ao enfadonho discurso degeneracionista, apostando em novas formas de intervenção social, com discurso fortemente visionário <sup>188</sup>.

As antigas elites dirigentes do Império e da Primeira República, à míngua de ideias e da capacidade de transformar-se, não puderam sobreviver aos novos tempos, e cederam a hegemonia às agremiações partidárias, esteadas nos interesses novos da indústria, do comércio, da classe média e do proletariado urbano. Em 1934, assume o Ministério da Educação Gustavo Capanema, um bacharel em Direito com a proposta de implantar, no Brasil, um ensino que não servisse somente às classes dominantes e que desse à educação um caráter pragmático, gratuito, humano e solidário <sup>189</sup>. Em 1937, elabora o Plano Nacional de Educação, que pretendia dar à educação uma ideologia, uma filosofia a ser seguida e a ser posta a serviço do País. Porém, o projeto não tramitaria com a velocidade desejada por Capanema, e o Congresso terminaria sendo fechado em 1937 antes que o plano fosse aprovado.

Com o advento da Segunda Guerra, o Brasil tornou-se objeto de disputas entre os países aliados e os países do Eixo. Segundo Mota, durante o período de 1933 e 1938, as relações comerciais entre Brasil e Alemanha se haviam expandido, ficando o governo politicamente dividido <sup>190</sup>. No plano interno, o governo constitucional de 1934 havia sido substituído pelo Estado Novo, consolidando o regime autoritário o advento da Constituição de 1937, idealizada pelo político e jurista Francisco Campos, Ministro de Vargas <sup>191</sup>. Prevaleceu nesse período um pensamento utilizado para justificar o Estado novo: “não havia naquele

---

<sup>188</sup> Cf. SCHWARCZ, 1993.

<sup>189</sup> Cf. BOMENY, Helena Maria Bousquet; COSTA, Vanda Maria Ribeiro; SCHWARTZMAN, Simon. **Tempos de Capanema**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

<sup>190</sup> MOTA, Carolina. Brazil under Vargas: a análise jurídica de Karl Loewenstein sobre o regime de 1937. In: MOTA, Carlos Guilherme. SALINAS, Natasha Schimitt Caccia (Coord). **Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro** (1930-dias atuais). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293-324. Ver a participação de Osvaldo Aranha na condução da aliança com os países aliados.

<sup>191</sup> Mota cita a análise de Thomas Skidmore, para quem Getúlio tomou de empréstimo tanto o fascismo europeu, ao descartar a democracia eleitoral, quanto o *New Deal* americano, pela consolidação de uma tecnocracia, que foi utilizada em boa parte para dar suporte à censura e à repressão política exercida pelo Estado Novo. MOTA, 2010, p. 303.

momento possibilidade de contestação do governo Vargas e da Constituição de 1937, conforme demonstrou a perda da cátedra de juristas como Sampaio Doria, Vicente Rao e Waldemar Ferreira”<sup>192</sup>, então docentes da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, já incorporada à universidade de São Paulo. Seelaender, identificando Francisco Campos como um jurisconsulto adaptável, afirma que “a memória do meio jurídico nacional é um campo do qual se busca exilar, não raro, as diferenças, os fatos incômodos e os posicionamentos críticos”, lembrando que a participação, como ideólogo oficial, de Miguel Reale na Ação Integralista Brasileira – ANL<sup>193</sup>.

Seelaender destaca ainda o mesmo fenômeno, já descrito por Müller no cenário alemão, de encantamento com a proposta de fraternidade humana, de idealismo e coragem que brotavam dos discursos integralistas, e o mesmo silêncio que se segue nas faculdades de Direito quando se encerram os períodos autoritários<sup>194</sup>. Também os já descritos desprezo pela política no modelo liberal, o gosto pela formação de milícias, a preocupação obsessiva com a funcionalidade técnica e com a ideia de evolução social e econômica compõem o cenário brasileiro desse período na descrição de Seelaender.

Esse cenário repete-se durante o governo cívico-militar a partir de 1964, marcado pela perseguição a professores, alunos, pensadores, líderes e a qualquer pessoa que se mostrasse contrária ao regime<sup>195</sup>, simbolizada aqui no desmonte da recém-criada UnB<sup>196</sup>. A referência do governo constitucional como encarnação da desordem (o mesmo fenômeno em relação a Alemanha de Weimar) associou novamente o nome de Francisco Campos às decisões políticas. Esse período teve como consequências o afastamento dos pensadores das universidades públicas, o retrocesso da produção científica e a criação desordenada de faculdades particulares. Nesse contexto, é criado, em 1969, o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), como uma tentativa de manter viva a criação intelectual do País, deslocando a atividade de produção do pensamento das universidades para centros mais

---

<sup>192</sup> MOTA, 2010, p. 307.

<sup>193</sup> Oportuno lembrar também, conforme Machado Segundo, a contribuição de Goffredo Telles Júnior ao publicar, em 1965, o livro “A democracia e o Brasil: uma doutrina para a revolução de março”. Cf. MACHADO SEGUNDO, 2010.

<sup>194</sup> SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Um jurisconsulto adaptável – Francisco Campos (1981-1968). In: MOTA, Carlos Guilherme. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coords.) **Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro** (1930-dias atuais). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255-291.

<sup>195</sup> Sobre o apoio empresarial para luta contra Goulart, ver SEELAENDER, op. cit., p. 263.

<sup>196</sup> Cf. RIBEIRO, Darcy. **Confissões**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, especialmente capítulo 5.

autônomos e menos burocratizados em seu funcionamento <sup>197</sup>. Registrando as resistências, Curi afirma que houve juristas que levantaram questões sobre o papel do Estado e do governo, atuando em defesa de presos políticos e questionando a ilegitimidade do regime militar <sup>198</sup>.

Viotti da Costa registra as intervenções sofridas pelo Poder Judiciário no Brasil durante os dois períodos ditatoriais. Ainda em 1931, foi instituído, por decreto do governo provisório pós-revolução de 30, um tribunal especial para processo e julgamento dos crimes políticos e outros que seriam discriminados na sua lei de criação; outro decreto reduziu o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal de 15 para 11 e estabeleceu regras para abreviar os julgamentos. Vargas aposentou compulsoriamente seis membros do Supremo Tribunal Federal <sup>199</sup>. Na República, foi a primeira remoção de Ministros por ato do Executivo. A partir daí, o Supremo se afastaria da doutrina liberal defendida na primeira República por vários de seus membros e o golpe de Estado em 1937 encontrou uma corte pronta para confirmar os atos ditatoriais, negando vários pedidos de *habeas corpus* <sup>200</sup>.

Nos anos 50 ocorre uma ampla modificação na composição da Corte, alterando seu perfil. Nos vários momentos de golpes que caracterizaram o fim do Estado Novo até o golpe de 64, o STF foi muitas vezes solicitado, quer por Mandado de Segurança, quer por *habeas corpus*, e em todos esses julgados, segundo Viotti da Costa, “o Supremo Tribunal reconheceu o poder dos militares de intervir no sistema político e estabeleceu o princípio da legitimidade revolucionária” <sup>201</sup>. Por fim, durante uma visita do presidente Castelo Branco, o Ministro Ribeiro da Costa saudou o presidente afirmando que a sobrevivência da democracia nos momentos de crise se havia de fazer com o sacrifício transitório de alguns de seus princípios e garantias constitucionais, acusando o governo deposto de ser o responsável pela

---

<sup>197</sup> Cf. SORJ, Bernardo. **A construção intelectual do Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Essa instituição era formada, inicialmente, por pessoas perseguidas pelo regime militar que juntaram seus conhecimentos (econômico, administrativo, sociológico, jurídico, antropológico, filosófico...) para estudar a realidade social brasileira e para lutar pela democratização do Brasil. Porém, conquistada a democracia, esses cientistas sociais tiveram um sentimento de perda da função social, fazendo o CEBRAP passar por um processo de esvaziamento intelectual, colocando a ciência social brasileira frente a um enorme desafio de atualização intelectual e de reorganização institucional que a leve novamente a produzir cientistas atualizados com o mundo e capazes, ao mesmo tempo, de pensar a sociedade brasileira. Há muitas referências aos “Cadernos CEBRAP” e aos “Novos Cadernos CEBRAP” nos estudos jurídicos econômicos de Eros Grau. Cf. GRAU, 1991, *passim*.

<sup>198</sup> CURI, Isadora Volpato. Juristas e o regime militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB. In: MOTA, Carlos Guilherme. SALINAS, Natasha Schimitt Caccia (Coord). **Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro** (1930-dias atuais). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 386-423.

<sup>199</sup> VIOTTI DA COSTA, Emília. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2006, p. 70

<sup>200</sup> VIOTTI DA COSTA, 2006, p. 90-91.

<sup>201</sup> VIOTTI DA COSTA, 2006, p. 137. Para o perfil dos Ministros que compuseram o Supremo nos anos 50 e 60, p. 143 e ss.



situação em que se encontrava o país <sup>202</sup>. Somente depois dos primeiros anos do golpe de 64, o Judiciário compreendeu a gravidade da situação: novamente houve aposentadoria compulsória de Ministros, privação de competência e redução do número de Ministros <sup>203</sup>.

De qualquer forma, as projeções mais silenciosas das teorias raciais e do autoritarismo são aquelas mais difíceis de superar. A construção de uma identidade nacional em condições de defasagem com relação às civilizações “evoluídas” impregnou nossas instituições, em especial aquelas ligadas à manutenção da ordem social: o arcabouço legal, as instituições de repressão – o exército e em especial a polícia – e o próprio funcionamento do Poder Judiciário.

#### **2.2.4 O problema da atuação do Judiciário sob a perspectiva das teorias do Direito**

As discussões sobre atuação do Poder Judiciário podem ser analisadas sob a perspectiva das teorias do Direito, compreendendo que a atividade de julgar, como prática profissional pressupõe uma concepção do que é o Direito. Na maioria das abordagens, as teorias do Direito são apresentadas polarizadas em termos de oposição entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico <sup>204</sup>.

O jusnaturalismo já foi referido como a escola de pensamento jurídico que afirma a necessidade de um fundamento metafísico para o Direito <sup>205</sup>. Também já foi dito que o mais correto é falar em jusnaturalismos, no plural. Em termos de pensamento jurídico, o positivismo jurídico é identificado como o movimento que dominou a cultura jurídica no século XX, originário das ideias de John Austin (1790-1859) e atribuído especialmente a Hans Kelsen (1888-1973). Também melhor seria referir aos positivismos, no plural.

Já foram referidas as observações de Machado Segundo quanto as principais críticas formuladas ao jusnaturalismo, ou seja, a acientificidade, a insegurança e a incerteza, bem como a possibilidade de tornar-se fundamento para governos ditatoriais. Por sua vez, os

---

<sup>202</sup> VIOTTI DA COSTA, 2006, p. 161.

<sup>203</sup> Cf. SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A história não contada do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, para uma análise pormenorizada do Supremo Tribunal Federal e a apreciação dos casos de violação de direitos para a tentativa de manutenção do regime militar no Brasil.

<sup>204</sup> A inserção desse item justifica-se na medida em que, sem uma reflexão e uma definição sobre o que se entende como o fundamento do Direito, a atividade de julgar restaria alienada, aleatória, e seria uma realização absurdamente temerária. Por outro lado, a bipolaridade do tratamento doutrinário decorre, provavelmente, do hábito de raciocinar em dístico, em termos oposicionais (bom/mal, justo/injusto, certo/errado, e assim por diante), que encontra-se superada hoje em termos epistemológicos.

<sup>205</sup> Adota-se o conceito tradicional para o sentido de “metafísico”, como aquilo que não podem ser apreendidos pelos sentidos, situados além do mundo físico.

críticos do positivismo jurídico, alinhados resumidamente nas escolas do realismo jurídico e do jusnaturalismo, sustentam, como a crítica mais vigorosamente repetida, o argumento de que o positivismo ofereceu o suporte teórico jurídico necessário à conformação dos Estados Totalitários, pelo princípio da obediência incondicional à lei do Estado. Curiosa coincidência de argumentos.

Na busca dos fundamentos do Direito, Machado Segundo sistematiza os fundamentos do ordenamento jurídico em termos metafísicos, bem como os fundamentos do ordenamento jurídico para o positivismo e o pós-positivismo. Sobre o pós-positivismo serão feitas observações no próximo item. Neste item será mantida a polarização jusnaturalismo e juspositivismo, na tentativa de alcançar “uma solução possível”<sup>206</sup>.

Assim, o jusnaturalismo é definido de forma sumária como a escola de pensamento jurídico que recorre ao direito natural para fundamentar o direito posto<sup>207</sup>. Sendo um conceito há muito elaborado e reelaborado, é utilizado em muitos contextos semânticos, embora possa ser referido por um elemento comum, qual seja, a existência de um modelo normativo pressuposto ao direito posto (positivo). Essa ideia de um direito pressuposto persiste em concepções contemporâneas do jusnaturalismo, porém com a superação da ideia de permanência ou imutabilidade desse direito pressuposto:

Não é necessário, insista-se, para caracterizar uma corrente como jusnaturalista, que o modelo daquilo *que o direito deve ser* seja eterno, imutável e invariável, existindo como realidade independente do homem. Basta que se trate de um modelo normativo pressuposto, idealizado e distinto do direito posto, a servir-lhe de fundamento e parâmetro de correção<sup>208</sup>.

É possível questionar por que a ideia de um direito pressuposto, na forma de afirmação de um direito natural, insiste em reaparecer. Kelsen sugere uma explicação, ao reconhecer a dificuldade de pensar uma teoria sem uma ideologia:

Contudo, eliminar uma ideologia legitimadora é extremamente difícil, não apenas por motivos epistemológicos, mas também por motivos políticos; um anseio por uma fundamentação absoluta da ordem social conhecida é tão poderoso, que mesmo a chamada teoria jurídica e política positivista dos séculos XIX e XX nunca renunciou completamente a ela, estando, portanto, às vezes completamente

---

<sup>206</sup> Cf. MACHADO SEGUNDO, 2010.

<sup>207</sup> Kelsen diz do jusnaturalismo que, enquanto doutrina, ele “sustenta que há um ordenamento de relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus”. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12. Como se vê, a ideia do direito natural como fundamento do Direito varia ao longo de suas várias escolas.

<sup>208</sup> MACHADO SEGUNDO, 2010, p.27.

impregnada, embora de maneira não confessada, por elementos jusnaturalistas. Na época em que se pensava que o positivismo havia derrotado a especulação jusnaturalista, na segunda década do século XX, foi deliberadamente inaugurado um movimento jusnaturalista<sup>209</sup>.

Kelsen, afirmando que se trata da busca de uma fundamentação absoluta não somente para o Direito, mas para a própria ordem social conhecida, acrescenta que esse movimento coincidiu com um renascimento do sentimento religioso, como que respondendo a um eterno movimento ondulatório do espírito humano,

... que o leva da auto-humilhação ou auto-exaltação à eliminação do eu, do pessimismo ou do otimismo ao ideal da objetividade, da metafísica à crítica do conhecimento e de volta, parece ter sido acelerado pela experiência avassaladora da Grande Guerra. Assim, uma filosofia antimetafísica, científico-crítica, que tem a objetividade como ideal, como é o caso do positivismo jurídico, parece prosperar apenas em tempos relativamente calmos, em períodos de equilíbrio social. Os fundamentos sociais e, com eles, a autoconfiança do indivíduo foram profundamente abalsados em nossa época. A maioria dos valores até então tido como certos são questionados. O conflito entre grupo de interesses foi tremendamente intensificado e, com isso, a luta por uma nova ordem está em andamento. Em tais épocas, manifesta-se uma necessidade intensificada de uma justificação absoluta dos postulados propostos na luta<sup>210</sup>.

É tempo de renascimento da metafísica e desse modo, da teoria do Direito Natural. Kelsen assim termina:

Nesse momento da nossa história intelectual, o presente ensaio tenta explorar os fundamentos da teoria do direito natural e do positivismo. Terá obtido sucesso se houver conseguido demonstrar que o contraste entre essas duas tendências elementares da ciência jurídica está enraizado nas profundezas últimas da filosofia e da personalidade, o que implica um conflito interminável<sup>211</sup>.

Esse trecho impõe reflexões, dentre outras, sobre as possibilidades e os limites de uma teoria. O positivismo jurídico enfrenta no pensamento jurídico brasileiro uma resistência notável, em oposição a outras teorias que são facilmente disseminadas, como aquela denominada pós-positivista. Mas, concordando com a última frase de Kelsen acima citada, afinal o contraste poderá ser sempre reduzido à oposição jusnaturalismo versus juspositivismo. Há muitas possibilidades e limites para o positivismo, na busca de uma teoria que seja coerente com as propostas de controle das intervenções do Estado no exercício do poder e da atuação do Judiciário no exercício da atividade jurisdicional.

Segundo Adeodato, a objeção mais comum ao positivismo é que ele considera o direito autorreferente, isto é, a crítica é uma “recusa a normas que valeriam *de per si*,

<sup>209</sup> KELSEN, 2000, p. 636.

<sup>210</sup> KELSEN, 2000, p. 636-7.

<sup>211</sup> KELSEN, 2000, p. 637.

independentemente e acima do pacto jurídico-político ‘originário’, no sentido da tradição da teoria do Estado e da Constituição. Este o esvaziamento do conteúdo axiológico, esta a formalização”<sup>212</sup>. E prossegue:

Nesse sentido, o positivismo legitimaria todo e qualquer conteúdo ético para o direito positivo. É aqui que parece ingenuamente equiparar perspectivas positivista a posições políticas antidemocráticas, muito pelo contrário. A perspectiva positivista, ao menos em seu viés filosófico, não causa nem avalia esse estado de coisas, simplesmente procura compreendê-lo e explica-lo<sup>213</sup>.

Para Machado Segundo, “o que importa para que o estudo seja considerado positivista, é que, quer atente para os fatos (positivismo sociológico) ou para as normas (positivismo normativo), recuse-se a considerar os fins do direito, pois estes não podem ser apreendidos pelos sentidos”<sup>214</sup>. Dimoulis interroga-se a esse respeito sob a pergunta “o positivismo jurídico legitima o direito positivo?”, cuja resposta, para Machado Segundo, seria sim, pois ao se negar a discutir os fins do Direito, o positivismo deixaria o direito disponível para qualquer fim. O que ocorre é que, como qualquer técnica ou ferramenta humana, o Direito só poderia ser definido pelos seus fins: “da mesma forma como uma mesa só pode ser definida a partir de sua finalidade (...) o Direito só poderá ser definido, como qualquer outra obra humana, por seus fins”<sup>215</sup>. Na verdade, Dimoulis questiona se uma teoria do direito deveria ter por função conferir legitimidade ao direito posto. Partindo da afirmação de que uma teoria formalista não objetiva justificar/legitimar o direito positivo e que uma teoria sobre a validade do direito não poderia, por impossibilidade funcional, impor um regime político, Dimoulis reconstitui a ideia do corte epistemológico kelseniano ao interromper a inferência, tantas vezes feitas, de que a afirmação da validade formal de um dispositivo normativo signifique (ou leve a) sua aceitação como legítimo<sup>216</sup>. A questão, de fato, é epistemológica, na indagação de qual a função de uma teoria *do Direito*: se é ter caráter meramente descrito ou se, além de descritiva, deve a teoria ser, em si, um modelo normativo, prescritivo. Essa perspectiva será retomada na discussão da proposta da antropologia jurídica, na afirmação de que o Direito é uma técnica humanizadora da técnica, no próximo capítulo.

---

<sup>212</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica** – para uma teoria dogmática da justiça. 3 ed., rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 282.

<sup>213</sup> ADEODATO, 2007, p. 283.

<sup>214</sup> MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 39.

<sup>215</sup> MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 43.

<sup>216</sup> DIMOULIS, 2006, p. 258.

A posição de Dimoulis parece ter coerência com a sua explicação para o fenômeno da identificação do positivismo jurídico com o regime totalitário alemão. Para ele, a afirmação de que o juspositivismo ofereceu cobertura teórica a um regime criminoso traduz o espírito dos juristas alemães no período de desorientação política após a queda do regime nazista. A maioria desses juristas estava à procura de uma teoria do direito que pudesse condenar a barbárie e evitar sua repetição e, principalmente, livrar sua própria culpa, como será visto a seguir a partir das leituras de Maus. A esse raciocínio reducionista nominou-se *reductio ad Hitlerum*: “quando se pretende rejeitar uma teoria ou visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista, ou pelo menos, que correspondia à ideologia nazista (...) um artifício retórico que objetiva desqualificar os adversários sem análise de sua substância”<sup>217</sup>.

Sob a perspectiva da psicanálise, Maus vai trabalhar a proposta de compreensão do Judiciário como superego da sociedade e examinar o papel que a jurisdição passa a desempenhar em uma “sociedade órfã de pai”, em uma referência à passagem das monarquias às repúblicas de soberania popular. Citando o hábito americano de biografar seus juízes como grandes personalidades que fizeram a História da Constituição (“*prophets*”, “*olympians of the Law*”), criando a sensação de existir realmente um pressuposto para decisões sensatas e justas, Maus se refere ao mesmo processo de “entronamento” dos juízes na Alemanha após 1900. Para a perda do monarca – símbolo da unidade do povo – oferecem-se os direitos fundamentais e a Constituição e seus intérpretes – os juízes. Os Tribunais convertem-se então em censor do legislador e torna-se recorrente a chamada a princípios supra positivos para justificar a ampliação de suas competências. A ascensão do Judiciário à última instância da consciência social traz consigo outro fenômeno preocupante: as leis, a despeito de suas respectivas densidades regulatórias, são reconhecidas apenas como predições altamente improváveis e como premissas da atividade decisória judicial. Trata-se na verdade do problema da desformalização do Direito, com o objetivo de desarticular a própria noção de Estado de Direito:

Na realidade, aqui, a relação lógica entre vinculação legal e independência do judiciário é evidenciada precisamente em sua completa destruição. Somente uma justiça que não pode mais deduzir a legitimação de suas decisões a partir da lei em

---

<sup>217</sup> DIMOULIS, 2006, p. 260.

vigor é que se torna absolutamente dependente das necessidades políticas e situacionais e degenera-se em apêndice do aparelho administrativo<sup>218</sup>.

Maus faz muitas vezes referência ao “terror judicial” do sistema Nazista, ao mencionar várias vezes as “Cartas aos Juizes”, editadas pelo Ministério da Justiça do Reich a partir de 1942, como documento de registro da transformação funcional do Judiciário, que teria sido impossível sem a desformalização do Direito. Para Maus, é insustentável a tese de que o positivismo jurídico teria sido uma posição dominante como metodologia de aplicação do Direito no séc. XX. Isso porque a questão da legitimidade está na origem da lei no processo democrático. Maus denuncia o que foi, no processo decisional antipositivista durante o regime nazista alemão, um critério de legitimação autorreferencial (portanto não democrático). No nacional-socialismo alemão (nazismo), eliminou-se radicalmente o positivismo jurídico, e a Justiça foi sincronizada com o modo de pensar nazista por meio das cláusulas gerais e métodos jurídicos, como a interpretação teleológica: a tarefa diária da justiça era discriminar os casos legalmente equiparados de acordo com uma avaliação política específica para cada acusado.

Outro teórico positivista mais contemporâneo, N. MacCormick, afirma que a compreensão do fenômeno jurídico pela teoria juspositivista não autoriza o descarte de discussões sobre valor, princípios, argumentação e interpretação do Direito. Para MacCormick,

Não há, porém, nada de antipositivista em dizer que a lei não é isenta de valores. Ninguém em pleno uso das faculdades mentais – e há pelo menos alguns positivistas em pleno uso das faculdades mentais – jamais sugeriu ou sugeriria que a própria lei seja isenta de valores. Se os seres humanos não valorizassem a ordem na vida social, não teriam leis de nenhuma espécie. E cada sistema jurídico encarna não apenas uma forma de ordem social, mas aquela forma de ordem que é especificamente valorizada por quem detém o controle dos processos legislativos, executivo e judiciário – ou no mínimo ela é uma colcha de retalhos dos valores rivais preferidos pelos vários grupos que participam desses processos. O sentido de ser positivista não é o de negar verdades óbvias dessa natureza. O sentido consiste, sim, na afirmação de que não se precisa sob nenhum enfoque compartilhar ou endossar esses valores no todo ou em parte para saber que a lei existe ou qual lei existe<sup>219</sup>.

Quanto a Kelsen, foi um pensador comprometido com a coerência de suas teses. Formulou uma teoria formal sobre a validade do direito e como cidadão defendeu posições políticas democráticas e liberais. Para Coelho, “embora Kelsen seja consciencioso no respeito aos limites do que se pode esperar do conhecimento científico”, ainda assim “representa

---

<sup>218</sup> MAUS, 2010, p. 34.

<sup>219</sup> MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 305.

inegavelmente a crença na possibilidade de construção de um conhecimento rigoroso, confiável e verdadeiro acerca dos conteúdos das normas jurídicas”<sup>220</sup>. Quanto à acusação de que o positivismo permite legitimar normas jurídicas de qualquer conteúdo, para Dimoulis, em relação a Kelsen, tal acusação se baseia em uma verdadeira inversão teórica<sup>221</sup>, uma vez que o compromisso da teoria “pura” é excluir as ideologias da atividade de legitimação do direito, devendo o jurista pressupor a validade da Constituição.

De tudo o que foi examinado até agora, conclui-se que é preciso sempre revisitar seja a proposta do positivismo jurídico, seja a proposta do jusnaturalismo, enquanto teorias do Direito. As duas teorias têm aportes significativos diante de controvérsias complexas como as que envolvem a biopolítica. Trata-se de teorias explicativas do fenômeno jurídico que concorrem, há décadas, entre si, para ser aquela que melhor cumpra a função de dotar de sentido os sistemas jurídicos que se estabeleceram na modernidade, dando suporte e fundamento para os mecanismos e dispositivos de atuação do Estado. Mas parece também não ser esse apenas seu fim: as teorias não são descrições, mas possuem valor normativo e força de orientação. Diante do aparente consenso de que há um fundamento para o ordenamento jurídico e que o Direito contribui de forma ativa com o resgate, principalmente, das noções de Justiça e verdade, consideradas com algo “intersubjetivamente aceito, de forma consensual e provisória”, conforme Machado Segundo, três seriam os elos de construção desse consenso: a liberdade, a igualdade e a democracia, sendo a promoção desses valores indispensável à adequada fundamentação da ordem jurídica<sup>222</sup>.

Habermas, por sua vez, propõe a ideia de sistema dos direitos como uma possibilidade de explicitar os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna se apoiam quando pretendem legitimidade, sem apelar para motivos de ordem religiosa ou metafísica<sup>223</sup>. Maus, entretanto, acusa a teoria do sistema de ter um precário conteúdo da realidade, fazendo desaparecer o sujeito jurídico na autonomia do sistema<sup>224</sup>. De resto, se a teoria sistêmica, referida por muitos autores no Brasil, apresenta potencial para superar o abismo dos fundamentos do Direito, que estariam no sistema econômico e no

---

<sup>220</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4 ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65.

<sup>221</sup> DIMOULIS, 2006, *passim*.

<sup>222</sup> Cf. MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 123. Para um aprofundamento no tema, sobre uma solução possível, ver pp. 125-192.

<sup>223</sup> HABERMAS, 1997, p. 169.

<sup>224</sup> Cf. MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política** – teoria da Democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 254-255.

político, é questão que diz respeito diretamente ao processo de seleção e formação de magistrados, que é também questão central no que se refere à atuação do Judiciário.

### ***2.2.5 Para pensar o Brasil hoje: a perspectiva do Estado liberal securitário, neoconstitucionalismo e pós-positivismo.***

Contemporaneamente, seja com referência ao modelo teórico ou à experiência histórica, o Estado liberal não encontra meios de apresentar-se sem a consideração da presença do Estado como ente regulamentador e aparelho de suporte para a vida humana em coletividade <sup>225</sup>. Considerando que o modelo “Estado social de Direito” corresponde a uma experiência europeia <sup>226</sup>, e considerando, ademais, o conteúdo disposto na Constituição Federal de 1988 nos dispositivos relativos à ordem econômica e à ordem social, será examinada a proposta de compreensão do modelo de Estado liberal securitário, no qual se constrói uma ampla rede de assistência, em especial previdenciária, no sentido de promover, por meio de programas de governo, um suporte para a manutenção dos indivíduos dentro do sistema econômico. Nessa proposta, a condição de cidadão confunde-se com a condição de consumidor <sup>227</sup>. No Estado securitário não há incentivo às formas associativas de organização social, de caráter coletivo, como deve ocorrer no Estado social, fomentando práticas comunitárias. No Estado securitário, o indivíduo é amparado, esvaziando a ideia de lutas e conquistas de direitos, contribuindo para o isolamento social. Embora não se possa falar de uma atuação do Judiciário específica nesse modelo de Estado, serão analisadas aqui as propostas do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, por entender-se que os três conceitos são parte de um cenário contemporâneo, especialmente no contexto atual do Brasil, ao lado da concepção do Brasil como Estado social, já referida.

---

<sup>225</sup> Segundo Streck, aumenta o consenso entre os economistas no sentido de que o “resgate” do sistema bancário – o campo econômico diretamente afetado pela atual crise – passaria inevitavelmente por políticas de estatização. Cf. STRECK, 2011, p. 25. Conferir especialmente o capítulo I.

<sup>226</sup> O Estado Social de Direito é caracterizado por Verdú como sendo uma feliz expressão que designa uma realidade identificada na incorporação dos direitos sociais às Constituições europeias que se caracterizam por serem postulados inseridos em Constituições rígidas, que condicionam, enquanto direito imediatamente vigente, a legislação, a Administração e a prestação jurisdicional (art. 3º da Lei Fundamental de Bonn), e que estão salvaguardados pelos Tribunais Constitucionais. Os direitos sociais veem reforçado o seu valor mediante garantias jurídicas claras e seguras, e a segurança jurídica equivale à segurança social. Cf. VERDÚ, 2007, p. 79. Mesmo considerando que a afirmação data dos anos 50 do século passado, antes do advento da CF/88 no Brasil, considera-se mais adequado pensar o Brasil pós-88 não em termo de Estado social, mas em termo de Estado liberal securitário, como adiante se verá.

<sup>227</sup> Cf. SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 15 ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. Para o autor, nessa proposta de crescimento econômico, forma-se uma classe média sequiosa de bens materiais, a começar pela propriedade, e mais apegada ao consumo que à cidadania.



O Estado liberal securitário não é exatamente o Estado intervencionista que emerge no início do século XX. De fato, diante da fobia do Estado que se instalou após o desfecho da II Guerra, surgiu a proposta de adjetivar o Estado como “Estado de bem-estar social”, em decorrência da influência das teorias de J. M. Keynes. Em razão dos níveis crescentes de desemprego e do baixo crescimento produtivo na Europa em decorrência de duas grandes guerras em uma única metade de século, o que se propõe é a substituição da política de autorregulação do mercado pela política de pleno emprego, atribuindo importância central do Estado no planejamento racional das atividades econômicas. É uma espécie de teoria alternativa à economia de livre mercado, com o objetivo de salvar o capitalismo da crise, buscando estabelecer um equilíbrio entre renda, consumo e poupança. Trata-se de uma proposta de superação das crises cíclicas do capitalismo pelo crescimento e manutenção do emprego e incremento de gastos públicos com políticas sociais adequadas. A ideia está presente seja como um novo pacto social entre empresariado, trabalhadores e Estado, sem o qual não se superariam as crises nacionais, seja na política internacional, identificada nos acordos da Conferência de Bretton Woods <sup>228</sup>. Ressalte-se que, em oposição à ideia de crises cíclicas do capitalismo, Mészáros parte da ideia de crise estrutural do sistema do capital <sup>229</sup> e considera que para a viabilidade do sistema do capital é preciso impor sobre a sociedade uma lógica expansionista cruel e irracional, independente do caráter devastador de suas consequências. As restrições racionais adotadas, como o keynesianismo e o Estado intervencionista do tipo soviético, conseguiram somente a “hibridização” do sistema do capital comparado à sua forma econômica clássica, sem soluções estruturais viáveis, uma vez que apenas contradiziam, sem excluir, suas mais profundas determinações como um sistema expansionista incontrolável.

A gênese do Estado securitário, por sua vez, situa-se na emergência do Estado moderno, superada a fase de luta do Estado para estabelecer-se frente ao poder da Igreja medieval, à nobreza e aos poderes locais exercidos pelas cidades medievais <sup>230</sup>. Segundo CrevelD, passada essa fase, assegurado o triunfo do Estado como instrumento na escalada política da burguesia, o mundo moderno fornece os elementos contextuais para que o Estado

---

<sup>228</sup> Cf. MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**: os tratados que desenharam o planeta. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2012, especialmente p. 241 e ss.

<sup>229</sup> MÉSZÁROS, István. A crise estrutural do capital, disponível em <[http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/04/out4\\_02.pdf](http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/04/out4_02.pdf)>, acesso em 18.jul.2013.

<sup>230</sup> Esse modelo de análise foi tomado de CREVELD, Martin Van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

dominasse a sociedade civil. O século XIX é o tempo de sentir os efeitos da revolução industrial e suas estradas de ferro: o advento de uma sociedade de massas. A preocupação da fase anterior de assegurar proteção contra o inimigo externo por meio da fortificação das fronteiras com a presença de um exército profissional é substituída pela preocupação com a segurança interna e a proteção da propriedade. O mais importante era garantir que a faina diária estivesse sob controle:

Garantir que a faina diária estivesse de fato sob seu controle e, na medida do possível, a seu serviço era a meta de todos os Estados pós-1789, tanto na Europa quanto, cada vez mais, em outros continentes, sendo a política e o aparato carcerário, o sistema educacional e os serviços de previdência social os meios mais importantes para esse propósito <sup>231</sup>.

O comportamento das camadas populares, que até então era considerado apenas como lamentável do ponto de vista moral, passou a ser considerado um risco, em especial com crescimento das cidades industriais. Inicia-se o controle das condições de trabalho e das condições de higiene e saúde da população. O próprio termo “população” remete à ideia de controle estatístico de pessoas. A burocracia estruturada com o Estado moderno não só pressupõe, para funcionar, de informações e registros, como também é capaz de produzi-las. O controle da população é também o controle da riqueza situada em um território (a maior utilidade da estatística era a tributação). De posse dessas informações, o Estado controla/ampara os indivíduos, por meio de regulamentação das condições de trabalho, de um sistema educacional amplo (para todos), no qual inclusive exerce o controle da saúde coletiva e da alimentação da população. É a era do grande governo como ideal.

No mesmo sentido, para Fleiner-Gerster, a intervenção estatal tem como objetivo manter a estabilidade do sistema econômico, estabelecendo uma autêntica economia de concorrência. Assim,

Visto que, em última instância, somente os homens são e aptos ao trabalho podem participar ativamente da concorrência, o Estado deve pois se ocupar de todos os que não estão aptos a concorrer por razões de saúde ou de idade. É a partir dessa ótica que o sistema de prestações da previdência social se justifica em seu todo como uma externalidade fornecida pelo Estado a título de compensação <sup>232</sup>.

Se antes a ajuda social se limitava aos pobres, o Estado estendeu consideravelmente a sua assistência: “o antigo Estado defensivo ou ofensivo deu lugar a um Estado de seguridade social que criou as bases legais e institucionais indispensáveis para a

---

<sup>231</sup> CREVELD, 2004, p. 293.

<sup>232</sup> FLEINER-GERSTER, 2006, p. 585.

realização de uma comunidade financeira de solidariedade”<sup>233</sup>. Essa rede de interdependência entre Estado e Sociedade é um lugar privilegiado para as práticas de biopolítica.

Assim, mesmo considerando a insuficiência das medidas de salvação do capitalismo no modelo intervencionista, e analisando sob a perspectiva da biopolítica, o acréscimo da palavra “securitário” ao adjetivo “liberal” passa a identificar o Estado cujo objetivo é evitar a morte e de fazer viver, tudo sob rigoroso controle. Esse Estado securitário, que se propõe há séculos, encontra um modelo de liberalismo econômico na modernidade, constituindo o Estado liberal securitário contemporâneo. O Estado é encarregado de:

Cuidar da vida completa da população, a começar pela infância, por meio de políticas de inclusão educacionais e nutricionais; em seguida, são criadas políticas de empregabilidade e de seguro-desemprego, de qualificação profissional e de previdência social em vistas da majoração da qualidade de vida dos indivíduos; ser-lhes-á garantido o acesso à moradia, ao lazer e à cultura; será priorizadas ainda a implementação de planos de saúde governamentais, políticas estatais e privadas de aposentadoria que visem assegurar a longevidade saudável e manutenção dos padrões de vida e de consumo dos indivíduos, posteriormente à sua vida economicamente produtiva<sup>234</sup>.

É possível afirmar que há uma busca em manter todos inseridos no sistema produção-consumo, para que não se tenha pessoas consideradas supérfluas ao sistema capitalista, sejam produtoras ou consumidoras, uma vez que tal fato foi fundamental para as práticas de segregação e extermínio do século XX, no horror dos campos de concentração. Mesmo que não tenha sido o século XX que inventou dispositivos para proporcionar segurança à coletividade em relação aos seus perigos internos, foi nele que os dispositivos da biopolítica adquiriram novo significado.

Conforme Candioto, são historicamente relevantes três exemplos dispositivos de segurança: a exclusão dos leprosos na Idade Média, em virtude da qual a sociedade é dividida entre aqueles com quem se pode conviver e aqueles que devem ser excluídos mediante um conjunto de leis, regulamentos e rituais religiosos; a quarentena da peste, entre os séculos XVI e XVII, durante a qual um conjunto de indivíduos é isolado em espaço específico e submetido a práticas de vigilância e de controle do tipo disciplinar; e por fim as conhecidas práticas de vacinação e inoculação para o controle da varíola no fim do sec. XVIII, que, à diferença da lepra, que demanda exclusão ou quarentena, supõe a adoção de medidas em relação ao grupo

---

<sup>233</sup> FLEINER-GERSTER, 2006, p. 601.

<sup>234</sup> CANDIOTTO, Cesar. Cuidado da vida e dispositivos de segurança. In: CASTELO BRANCO e VEIGANETO, 2011, p. 91.

identificado como “a população”, a partir de técnicas de governo que visam à regulação estatística da natalidade e da mortalidade, da saúde e da doença etc <sup>235</sup>.

No Brasil, a revolta ou a campanha da vacina, que envolve personagens como Oswaldo Cruz e Carlos Chagas, bem como o cearense Rodolfo Teófilo, são elucidativos desse movimento, bem como os “campos de refugiados”, criados durante o Estado Novo para impedir que os “flagelados” pela seca alcançassem os centros urbanos <sup>236</sup>.

Na mesma perspectiva de supérfluos – ou excedentes – podem ser examinados problemas como o destino dos embriões não implantados nos processos de inseminação artificial, conforme será visto adiante. E é na perspectiva do Estado securitário, que, ao longo do próximo capítulo, são apresentadas as ideias de G. Agamben, em um estudo que abrange tanto o conceito de biopoder e biopolítica, como as manifestações do Judiciário brasileiro no manuseio dos dispositivos da sexualidade.

O Direito, assim como o Estado, considerado esse largo período de grandes transformações, também tomou outra forma de existir. Desde o processo de estatização de suas fontes, o Direito passou a ser a lei. Assim, o problema jurídico herdado do séc. XIX pelo séc. XX serão os problemas da interpretação e da aplicação da lei. Muitos trabalhos foram produzidos sobre a atividade de interpretar (atribuir sentido) que, como se disse, em que pese não ser objeto específico dessa pesquisa, constitui um dos problemas fundamentais do campo jurídico <sup>237</sup>. Para Larenz, a interpretação é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que é problemático, em razão da própria impossibilidade de exatidão da linguagem ou por possível contradição entre normas. Segundo Tavares, a interpretação do Direito é a operação intelectual por meio da qual, a partir da linguagem vertida em disposições (enunciados) com força normativa, o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo, sentido e objetivo desse enunciado, em face de

---

<sup>235</sup> Cf. CANDIOTTO, 2011.

<sup>236</sup> Faço referência à contribuição da prof<sup>a</sup> Fayga Bedê, ao lembrar que os campos de concentração para flagelados da seca não foram uma criação do Estado Novo, que apenas reproduziu, de forma ampliada, a experiência do campo de concentração do Alagadiço, em Fortaleza, para os flagelados da seca, no séc. XV, conforme pesquisa de Kênia Rios sobre os campos de concentração no Ceará. E de fato, há vários registros de retenção de pessoas nos arredores da cidade de Fortaleza durante as epidemias de varíola que assolaram o Ceará ainda no século XIX, sendo bastante citado o episódio que ficou referido na história do Ceará como o dia dos mil mortos. Cf. SOUZA, Simone. **Uma Nova História do Ceará**. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2000.

<sup>237</sup> Cf. por todos, LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 375-441.

um caso concreto (real ou hipotético) <sup>238</sup>. Para completar a análise do Estado liberal securitário, considerado como um projeto contemporâneo no Brasil, são focados os estudos da atividade de interpretação do Direito inseridos nas propostas de afirmação de um pós-positivismo e um neoconstitucionalismo. Embora já se façam revisões quanto a esses dois últimos conceitos na literatura jurídica, a agenda de pesquisas acadêmicas no Brasil dos últimos 25 anos certamente pautou esses conceitos como prioritários em termos de categoria de análise do fenômeno jurídico <sup>239</sup>.

O neoconstitucionalismo, referido como um *triumfo tardio* no direito constitucional brasileiro, é expressão que condensa a necessidade de superar a fase declaratória de direitos sediados em um texto constitucional para concretizar a ideia da força normativa da Constituição e buscar a efetividade material dos direitos fundamentais. Propõe uma nova hermenêutica e a utilização das teorias argumentativas como ferramentas para operar princípios e regras, bem como a construção de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob o fundamento da dignidade da pessoa humana <sup>240</sup>. Barroso, apresentando os três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo (o histórico: as Constituições do segundo pós-guerra do sec. XX no ocidente; o filosófico: o pós-positivismo, um rótulo genérico para um conjunto difuso de ideias de superação dos modelos puros de jusnaturalismo e juspositivismo, que procura uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas; e os teóricos: a força normativa da Constituição, com a expansão da jurisdição constitucional e uma nova dogmática de interpretação constitucional), o define como o conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, consequência da confluência desses três marcos fundamentais. Para Streck, o neoconstitucionalismo, “nos moldes em que se apresenta, apenas representa uma superação do paleojuspositivismo ou, quando pretende ir além, fragiliza a autonomia do direito mediante a aposta no judicialismo” <sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Cf. TAVARES, 2010, p. 100-112 (sobre Hermenêutica constitucional) e 113-124 (sobre aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais).

<sup>239</sup> Cf. LOIS, Cecília Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. In: **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 52, p. 257-278, jul.2006.

<sup>240</sup> Cf. BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Opinião Jurídica**: Revista do curso de Direito da Unichristus, Fortaleza, ano III, n. 06, 2005, p. 211-252 Disponível em: <[http://www.fchristus.com.br/index.php?option=com\\_flippingbook&view=book&id=37:revista-opinio-juridica-nd-3&catid=3:revista-opinio-juridica](http://www.fchristus.com.br/index.php?option=com_flippingbook&view=book&id=37:revista-opinio-juridica-nd-3&catid=3:revista-opinio-juridica)>. Acesso em: 5out.2013.

<sup>241</sup> STRECK, 2011, p. 58.

A chamada nova interpretação constitucional teve como principal objeto a definição dos princípios enquanto espécie normativa, sua função no ordenamento jurídico e a necessidade de efetivá-los, em oposição à existência de regras <sup>242</sup>. Sumariamente, tem por pressupostos a existência de “princípios específicos de interpretação constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida, sobretudo, em função da legislação infraconstitucional, e mais especialmente do direito civil” <sup>243</sup>, e isso porque a norma constitucional, por seu conteúdo aberto, demanda a ponderação de valores. A teoria estruturante de F. Müller contribui na medida em que opera uma distinção entre texto e norma, distinguindo também validade e normatividade: “o que ocorre é a dita distinção de norma e texto normativo e diferenciação teórico-normativa da estrutura normativa no programa normativo e âmbito normativo” <sup>244</sup>. Conforme Pereira, Müller torna a interpretação “um processo de concretização, metodologicamente estruturado, em que atuam outros elementos definidores da normatividade, notadamente as circunstâncias fáticas relacionadas ao caso concreto” <sup>245</sup>.

No campo da aplicação, as teorias argumentativas permitiram a convivência de múltiplas possibilidades interpretativas, levando a diferentes resultados decisivos. Assim, decidir passou a ser um problema de escolha entre alternativas, situação somente possível sob o ponto de vista da lógica informal ou dialética <sup>246</sup>. São, de qualquer forma, ressaltados os parâmetros de controle para evitar o voluntarismo judicial. Inicialmente, a argumentação deve preservar seu caráter jurídico, ou seja, o julgador deve desenvolver argumentações específicas do direito. Assim, segundo Perelman, “a lógica jurídica é uma lógica que deve fornecer boas razões para tomar uma decisão. Razões boas em direito, que variam conforme o sistema” <sup>247</sup>. Ademais, deve haver a possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão e, por fim, o último parâmetro capaz de balizar de alguma forma a argumentação jurídica é desdobrado em “dois conjuntos de princípios: o primeiro, composto de princípios

---

<sup>242</sup> Embora deva ser feito o registro de que o tema da distinção entre regras e princípios e da interpretação especificamente constitucional foi explorado precocemente no Brasil por Guerra Filho (cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989), a referência para construção desse item será a contribuição de Luís Roberto Barroso, pela repercussão de suas ideias especialmente junto aos cursos de graduação em Direito no Brasil nos últimos anos.

<sup>243</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 347.

<sup>244</sup> Cf. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 189.

<sup>245</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosofia e constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.166.

<sup>246</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>247</sup> PERELMAN, 1999, p. 527.

instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional”<sup>248</sup>.

O pós-positivismo, por sua vez, decorre da “superção histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo”<sup>249</sup>, constituído por um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Machado Segundo também faz referência à ideia do pós-positivismo como “uma corrente que consistiria em uma superação dialética entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico”, surgida com o segundo pós-guerra<sup>250</sup>. Tal superação dialética, completa, consiste basicamente no reconhecimento da positividade de princípios jurídicos, que permitem ao intérprete e aplicador tomar decisões com base em valores, devidamente positivados na ordem jurídica<sup>251</sup>.

Dimoulis sustenta a impropriedade dos termos neoconstitucionalismo e pós-positivismo. O primeiro por não se referir a algo novo, mas por ser uma aproximação com o moralismo jurídico; o segundo por não se referir a nada mais que uma sucessão cronológica (também equivocada), sendo na verdade uma retomada da visão idealista do direito<sup>252</sup>. Machado Segundo, porém, lembra que o acréscimo de um prefixo para identificar uma corrente de pensamento que não se alinha exatamente ao que lhe antecede cronologicamente é recurso comum em muitas áreas do saber (como a pós- metafísica e o pós-humanismo, referidos por Habermas, ou mesmo a proposta do pós-moderno de Lyotard<sup>253</sup>), sem que isso desqualifique os termos propostos. Para Machado Segundo, embora seja difícil sistematizar as características peculiares de qualquer escola de pensamento, o pós-positivismo se identificaria na afirmação de ser a norma um *sentido* de um ato de linguagem, necessariamente determinada pelo intérprete, que completa o trabalho iniciado pelo legislador, sendo que nesse caminho de aplicação o intérprete considera, além das peculiaridades do caso concreto, os

<sup>248</sup> BARROSO, 2009, p. 367.

<sup>249</sup> BARROSO, 2009, p. 351.

<sup>250</sup> MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 59.

<sup>251</sup> Essa referência é uma das causas das muitas confusões advindas da distinção princípios e regras. Não há como afirmar que existam leis sem valores, ou seja, não há regras sem valores que as suportem. Esse, portanto não poderia ser um critério válido de distinção.

<sup>252</sup> Cf. DIMOULIS, 2006, p. 45-63.

<sup>253</sup> Cf. sobre essa relação, MACHADO SEGUNDO, 2010, p.63-70. Cf. também LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988. No limite do paroxismo, pode-se inclusive citar a proposta do pós-humano, categoria de análise para os estudos da realidade virtual, da protética e da nanotecnologia e da manipulação genética e vida artificial. Cf. SANTELLA, Lúcia. **Culturas e artes do pós-humano**: da cultura das mídias à cibercultura. São Paulo: Paulus, 2003.

princípios aplicáveis em face do caso concreto <sup>254</sup>. Acrescentem-se os critérios específicos para ponderação de princípios. Esse tema será retomado no último capítulo, considerado como um problema de medida, na conformidade do pensamento de N. MacCormick.

Ressaltando que se trata de um termo utilizado especialmente (mas não exclusivamente, conforme Machado Segundo) na doutrina brasileira, os pós-positivistas utilizam como referência o pensamento, especialmente, de R. Dworkin e R. Alexy. Dworkin, de fato, rejeita a abordagem do positivismo jurídico, identificando-se com o (jus) naturalismo <sup>255</sup>. Alexy contribuiu para a noção de direito como um sistema aberto de valores, com possibilidade de conflitos entre as normas, considerando também a imprecisão da linguagem do direito <sup>256</sup>. Pode-se afirmar que ambos são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios e defendem que a decisão jurídica não é controlada apenas pela lei, mas pela valorização moral. De tudo isso resulta a utilização cada vez mais disseminada de conceitos como justiça, verdade, moral, dignidade humana, enquanto valores que impõe o abandono do positivismo jurídico, em uma “exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito” <sup>257</sup>. Assim, pode-se afirmar que, com a disseminação da teoria estruturante do direito, de F. Müller (separando texto e norma), e com a adoção do paradigma da distinção de princípios e regras, do qual certamente derivou o maior volume de pesquisas e produções, entre monografia, dissertações e teses, no Brasil, desde a inauguração da nova ordem constitucional em 1988, a formação dos operadores do direito transformou-se radicalmente, restando, como sugere Barak, considerar que é tempo de um reexame eclético de todas essas teorias e aportes <sup>258</sup>. No Brasil esse movimento parece já ter-se iniciado <sup>259</sup>.

---

<sup>254</sup> MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 61.

<sup>255</sup> DWORKIN, Ronald A. Natural Law revisited. *University of Florida Law Review*, Florida, v. XXXIV, n. 2, 1982.

<sup>256</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

<sup>257</sup> DIMOULIS, 2006, p.52.

<sup>258</sup> “Legal realism, positivism, the natural law movement, the legal process movement, critical legal studies, and the movement to integrate other intellectual disciplines into law have provided new tools for understanding the complexity of the judicial role. I find much truth in all of these approaches. Nonetheless, like the human condition, legal reality is too complex to be adequately captured by any one of these schools of thought. In my opinion it is time for what I call an eclectic reexamination of the various theories about the judicial role”. BARAK, op. cit, 2006, p. XI.

<sup>259</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013; SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n.1 – jan/jul. 2003. GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes** – a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 6 ed. ref. São Paulo: Malheiros, 2013.



### 2.3 Conclusões parciais

Os esforços empreendidos na investigação desses “modelos” de funcionamento do Judiciário têm objetivos. Para estabelecer os limites de atuação do Judiciário e poder propor um pensamento possível para as questões relacionadas à biopolítica e o extremo do controle das condutas humanas, um modelo de Estado de Direito precisa ser formulado, diante do Estado totalitário como a negação do Estado de Direito. Foram examinadas propostas teóricas e modelos de Estado construídos para problemas que se impuseram historicamente. Pelo exposto, pode-se concluir: a) a opção política por um modelo de Estado, considerando todas as variáveis possíveis entre o modelo ideal de Estado liberal e de Estado social, não é mera casualidade, mas é decorrente de uma decisão *política*, estabelecida no campo das disputas de poder e da consequente e permanente legitimação que a opção obtiver, havendo nenhum espaço para que teorias jurídicas precedam esse processo; b) em todo caso, teorias são construídas para dar suporte aos modos de funcionamento do poder; c) a hipótese de que existiriam modelos de funcionamento do Judiciário projetados a partir das teorias liberal e social dos direitos fundamentais é incorreta, pois há uma só proposta de Estado de Direito, baseado no princípio da legalidade; d) a compreensão do que seja o princípio da legalidade não pode desconhecer a opção pelo Estado Constitucional, levando a um reposicionamento do que seja a lei, e, sobretudo, de como interpretá-la e aplicá-la; e) foi com o advento da ideia de Constituição da Sociedade e de uma teoria social dos direitos fundamentais que se desenvolveu o discurso de um novo modelo ou modo de funcionamento do Judiciário, mas o fato de existir uma teoria social dos direitos fundamentais não implica um necessário “reposicionamento do Judiciário” e de seus métodos de trabalho, mesmo em Estados com déficits sociais historicamente sedimentados; e f) da multiplicidade de referências aos “valores do povo”, à “coincidência entre direito e moral” e à “defesa dos interesses canalizados e expressos em lutas políticas de certos grupos sociais”, até a ideia de validade formal da norma jurídica, em um alijamento do elemento moral da teoria do Direito, compõe-se o quadro de possibilidades para viabilizar a construção da argumentação jurídica na realização da tarefa de fundamentar/justificar uma decisão.

### 3 BIOPOLÍTICA

O objetivo desse capítulo é investigar a biopolítica como o conjunto de práticas interventivas do Estado na gestão de aspectos relacionados à natalidade, à sexualidade e à mortalidade dos indivíduos, em uma crescente implicação da vida do homem nos mecanismos do poder, incluídas as decisões judiciais. Fenômenos até então inscritos na ordem do natural, nascer, reproduzir-se e morrer constituem o campo das intervenções biotécnicas. O estudo adota como referencial teórico o pensamento de Hannah Arendt, especificamente no que se refere a uma perspectiva específica sobre o totalitarismo: a eliminação da espontaneidade, da própria personalidade humana, a sujeição total dos indivíduos aos dispositivos de poder. As relações de poder caracterizam-se pela submissão consentida, a capacidade de uns de “conduzir” as ações dos outros, por meio de dispositivos que estabelecem a verdade sobre o humano <sup>260</sup>. Nesse ponto, o pensamento de Arendt encontra as reflexões de Foucault acerca da existência de dispositivos de sexualidade que civilizam o corpo e o desejo e transformam a ação em comportamento. Embora Arendt mantenha o olhar sobre os campos de concentração, e Foucault mire as instituições modernas (os manicômios, as prisões e a escola), Agamben superpõe esses olhares e dá novos contornos para a possibilidade de pensar a vida natural cindida de uma existência política, não mais sujeita às estratégias da política, então transformada em biopolítica. As inquietações de Habermas sobre o futuro da natureza humana completam esse estudo.

O capítulo também comporta um estudo de três propostas teóricas que contribuíram para *judicializar a biopolítica*: os estudos de gênero na sociologia, a compreensão do direito como técnica humanizadora da técnica sediada antropologia jurídica contemporânea e a ascensão dos direitos da personalidade na teoria dos direitos fundamentais, bem como um interface entre direitos fundamentais e biotecnologia. Realiza transversalmente uma incursão em decisões judiciais sobre o direito à identificação civil de transexuais.

---

<sup>260</sup> Para Habermas, em Arendt “o fenômeno básico do poder é o potencial de uma vontade comum formada numa comunicação não coagida. Ela instaura um confronto entre ‘poder’ e ‘violência’, isto é, entre o poder de uma comunicação voltada ao entendimento e a instrumentalização de uma vontade estranha em proveito próprio: ‘o poder nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinção com eles’. Tal poder comunicativo, como se verá, só pode formar-se em “esferas públicas, surgindo de estruturas de intersubjetividade intacta de uma comunicação não deformada. Ele surge em lugares onde há uma formação da opinião e da vontade, a qual, junto com a liberdade comunicativa que permite a cada um ‘fazer uso público de sua razão em todos os sentidos’ faz valer a produtividade de um modo de pensar mais amplo. Este tem por características ‘que cada um atém o seu juízo ao juízo de outros possíveis, e se coloca no lugar de cada um dos outros’”. HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade – v.01. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 187.

### 3.1 A biopolítica, o biopoder e a proposta de “vida natural”

O governo de pessoas é fundamental para a consolidação do Estado moderno, sob a configuração do modelo capitalista de produção, acumulação e distribuição de riqueza. Em fins dos anos 50 do séc. XX, Hannah Arendt analisa “o processo que leva o *homo laborans*, e, com este a vida biológica como tal, a ocupar progressivamente o centro da cena política do moderno”<sup>261</sup>. Arendt parte de sua “inusitada” distinção entre trabalho e labor:

Labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujo crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio têm a ver com as necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor no processo da vida. O trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana [...]. O trabalho produz um mundo artificial de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural<sup>262</sup>.

Deve-se a J. Locke, na modernidade, a atribuição ao trabalho da qualidade de fonte de toda propriedade<sup>263</sup>. Para Arendt, a sagração do trabalho completa-se com Adam Smith, para quem o trabalho era a fonte da riqueza, e encerra-se em Karl Marx, para quem o trabalho é a origem de toda a produtividade e expressão da própria humanidade do homem<sup>264</sup>. Para a análise do que chamamos de esfera pública e esfera privada, Arendt distingue os antigos dos modernos para saber quem somos: *homo faber*, construtor do mundo e fabricante de coisas, que substitui a ação pela fabricação:

Toda a terminologia da teoria e do pensamento político atesta claramente o quanto foi persistente e bem sucedida a transformação em modalidade da fabricação, e torna quase impossível discutir esses assuntos sem que se empregue a categoria de meios e fins e se raciocine em termos de ‘instrumentalidade’<sup>265</sup>.

Assim, a esfera pública torna-se o mercado de trocas, e o homem “só consegue relacionar-se devidamente com as pessoas trocando produtos com elas, uma vez que é sempre no isolamento que ele os produz”<sup>266</sup>. A supremacia do *homo faber* na modernidade faz com que todas as coisas e todas as relações se instrumentalizem. Segundo Ferraz Júnior, nesse processo de instrumentalização das relações, a atribuição de sentido fica comprometida: “o

<sup>261</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer** – o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. 2 ed, Belo Horizonte: UFMG, 2010, p.11.

<sup>262</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 15. Cf. especialmente o capítulo III e IV, especificamente p. 149. Para um estudo da obra de Arendt e da distinção entre labor, ação e trabalho, ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. 1 ed, 3 tir. São Paulo: Atlas, 1990, p. 26-32 (Introdução).

<sup>263</sup> Cf. LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, especialmente Livro II, capítulo V.

<sup>264</sup> ARENDT, 2004, p. 133.

<sup>265</sup> ARENDT, 2004, p. 241.

<sup>266</sup> ARENDT, 2004, p. 174.

significado que deveria ser dado pela ação, pelo pensar, pela política, pelo agir em conjunto, passa a ser dado por uma relação funcional de meio e fins”<sup>267</sup>. Essa ausência de relacionamento humano e essa preocupação fundamental com mercadorias permutáveis operam uma surpreendente inversão da antiga relação entre o público e o privado, exigindo que os homens “se revelem somente no convívio familiar ou na intimidade dos amigos”<sup>268</sup>. É a frustração da condição de pessoa humana na comunidade de produtores, na qual os produtos de um homem podem ser mais e essencialmente maiores que o próprio homem. É preciso então, e sempre, reafirmar que “a suposição de que a identidade de uma pessoa transcende, em grandeza e importância, tudo o que ela possa fazer ou produzir é elemento indispensável da dignidade humana”<sup>269</sup>.

Celso Lafer afirma a importância de compreender o conceito de ação no pensamento de Arendt: “a ação, diz Hannah Arendt, é a única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria” e “representa não só um ‘medium’ da liberdade, enquanto capacidade de reger o próprio destino, como também a forma única de expressão da singularidade individual”<sup>270</sup>. Os problemas concretos do séc. XX são objeto das reflexões de Arendt, especialmente, na busca por entender as causas do isolamento, do desenraizamento e da incapacidade de agir, sem os quais não se instala o totalitarismo<sup>271</sup>. Arendt nega-se a aceitar que tal fato se devesse somente à força da máquina de propaganda, embora não despreze sua função no sistema totalitário<sup>272</sup>. É essa capacidade de reger o próprio destino que Habermas reafirma, ao analisar as questões relativas à manipulação genética de embriões, como se verá a seguir.

Arendt trabalha com a ideia de domínio total, tendo como objeto não somente a Alemanha nazista, mas também a URSS stalinista e a China maoísta. Consta que, para que o

<sup>267</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. 1 ed, 3 tir. São Paulo: Atlas, 1990, p. 28.

<sup>268</sup> ARENDT, 2004, p.222. Cf. também BEDÊ, Fayga Silveira. O público e o privado: deslizamentos e rupturas. In: **NOMOS**, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v.28 – jan/jul – 2008.1, p.69.

<sup>269</sup> ARENDT, 2004, p. 223.

<sup>270</sup> Cf. LAFER, Celso, posfácio de ARENDT, 2004, p. 345.

<sup>271</sup> É visível o envolvimento pessoal de Arendt nos problemas relativos ao nazismo, quando afirma que é “muito perturbador o fato de o regime totalitário, malgrado seu caráter evidentemente criminoso, contar com o apoio das massas, especialmente depois de vários relatórios comprovarem que a população alemã estava notavelmente bem informada sobre o que acontecia com os judeus, sem que com isso se reduzisse o apoio dado ao regime”. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 10 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, prefácio da parte III.

<sup>272</sup> Cf. sobre o tema FREI, Norbert. People’s community and war: Hitler’s popular support. In: MOMMSEN, Hans (ed). **The Third Reich between vision and reality: new perspectives on German history -1918-1945**. Oxford-New York, Berg, 2002.

domínio total se instale, é preciso que existam grandes massas supérfluas que possam ser sacrificadas. Esse “sacrifício” termina por converter-se no que viabiliza e passa a justificar as ações do governo totalitário. As massas que dão suporte aos regimes totalitários não se unem pela consciência de um interesse em comum, pois lhes falta aquela “específica articulação de classes que se expressa em objetivos determinados, limitados e tangíveis” e são, em outros contextos, “pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido político e raramente exercem o direito de voto”<sup>273</sup>. As massas vão, em pouco tempo, da indiferença ao fanatismo. Ocorre que a apatia e mesmo a hostilidade em relação à vida pública instala-se facilmente nas sociedades competitivas de consumo, desenvolvendo não somente “a psicologia do homem-de-massa da Europa”<sup>274</sup>, mas uma condição perigosamente endêmica das sociedades contemporâneas, caracterizada pelo enfraquecimento do instinto de autoconservação, aliada a uma sensação de desimportância e dispensabilidade de determinados grupos de pessoas. Perde-se, assim, segundo Arendt, a fonte das preocupações e dos cuidados que inquietam e moldam a vida humana, ampliando o desprezo geral pelas mais comezinhas regras do bom senso. Ademais, para os movimentos de massas, a lealdade total é a base psicológica de um domínio total: “não se pode esperar essa lealdade a não ser de seres humanos completamente isolados que, desprovidos de outros laços sociais – de família, amizade, camaradagem – só adquirem o sentido de terem lugar nesse mundo quando participam de um movimento”<sup>275</sup>.

Arendt intui que os indivíduos estão sob dispositivos que determinam seu *comportamento*, pois estabelecem “verdades”: “os regimes totalitários criam um mundo demente que funciona”<sup>276</sup>. Em todo caso, trata-se de entender a construção dos indivíduos e o modo pelo qual eles atribuem sentido ao mundo que os rodeia. Muitos pensadores se ocuparam com as questões relativas à subjetividade. Para Castoriadis, todo indivíduo possui um núcleo psíquico, irreduzível às forças sociais e históricas, na instituição imaginária da sociedade. As vias de manifestação identificável da psique singular seriam, de um lado, as transgressões, que contribuem enormemente para a alteração do mundo social, e, de outro, as patologias psíquicas. A sociedade, por sua vez, é formada por instituições – desde as mais radicais, como o espaço e o tempo e a linguagem, até a lei, o trabalho, as interdições. A psique

---

<sup>273</sup> ARENDT, 1989, p. 361.

<sup>274</sup> ARENDT, 1989, p. 365.

<sup>275</sup> ARENDT, 1989, p. 373.

<sup>276</sup> ARENDT, 1989, p. 509.

tem de encontrar um *sentido* nas instituições para se socializar, isto é, interiorizar as instituições, em um jogo de forças entre indivíduo e sociedade:

O que devemos admirar mais: a plasticidade quase total da psique em relação à formação social que a subjuga ou a sua capacidade invencível de preservar seu núcleo monádico e sua imaginação radical, anulando por aí, pelo menos parcialmente, a escolaridade sofrida perpetuamente? O certo é que o ser próprio e irreduzível da psique singular se manifesta sempre - como sonho, doença psíquica, transgressão, litígio, altercação - mas também como contribuição singular (raramente determinável nas sociedades tradicionais) à hiperlenta alteração dos modos do fazer e do representar sociais <sup>277</sup>.

Ao examinar essa proposta em face da aplicação dos dispositivos da biopolítica e da possibilidade do domínio total, pode-se afirmar que o modo de viver do *homo faber* conduz não somente à apatia política, mas, também, ao esgotamento físico e psíquico, e fulmina até mesmo aquela capacidade “invencível” de resistir à homogeneização para qual tende o processo social civilizador. Como consequência, é impossível que nessas condições sociais se construa um projeto de autonomia do indivíduo pela redução e até ausência de espaços de emergência para novas significações imaginárias.

Michel Foucault é também um pensador da subjetividade <sup>278</sup>. Na busca pela compreensão da constituição do sujeito, Foucault problematizou grandes domínios, entre eles o poder, o saber e a sexualidade, numa maneira peculiar de investigar velhos territórios da filosofia <sup>279</sup>. Foucault pesquisou e orientou muitos temas: o conhecimento e a investigação científica; a loucura, transformada pela psiquiatria em doença mental; a prisão como uma instituição da modernidade que tem como objetivo recuperar os criminosos e criar um tipo específico de delinquente <sup>280</sup>. Seu pensamento é uma proposta de entender a subjetividade politicamente, em termos de compreensão das permissões e das interdições que regem regularmente a conduta humana. São contribuições do seu pensamento as análises do poder disseminado nas práticas cotidianas e discursivas e a percepção de que certas técnicas de

---

<sup>277</sup> CASTORIADIS, Cornelius. *O mundo fragmentado. As encruzilhadas do labirinto*. V. III. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987-1992, p. 129.

<sup>278</sup> Cf. DÍAZ, Esther. *A Filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: Unesp, 2012, p. 1-4, para uma breve introdução sobre vida e obra de Foucault.

<sup>279</sup> Segundo Foucault, “se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder”. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2002, p. 23.

<sup>280</sup> Cf. FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do saber*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2012. FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. FOUCAULT, Michel. *História da loucura*. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 36 ed. São Paulo: Vozes, 2007. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 28 ed. São Paulo: Graal, 2010.

poder estão centradas no corpo (das crianças, dos loucos, dos operários): “no cerne da história da civilização ocidental de Foucault encontrava-se o princípio organizador do poder. [...] O poder existe como uma rede infinitamente complexa de ‘micropoderes’, de relações de poder que permeiam todos os aspectos da vida social”<sup>281</sup>. Essa disseminação – efeito político intenso – caracteriza a “era do biopoder”<sup>282</sup>.

Boaventura de Sousa Santos, ao analisar os estudos tradicionais do poder, critica a imposição de uma concepção homogênea e bem definida de poder, cuja forma e lugar definidos e exclusivos eram o poder político-jurídico exercido pelo Estado. Segundo Santos, esse paradigma tem sido alvo de muitas críticas, sendo a mais radical aquela proposta por Foucault:

Segundo Foucault, a partir do século XVIII, precisamente no momento em que a teoria liberal procurava identificar o poder social com o poder do Estado, surgiu nas sociedades modernas uma outra forma de poder bem mais disseminada e eficaz, o poder disciplinar, ou seja, o poder de normalização das subjetividades tornado possível pelo desenvolvimento e institucionalização de diferentes ciências sociais e humanas. Essa forma de poder – o poder-saber das disciplinas cercou e esvaziou o poder político-jurídico e de tal modo que, ao lado dele, o poder do Estado é hoje apenas uma entre outras formas de poder e nem sequer a mais importante<sup>283</sup>.

Segundo Agamben, uma das orientações mais constantes nas pesquisas de Foucault é o decidido abandono da abordagem tradicional do problema do poder, baseada em modelos jurídico-institucionais, na direção de “uma análise sem preconceito dos modos concretos com que o poder penetra no próprio corpo de seus sujeitos e em suas formas de vida”<sup>284</sup>. O biopoder pode ser caracterizado pelo

[...] conjunto de mecanismos pelos quais, o que constitui, na espécie humana, seus traços biológicos fundamentais, vai poder entrar no interior de uma política, de uma estratégia geral de poder; ou, dizendo de outra maneira, como as sociedades, as

---

<sup>281</sup> O'BRIEN, Patrícia. A história da cultura de Michel Foucault. In: HUNT, Lynn. **A nova História Cultural**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.46.

<sup>282</sup> A opção metodológica de trabalhar com um pensador como Michel Foucault impõe a tomada de algumas decisões e posicionamentos. Foucault tem uma produção ampla e variada, publicada em livros, artigos e entrevistas, além das aulas e conferências dos seus cursos na França e em vários países (é o caso do “A verdade e as formas jurídicas”, conjunto de cinco conferências pronunciadas na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, entre 21 e 25 de maio de 1973). Aqui lembro as conversas havidas durante o período de orientação e a decisão de não transformar esse trabalho em uma “tese de discípulo”, mas manter um diálogo com os pensadores da biopolítica e seus comentadores, embora essa decisão seja muito difícil no caso de pensadores como Arendt e Foucault, pelo volume da produção e pelo impacto e enorme influência que as obras exercem no pensamento contemporâneo. Essa tomada de posição determinou o foco no volume I do “História da Sexualidade” de Foucault, e a manutenção de um diálogo com algum dos seus comentadores. Essa decisão, cuja responsabilidade me compete exclusivamente, fez manter duas citações “apudianas” de Foucault.

<sup>283</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. 7 ed. Porto: Afrontamentos, 1999, p. 125.

<sup>284</sup> AGAMBEN, 2010, p. 12.

sociedades ocidentais modernas, a partir do século XVIII, passaram a levar em conta o fato biológico fundamental de que o ser humano constitui uma espécie humana<sup>285</sup>.

Por sua vez, Revel confere a seguinte noção ao termo “biopolítica”:

O termo ‘biopolítica’ designa a maneira pela qual o poder tende a se transformar, entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, a fim de governar não somente os indivíduos por meio de certo número de procedimentos disciplinares, mas o conjunto dos viventes constituídos em população: a biopolítica – por meio dos biopoderes locais – se ocupará, portanto, da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade etc., na medida em que elas se tornaram preocupações políticas<sup>286</sup>.

Assim a biopolítica enfrenta os aspectos políticos e regulamentares da bioética, encarando-a no plano, não dos indivíduos, mas da sociedade em geral<sup>287</sup>. O biopoder caracteriza-se pela ampliação crescente das articulações entre os saberes biológicos e biomédicos e os dispositivos jurídicos para a produção de subjetividades assujeitadas, na prática da biopolítica<sup>288</sup>. Além do controle e da disciplina do corpo, escavando uma história da sexualidade<sup>289</sup>, Foucault propõe a genealogia de outra tecnologia de poder que se ocupa em regular e gerir os processos próprios da vida humana: “essa tecnologia, que gira em torno dos processos vitais que incidem sobre o ser humano como espécie, é nomeada por Foucault de biopoder”<sup>290</sup>. A proposta consiste na compreensão de que a produção da sexualidade é um dispositivo histórico, com estratégias de controles e resistências: “história dos corpos, dos sexos e dos desejos formatados por novas formas discursivas e institucionais do séc. XIX, isto é, os saberes médico, psiquiátrico, pedagógico, entre outros”<sup>291</sup>. A sexualidade é apresentada

---

<sup>285</sup> FOUCAULT (2004) apud CASTELO BRANCO, Guilherme. Os nexos entre subjetividade e política. In: CASTELO BRANCO e VEIGA-NETO, 2011, p. 11.

<sup>286</sup> REVEL J. apud GALLO, Sílvio. Do cuidado de si como resistência à biopolítica. In: CASTELO BRANCO e VEIGA-NETO, 2011, p.375.

<sup>287</sup> Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo. MELLO, Luís Fernando Moraes. Ética, Biopoder e sociedade tecnocientífica. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de (org). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 514.

<sup>288</sup> A proposta dessa tese não é um estudo do sujeito; não é um estudo da subjetividade, embora a questão da subjetividade seja central em Foucault. Os estudos da subjetividade adotam um conjunto amplo de conceitos específicos, que aqui não valeria a pena examinar, na medida em que estão referidos apenas para a certificação de que são conhecidos. Uma imersão nesses conceitos significaria um risco de desvio dos marcos teórico-conceituais escolhidos, dentre eles a biopolítica. Aqui agradeço as muitas conversas com a prof<sup>a</sup> Zaneir Teixeira, na verdade, a pessoa com quem mantive diálogos constantes sobre as obras de Foucault nos últimos 10 anos, e sempre me adverte da dificuldade e das armadilhas nos caminhos de busca da relação entre Foucault e o Direito. Cf., para essa relação, FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

<sup>289</sup> “A História da Sexualidade” é composta de três volumes: “A vontade de saber”, “O uso dos prazeres” e “O cuidado de si”.

<sup>290</sup> CANDIOTTO, Cesar. Cuidado da vida e dispositivos de segurança. In: CASTELO BRANCO e VEIGA-NETO, 2011, p.82.

<sup>291</sup> CÉSAR, Maria Rita. As novas práticas de governo na escola – o corpo e a sexualidade entre o centro e as margens. In: CASTELO BRANCO e VEIGA-NETO, 2011, p. 270.



como efeito da interação entre poder e saber, gestada a partir do séc. XVIII, por meio da incitação ao discurso que pretende conhecer, regular e controlar o sexo. No desejo de intervir, o biopoder privilegia o “mecanismo corporal, o arranjo sutil de um organismo percebido como uma coleção de órgãos e funções potencialmente substituíveis”<sup>292</sup>. Segundo Le Breton, é possível que, em um dicionário do século XXI, para o verbete corpo se diga: uma máquina maravilhosa, mas com múltiplas falhas de origem. É no esforço de corrigir essas falhas de origem que se buscam inúmeros procedimentos, pois o corpo envelhece e se expõe a lesões irreversíveis de forma permanente: “não se compara à máquina ao corpo, mas o corpo à máquina”<sup>293</sup>.

Segundo Cavalcanti Maia, o biopoder, como atuação do poder sobre os corpos, atua em dois níveis: “de um lado, as técnicas que têm como objetivo um treinamento ortopédico dos corpos, as disciplinas e o poder disciplinar; de outro lado, o corpo entendido como pertencente a uma espécie (a população), com suas leis e regularidades”<sup>294</sup>. Este último é o objeto do primeiro volume do livro “História da Sexualidade”, intitulado “Vontade de Saber”. Assim, Foucault assevera:

Não digo que a interdição do sexo é uma ilusão; e sim que a ilusão está em fazer dessa interdição o elemento fundamental e constituinte a partir do qual se poderia escrever a história do que foi dito do sexo a partir da Idade Moderna. Todos esses elementos negativos – proibições, recusas, censuras, negações – que a hipótese repressiva agrupa num grande mecanismo central destinado a dizer não, sem dúvida, são somente peças que tem uma função local e tácita numa colocação discursiva, numa técnica de poder, numa vontade de saber que estão longe de se reduzirem a isso. Em suma, gostaria de [...] buscar as instâncias de produção discursiva (que evidentemente também organizam silêncios), de produção de poder (que algumas vezes têm a função de interditar), das produções de saber (as quais, frequentemente, fazem circular erros ou desconhecimentos sistemáticos); e gostaria de fazer a história dessas instâncias e de suas transformações<sup>295</sup>.

Essa proposta de compreensão dos fenômenos pelo discurso desafia outros métodos até então disponíveis: “o método de Foucault permite-nos perceber de que modo funcionam as sociedades. Estudar o poder através do discurso também nos permite perceber o momento em que são introduzidas novas tecnologias de poder”<sup>296</sup>. Assim, não existe a

---

<sup>292</sup> LE BRETON, David. **Adeus ao corpo**: antropologia e sociedade. Trad. Marina Appenzeller. Campinas-SP: Papyrus, 2003, p. 18-19. O desejo de intervir na verdade já estava nos estudos anatomistas do séc. XVI, como mostram muitos desenhos de Leonardo da Vinci.

<sup>293</sup> LE BRETON, 2003, p. 19.

<sup>294</sup> CAVALCANTI MAIA, Antônio. Biopoder, biopolítica e o tempo presente. In: NOVAES, Adauto (org). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

<sup>295</sup> FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I**: a vontade de saber. 19 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009, p. 19.

<sup>296</sup> O'BRIEN, 2001, p. 50.

categoria sociocultural ‘sexualidade’ antes que sejam instaurados discursos sobre ela. Na modernidade, há uma inflação discursiva ou, como diz Foucault, “uma verdadeira explosão discursiva” sobre a sexualidade <sup>297</sup>. Atualmente, pode-se falar também em uma explosão do discurso da *judicialidade*. Rouland se refere à quantidade de “discursos de direitos” na contemporaneidade: “hoje, a metade do direito positivo tem menos de trinta anos. [...]. É por isso que, nos grandes cotidianos de informação, ao lado das sessões dedicadas aos problemas sexuais, vemos correntemente abrirem-se colunas consagradas aos conselhos jurídicos” <sup>298</sup>. Segundo O’Brien, “ao considerar a sexualidade como uma “experiência historicamente singular”, e não como uma constante, Foucault se viu diante do desafio de reconstruir, através dos sucessivos discursos, os vestígios de “uma longa tradição cristã” herdada nos séculos XIX e XX” <sup>299</sup>.

Foucault desconstrói a hipótese repressiva, partindo da prática da confissão do século XVII <sup>300</sup> e chegando às narrativas íntimas no século XIX e aos discursos dos demógrafos <sup>301</sup>. Aqui é importante ressaltar que a sexualidade, por ser da ordem do poder e do saber, estabelece uma verdade sobre o homem e, como toda produção humana, constitui-se através do discurso, dos silêncios e das práticas. Segundo Díaz, Foucault se pergunta por qual razão, em uma sociedade como a nossa, a sexualidade não é simplesmente o fator que permite a reprodução da espécie, mas também o lugar privilegiado a partir do qual se lê e se diz uma verdade profunda sobre os seres humanos <sup>302</sup>. Assim, uma possível resposta está no fato de que “o biopoder investe no sexo não somente para disciplinar as condutas individuais, mas principalmente para administrar e regular a vida de todo o corpo social” <sup>303</sup>. Em outras palavras, um instrumento de controle poderoso e eficaz. Não somente há um discurso sobre a sexualidade como também instituições e práticas que a têm por finalidade <sup>304</sup>.

---

<sup>297</sup> FOUCAULT, 2009, p. 23.

<sup>298</sup> ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**: antropologia jurídica da modernidade. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24.

<sup>299</sup> O'BRIEN, 2001, p. 56. Foucault dizia que “existe uma sexualidade depois do século XVIII, um sexo depois do século XIX. Antes, sem dúvida existia a carne”. FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. **Microfísica do poder**. 28 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 259.

<sup>300</sup> Cf. sobre confissão na história da inquisição no Brasil colonial, SOUZA, Laura de Melo de. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz**: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil Colônia. São Paulo: Companhia das Letras, 2009; bem como sobre a sexualidade feminina no Brasil colônia, DEL PRIORE, Mary. **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2004. São narrativas sobre como a confissão era extorquida da alma e do corpo.

<sup>301</sup> FOUCAULT, 2009, p. 24 e ss.

<sup>302</sup> DÍAZ, 2012, p.151.

<sup>303</sup> CANDIOTTO, 2011, p. 83.

<sup>304</sup> DÍAZ, 2012, p. 134.

Essa descoberta se dá quando, em determinado momento de suas pesquisas, Foucault percebeu que o sexo, como efeito do dispositivo da sexualidade, tornou-se objeto de saberes e poderes que visavam a um domínio “a partir do qual seria possível regular, planificar, manipular, estimular macroacontecimentos como taxas de natalidade, morbidade, longevidade, mortalidade e fluxos migratórios”<sup>305</sup>. É a gênese do Estado securitário, conforme visto no primeiro capítulo. Ao lado das proibições, figuram as incitações, as manifestações e as valorizações:

É verdade que já há muito tempo se afirmava que um país devia ser povoado se quisesse ser rico e poderoso. Mas é a primeira vez em que, pelo menos de maneira constante, uma sociedade afirma que seu futuro e sua fortuna estão ligados não somente ao número e à virtude de seus cidadãos, não apenas às regras de casamento e à organização familiar, mas à maneira como cada qual usa seu sexo. [...] Através da economia política da população forma-se toda uma teia de observações sobre o sexo. Surge a análise das condutas sexuais, de suas determinações e efeitos, nos limites entre o biológico e o econômico. Aparecem também as campanhas sistemáticas que, à margem dos meios tradicionais – exortações morais e religiosas, medidas fiscais – tentam fazer do comportamento sexual dos casais uma conduta econômica e política deliberada. Os racismos do séc. XIX e XX encontrarão nelas alguns de seus pontos de fixação<sup>306</sup>.

Assim, trata-se da história política de uma produção de verdades sobre a sexualidade humana, constituindo o dispositivo da sexualidade<sup>307</sup>, que oculta relações de poder: “no caso da sexualidade, insere-se fortemente a temática do *oculto* e do *segredo*; o que é próprio das sociedades modernas não é que tenham obrigado o sexo a permanecer na sombra, mas o fato de que os obrigaram a falar sempre dele, elevando-o com *o segredo*”<sup>308</sup>. E o próprio Foucault o diz: “o que é próprio das sociedades modernas não é o terem condenado, o sexo, a permanecer na obscuridade, mas sim o terem-se devotado a falar dele sempre, valorizando-o como *o segredo*”<sup>309</sup>. O dispositivo da sexualidade permite a organização do próprio desejo: “foi no interior do dispositivo da sexualidade que passou a operar o sistema sexo-corpo-gênero, conferindo um destino biológico específico para dois corpos distintos: o homem e a mulher, dois gêneros e o desejo a eles correspondentes”<sup>310</sup>. Sob a lógica dos dois sexos - dois gêneros foram produzidos os novos sujeitos para os séculos XIX e XX.

---

<sup>305</sup> CANDIOTTO, 2011, p. 83.

<sup>306</sup> FOUCAULT, 2009, p. 32. Sobre a população como problema econômico, tal com Foucault faz referência, ver capítulo sobre Malthus e Stuart Mill em HEILBRONER, op. cit., e HUGON, op. cit.

<sup>307</sup> Cf. FOUCAULT, 2009, capítulo IV sobre o dispositivo da sexualidade.

<sup>308</sup> DÍAZ, 2012, p. 135. Itálico no original.

<sup>309</sup> FOUCAULT, 2009, p.42. Itálico no original.

<sup>310</sup> CÉSAR, 2011, p.271.

Produzida uma verdade sobre a sexualidade, o indivíduo torna-se *disciplinado*. Esse saber sobre o sexo invade a medicina, a religião, a pedagogia e o direito, traduzido em práticas de produzir a verdade e permitir o controle: “vigilantes e vigiados permanecem presos em uma mútua e exasperante vigilância”<sup>311</sup>. Expande-se, segundo Díaz, um saber técnico acerca dos comportamentos, uma espécie de engenharia das condutas: aprendendo sobre os indivíduos é possível fazê-los produzir melhor, em novas relações de poder<sup>312</sup>. O próprio processo civilizador inclui a intensificação das noções de recato e decência, como características do bom comportamento, na busca obsessiva pelo autocontrole<sup>313</sup>.

Segundo Foucault, “da infância à velhice foi definida uma norma do desenvolvimento sexual e cuidadosamente caracterizados todos os desvios possíveis”<sup>314</sup>, fixando, com uma linha divisória, a sexualidade regular e as sexualidades periféricas. Nesse sentido são excluídas as sexualidades consideradas desviantes; é estabelecido o casal heterossexual, monogâmico e unido legalmente como o modelo, o que viabiliza a existência do direito de julgar os diferentes: “o casal, legítimo procriador, dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo”<sup>315</sup>. Para Foucault, essa multiplicação do discurso sobre a sexualidade, se trouxe consigo interditos, também garantiu mais fundamentalmente a solidificação e a implantação de todo um “despropósito” sexual<sup>316</sup>. Surge uma ciência essencialmente subordinada aos imperativos de uma moral, cujas classificações essa ciência reiterou sob a forma de normas médicas: a pretexto de dizer a verdade, em todo lugar provocava medos.

Foucault, por fim, alerta para a forma jurídica de exercício do poder, estabelecida no jogo do lícito/ilícito: “o direito não foi, simplesmente, uma arma habilmente manipulada pelos monarcas [...]. Desde a Idade Média, nas sociedades ocidentais, o exercício do poder sempre se formula pelo direito”<sup>317</sup>. Assim, a atuação recorrente dos dispositivos de segurança, como políticas de saúde pública e seguridade social, tornou-se, contemporaneamente, a sedimentação do biopoder na forma de biopolítica. No Estado liberal

---

<sup>311</sup> DÍAZ, 2012, p.141. Foucault diz que “a magistratura e a psiquiatria se encontraram, mas através de que bagunças, de que fracassos!” FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. **Microfísica do poder**. 28 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.257.

<sup>312</sup> DÍAZ, 2012, p.144.

<sup>313</sup> Cf. ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, v.01.

<sup>314</sup> FOUCAULT, 2009, p. 43.

<sup>315</sup> FOUCAULT, 2009, p. 9.

<sup>316</sup> FOUCAULT, 2009, p. 62.

<sup>317</sup> FOUCAULT, 2009, p. 98.

securitário, a sexualidade é, simultaneamente, ponto tangencial e convergência de muitas políticas estatais, permitindo ao Estado manter-se justificado, como o garantidor e o operador de mecanismos de controle, perpetuando a noção de soberania estatal. O cuidado com a sexualidade nas biopolíticas liberais planificadoras desses Estados securitários insiste na dificuldade de sua proteção e na necessidade de sua permanente regulamentação. Uma biopolítica respaldada na promessa de garantias de direitos.

O que há de profundamente radical nas análises de Foucault é uma sugestão libertária dos indivíduos, o que leva ao questionamento das razões de existência do próprio Estado. Segundo Scheinvar, “sair da lógica do Estado é uma aposta tensa, quando os braços participantes da sociedade civil cada vez mais cerceiam a população em nome dos seus direitos. A razão do Estado se amplia por meio da proteção [...], sobretudo àqueles que não têm garantidos seus direitos”<sup>318</sup>. Compreender a manipulação dos dispositivos da sexualidade acarreta um dos muitos efeitos da leitura de Foucault: a destruição das evidências. A ideia de que a sexualidade inerente à natureza humana é uma construção política, amparo e fundamento de poder e controle, reposiciona a compreensão das “lutas por direitos à livre orientação sexual”.

Em Agamben, a politização da “vida nua” constitui o evento decisivo da modernidade; sem essa compreensão não é possível dissolver os enigmas do sec. XX, sendo o nazismo apenas o mais inquietante deles:

Somente em um horizonte biopolítico, de fato, será possível decidir se as categorias sobre cujas oposições fundou-se a política moderna (direito/esquerda; público/privado; absolutismo/democracia etc.), e que se foram progressivamente esfumando a ponto de entrarem hoje numa verdadeira e própria zona de indiscernibilidade, deverão ser definitivamente abandonadas ou poderão eventualmente reencontrar o significado que naquele próprio horizonte haviam perdido<sup>319</sup>.

A expressão “via nua” é uma categoria que possibilita a formulação da hipótese de Agamben. Se Foucault abandona as categorias jurídico-institucionais para entender o poder, Agamben propõe desvelar o ponto de intersecção oculto entre o modelo jurídico institucional e o modelo biopolítico de poder, para responder à pergunta: qual a relação entre política e vida, se esta se apresenta como aquilo que deve ser incluído através de uma exclusão (daí a

---

<sup>318</sup> SCHEINVAR, Estela. Biopolítica e judicialização das práticas de direitos. In: CASTELO BRANCO e VEIGA-NETO, 2011, p. 151.

<sup>319</sup> AGAMBEN, 2010, p. 12.

adjetivação *nua*). A questão se põe a partir da afirmação aristotélica de que o homem é um animal vivente e, *além disso*, capaz de existência política. Esse *além disso* separa a simples vida natural de uma vida qualificada, um modo particular de vida: “a simples vida natural é excluída, no mundo clássico, da pólis propriamente dita e resta firmemente confinada, como mera vida reprodutiva, no âmbito do oikos”<sup>320</sup>.

Assim, cabe então perguntar de que modo, agora, a vida nua necessariamente se relaciona com a polis, se a modernidade confundiu os espaços público e privado ou mesmo destruiu o espaço privado do oikos<sup>321</sup>. É esse o desafio de Foucault ao desenterrar o processo por meio do qual, a partir do limiar da Idade Moderna, a vida natural começa a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal, e a política se transforma em biopolítica: “por milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente”<sup>322</sup>. Essa é a inclusão da vida da *zoé* como o objeto das estratégias políticas na modernidade, sendo esse fato o constituinte da passagem do “Estado territorial” para o “Estado de população”, com o aumento vertiginoso da importância da vida biológica e da saúde da Nação como problema do poder soberano, que se transforma em um governo de pessoas<sup>323</sup>. É essa circunstância que confere ao soberano moderno o poder de vida e morte, por isso a compreensão do pensamento de Agamben se completa com o estudo do estado de exceção<sup>324</sup>. Nos estudos sobre a vida nua, Agamben busca uma ressignificação contemporânea da biopolítica.

O pensamento de Arendt sobre o *homo faber* e o pensamento de Foucault sobre o adestramento do corpo permitem a Agamben afirmar que “em particular, o desenvolvimento e o triunfo do capitalismo não teria sido possível, nessa perspectiva, sem o controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os ‘corpos dóceis’ de que necessitava”<sup>325</sup>. Eles estão nas fábricas, nos manicômios, nas escolas (como desvelaram as escavações de Foucault) e nos campos de

<sup>320</sup> AGAMBEN, 2010, p. 10. Aqui deve ser ressaltada a ênfase na palavra *mera* vida reprodutiva, ou seja, a vida (que deveria estar) fora dos quadrantes da política, ou seja, a vida *nua*.

<sup>321</sup> Cf. BEDÊ, Fayga Silveira. O público e o privado: deslizamentos e rupturas. In: **NOMOS**, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v.28 – jan/jul – 2008.1, p.69.

<sup>322</sup> FOUCAULT (1976) apud AGAMBEN, 2010, p.11.

<sup>323</sup> A *zoé* é a vida natural, em oposição à *bios*, ou vida política. Cf. AGAMBEN, op. cit.. Essa passagem do Estado territorial para o Estado população foi examinada no primeiro capítulo.

<sup>324</sup> Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poteli. 2 ed.São Paulo: Boitempo, 2004. (Estado de Sítio)

<sup>325</sup> AGAMBEN, 2010, p. 11.

concentração dos Estados Totalitários (como visto nas análises de Arendt, o ponto extremo do domínio total, na eliminação dos homens supérfluos). A perspectiva de um novo biopoder não só torna a ameaça do domínio total permanentemente possível, enquanto durar a modernidade e as condições que a instituíram, mas a amplia. Para Agamben, “é provável, aliás, que, se a política parece hoje atravessar um duradouro eclipse, isto se dê precisamente porque ela eximiu-se de um confronto com este evento fundador da modernidade”<sup>326</sup>.

Somente uma reflexão que interroge tematicamente a relação entre a vida nua e a política que governa secretamente as ideologias da modernidade poderá fazer sair o político de sua ocultação e possibilitar outros posicionamentos sobre o homem e sua condição humana no tempo em que vivemos, conforme o pensamento de Agamben. Os estudos de poder são, portanto, fundamentais, porque o poder é um âmbito decisivo na vida dos homens. Aspectos subjetivos e aspectos objetivos do poder já foram elaborados, teorizados, compondo um corpo de conhecimentos que vai desde a Antiguidade até nossos dias (vinte e quatro séculos!). Agamben, porém, problematiza a capacidade dessa herança intelectual de fornecer categorias aptas à compreensão no nosso tempo, diante de fenômenos como o poder midiático-espetacular nas sociedades pós-democráticas<sup>327</sup>. A leitura de Habermas, por sua vez, permite acrescentar a esse fenômeno os avanços da biotecnologia, como adiante se verá.

O acréscimo radical que Agamben faz para esse campo de discussões é a proposta de que a produção de um corpo biopolítico é, na verdade, a contribuição original do poder soberano, sem a qual tal poder não se fundaria<sup>328</sup>. O que implica afirmar que a biopolítica é tão antiga quanto a exceção soberana:

Colocando a vida biológica no centro dos seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre o moderno e o arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii*<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> AGAMBEN, 2010, p. 12.

<sup>327</sup> É o que se extrai da sua introdução ao “Homo Sacer”, na qual se lê a influência do pensamento de W. Benjamin no pensamento filosófico de Agamben. CF. AGAMBEN, 2010, p. 9-19. Esse é também um problema levantado por Habermas logo no início do “O futuro da natureza humana”, no qual revisita principalmente o pensamento de Kierkegaard. HABERMAS. Jünger. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 3-22.

<sup>328</sup> AGAMBEN, 2010, p. 14.

<sup>329</sup> AGAMBEN, 2010, p. 14.

Se tal afirmação é correta, todo pensamento construído em termos de oposição entre “viver” e “viver qualificado” precisa ser reconfigurado<sup>330</sup>, impondo a questão do porquê a política ocidental se constitui primeiramente por meio de uma exclusão da vida nua. Qual é, afinal, a relação entre a política e a vida? A humanidade do homem vivente depende da politização da vida nua? Para Agamben, “a política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva”<sup>331</sup>. Agamben reivindica a vida nua como função essencial na política moderna, o fundamento oculto sobre o qual repousava o sistema político inteiro. Se assim pode ser compreendido, será preciso reposicionar a singularidade das experiências da biopolítica na modernidade, posto que exista a possibilidade permanente de governos totalitários em sociedades espetaculares<sup>332</sup>:

A nossa política não conhece hoje outro valor (e, conseqüentemente, outro desvalor) que a vida, e até que as contradições que isso implica não forem solucionadas, nazismo e fascismo, que haviam feito da decisão sobre a vida nua o critério político supremo, permanecerão desgraçadamente atuais<sup>333</sup>.

Assim, é preciso “desobstruir o campo em direção àquela nova política que ainda resta em grande parte inventar”<sup>334</sup>. Para Agamben,

A vida nua continua presa a ela [a política] sob a forma da exceção, isto é, de alguma coisa que é incluída somente através de uma exclusão. Como é possível ‘politizar’ a ‘doçura natural’ da *zoé*? E, antes de tudo tem ela verdadeira necessidade de ser politizada ou o político já está contido nela como o seu núcleo mais precioso? A biopolítica do totalitarismo moderno de um lado, a sociedade de consumo e do hedonismo de massa do outro constituem certamente, cada uma a seu modo, uma resposta a essas perguntas. Até que, todavia, uma política integralmente nova – ou seja, não mais fundada sobre a *exceptio* da vida nua – não se apresente, toda teoria e toda praxe permanecerão aprisionadas em um beco sem saídas, e o ‘belo dia’ da vida [o belo dia da vida simples em oposição às dificuldades do *bíos* político, conforme Aristóteles] só obterá cidadania política através do sangue e da morte ou na perfeita insensatez a que a condena a sociedade do espetáculo<sup>335</sup>.

Agamben pensa que o tempo é maduro para propor, desde o princípio em uma nova perspectiva, o problema dos limites e da estrutura originária da estatalidade, especialmente depois do naufrágio das críticas anárquica e marxista do Estado, que permearam os séculos XIX e XX, e na urgência da catástrofe. A proposta é de uma revisão

---

<sup>330</sup> Agamben sugere uma correção na tese foucaultiana, ou pelo menos que seja integrada com tais constatações. AGAMBEN, 2010, p. 16.

<sup>331</sup> AGAMBEN, 2010, p. 16.

<sup>332</sup> Cf. DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. São Paulo: Contraponto, 1997.

<sup>333</sup> AGAMBEN, 2010, p. 17.

<sup>334</sup> AGAMBEN, 2010, p. 18.

<sup>335</sup> AGAMBEN, 2010, p. 18.



sem reservas às noções que as ciências humanas (do direito à antropologia) acreditavam ter definido ou pressupunham como evidentes. Para tanto, Agamben evoca uma figura do Direito Romano arcaico, o “homo sacer” e sua proposta de insacriticabilidade. Para compreendê-la, volta-se à noção da inclusão por exclusão e de estado de exceção.

Pensar a ideia de estado de exceção como estrutura permanente, a princípio, parece um paradoxo. Mas a relação simbiótica entre as ideias de permanência e exceção torna esses termos absolutamente inseparáveis. Um não pode ser compreendido sem o outro. Esse raciocínio coloca o Direito em uma condição paradoxal, na qual o ordenamento contém em si o seu contrário, ou seja, a possibilidade permanente da suspensão dos direitos<sup>336</sup>. O “homo sacer” romano não poderia ser dado em sacrifício, nos moldes das sociedades romanas arcaicas, porque tal oferta ofenderia os deuses. Assim, condenado a retirar-se da vida pública, o “homo sacer” que não poderia nem deveria ser sacrificado, fica reduzido ao não-homem, ao que não tem lugar na vida pública, mas também não encontra razão para justificar sua morte. Por isso a ideia de que ao “sacrificar” judeus, deficientes, homossexuais e outras vítimas não representava nada mais que um ato político que o soberano, no estado de exceção, pode realizar. Aqui Agamben problematiza a ideia de sacralidade-insacriticabilidade e a próprio uso de termo Holocausto<sup>337</sup>. Para Agamben, a dimensão na qual o extermínio nazista teve lugar não foi nem a dimensão religiosa, nem tampouco a dimensão política, mas a dimensão da biopolítica<sup>338</sup>.

Numa síntese entre o pensamento de Arendt e Foucault, Agamben propõe que foi a radical transformação da política em espaço de vida nua que legitimou o domínio total. O entrelaçamento entre a política e a vida é tão íntimo no conceito de vida nua ou vida sacra que gera uma opacidade e uma dificuldade de análise, inclusive no âmbito da sexualidade, a menos que se tome consciência antes de tudo do seu caráter político. Ocorre que a própria política moderna, em simbiose com a vida nua, perde a inteligibilidade que é fornecida pelo edifício conceitual jurídico-político da política clássica. A total politização de tudo, mesmo

---

<sup>336</sup> Cf. AGAMBEN, 2004, *passim*.

<sup>337</sup> AGAMBEN, 2010, p.113. Holocausto significa, “entre os hebreus, sacrifício em que a vítima era totalmente consumida pelo fogo/ uma oferenda completa e gêneros/, a imolação de si mesmo”; a partir do pós segunda guerra, passou a referir-se ao “extermínio dos judeus pelos nazistas, entre 1939-1945, nos países ocupados pelas tropas do Reich hitlerista”. Cf. KOOGAN/HOUAISS. Enciclopédia e dicionário ilustrado. 4 ed. Rio de Janeiro: Seifer, 2000. O uso do termo é um posicionamento político diante do extermínio dos campos de concentração nazistas.

<sup>338</sup> Ressalte-se que, embora Arendt afirme que o início da dominação total é exatamente a morte jurídica do homem, as teses de Agamben não invalidam suas afirmações, mas antes completam e estendem.

dos âmbitos vitais aparentemente neutros, levou a vários julgamentos absurdos, como os descritos por I. Müller em um item intitulado “Love affairs and the death penalty” no capítulo “Protecting the race”<sup>339</sup>. Agamben diz que

Antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo. É como se, a partir de um certo ponto, todo evento político decisivo tivesse sempre uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam, a cada vez, uma tácita, porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam libertar-se. O ‘direito à vida’ – escreveu Foucault para explicar a importância assumida pelo sexo como tema do debate político – ‘ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o ‘direito’ de resgatar, além de todas as opressões ou ‘alienações’, aquilo que se é, e tudo o que se pode ser, este ‘direito’ tão incompreensível para o sistema jurídico clássico, foi a réplica política a todos estes novos procedimentos de poder<sup>340</sup>.

Arendt, Foucault e Agamben procuram sinalizar um alerta para a extrema vulnerabilidade em que se põem os seres humanos ao inscreverem suas vidas – e sua sexualidade – na ordem estatal. A experiência dos Estados totalitários mostra a rapidez e a facilidade com que a vida (nua) se torna o critério político decisivo e o local por excelência das decisões soberanas:

E apenas porque a vida biológica, com as suas necessidades, tornara-se por toda parte o fato *politicamente* decisivo, é possível compreender a rapidez, de outra forma inexplicável, com a qual no nosso século [século XX] as democracias parlamentares puderam virar Estados totalitários, e os Estados totalitários converter-se quase sem solução de continuidade em democracias parlamentares. Em ambos os casos, estas reviravoltas produziram-se num contexto em que a política já havia se transformado, fazia tempo, em biopolítica, e no qual a aposta em jogo consistia então apenas em determinar qual forma de organização se revelaria mais eficaz para assegurar o cuidado, o controle e o usufruto da vida nua. As distinções políticas tradicionais (como aquelas entre direita e esquerda, liberalismo e totalitarismo, privado e público) perdem sua clareza e sua inteligibilidade, entrando em uma zona de indeterminação logo que o seu referente fundamental tenha se tornado a vida nua<sup>341</sup>.

Nesse contexto, é preciso ressaltar a perigosa simbiose na qual o soberano passa a confundir-se cada vez mais com o jurista e com o médico e cientista, especialmente nos casos envolvendo a sexualidade e a relação vida e morte<sup>342</sup>, esta última referida por Agamben como

---

<sup>339</sup> Cf. MÜLLER, 1991, p. 111-115.

<sup>340</sup> AGAMBEN, 2010, p. 118.

<sup>341</sup> AGAMBEN, 2010, p. 119.

<sup>342</sup> Cf. a análise da medicalização no envelhecer e no morrer em ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos**, seguido de envelhecer e morrer. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

“tanatopolítica”<sup>343</sup>. Essa simbiose caracteriza-se pela intrusão de princípios biológico-científicos na ordem política, como a política de eugenia nacional-socialista e seu discurso de eliminação da “vida que não vale a pena ser vivida”<sup>344</sup>, e o debate atual sobre a necessidade de determinações normativas cientificamente seguras para estabelecer critérios de vida e morte (saúde e doença<sup>345</sup>), tornando possível a expressão eugenia liberal, isto é, guiada por uma lógica de mercado, como será visto a seguir. É possível aqui fazer uma referência à discussão atual no Brasil sobre o Estatuto do Nascituro e a obsessão científica de precisar quando começa a vida<sup>346</sup>. Uma das características essenciais da biopolítica moderna, que, no nosso tempo, alcança expressões óbvias, é a necessidade de redefinir, à exaustão, o que é a vida e quando ela inicia e se encerra<sup>347</sup>, bem como a produção de leis penais e decisões judiciais envolvendo a definição do comportamento normal/anormal dos indivíduos.

Todas essas discussões vêm à tona considerando o incremento das técnicas de intervenção no corpo, que, com base nos discursos da biopolítica, geram uma biotecnologia que promete desvelar os segredos da constituição do homem, realizar o sonho de ter filhos perfeitos, dominar – por conhecer – as causas das doenças e da velhice, enfim, velhos sonhos

---

<sup>343</sup> Os estudos feitos por Agamben incluem ainda análises sobre o problema dos refugiados e a relação problemática que sua existência aponta entre a ideia de nascimento e nacionalidade, pondo em crise a ficção originária da soberania moderna; contempla também estudos sobre o conceito de vida indigna de ser vivida, que autoriza a concepção de soberano como aquele que decide sobre o valor ou o desvalor da vida enquanto tal, fazendo referência ao programa de eutanásia (operação de extermínio) levado a efeito pelos nazistas; sobre as VP, experimentos conduzidos com cobaias humanas; e sobre a politização da morte, a partir dos estudos da neurofisiologia sobre o coma, das técnicas de reanimação e das tecnologia de transplantes. Cf. AGAMBEN, 2010, *passim*.

<sup>344</sup> Cf. MÜLLER, 1991, p. 91-128, especialmente capítulos 12 – “Protecting the Race”, 13 – “The Courts and Eugenics” e 14 – “The Euthanasia Program”.

<sup>345</sup> Cf. “Reference Manual of Scientific Evidence”, produzido pela National Academy of Science, em parceria com o Federal Judicial Center. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/home.nsf/autoframe?openform&url\\_l=/public/home.nsf/inavgeneral?openpage&url\\_r=/public/home.nsf/pages/1448](http://www.fjc.gov/public/home.nsf/autoframe?openform&url_l=/public/home.nsf/inavgeneral?openpage&url_r=/public/home.nsf/pages/1448)>. Acesso em 17.ago.2013. O Manual é distribuído aos Juízes Federais nos EUA e se baseia no método de determinação de diagnóstico por referência: “The Reference Manual on Scientific Evidence assists judges in managing cases involving complex scientific and technical evidence by describing the basic tenets of key scientific fields from which legal evidence is typically derived and by providing examples of cases in which that evidence has been used. (...). The manual is not intended to tell judges what is good science and what is not. Instead, it serves to help judges identify issues on which experts are likely to differ and to guide the inquiry of the court in seeking an informed resolution of the conflict. (...) Rather, the chapters seek to provide judges with the basic information in an area of science, to allow them to have an informed conversation with the experts and attorneys”. Assim, há o Guia de Referência de evidências por DNA, Guia de referência em Neurociência, Guia de referência em evidências de saúde mental, dentre outros.

<sup>346</sup> Cf. Estatuto do Nascituro. Câmara dos Deputados, Brasília, Distrito Federal. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=443584](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584)>. Acesso em: 17.ago.2013.

<sup>347</sup> Cf. HABERMAS, Jünger. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 51-52, sobre problemas gerados por uma lei de inumações em relação aos natimortos, à morte de crianças prematuras e aos abortos clínicos, e a ideia de exigência excessiva de que embriões e fetos tivessem de ser sepultados conforme os mesmos critérios que as crianças que morrem após o nascimento.

embalados pela vontade de saber e pela vontade de poder dos seres humanos. Nesse sentido, para Habermas, os avanços espetaculares da genética molecular conduzem aquilo que somos por natureza cada vez mais ao campo das intervenções biotécnicas e, do ponto de vista das ciências naturais experimentais, essa tecnicização da natureza humana simplesmente dá continuidade à conhecida tendência de tornar progressivamente disponível o ambiente natural<sup>348</sup>. Nessa linha de pensamento, Sandel acrescenta à discussão a noção de mal-estar, de desconforto moral, com certos avanços da ciência<sup>349</sup>. Problematizando a proposta de uma “nova eugenia”, aborda a questão dos embriões excedentes e sua destinação (destruição ou pesquisas): “na era do genoma [...] uma influente escola de filosofia política anglo-americana clama por uma nova “eugenia liberal”<sup>350</sup>, referindo-se com isso a melhoramentos genéticos não coercitivos que não restringiram a autonomia da criança”<sup>351</sup>. Sandel também se refere a Arendt, por meio de uma observação de Habermas, ao afirmar que, embora a filosofia raramente aborde a questão do nascimento como um fato natural que não se pode controlar, Arendt vê a natalidade, ou seja, o fato de os seres humanos *nascere*m, e não serem *fabricados*, como uma condição para sua capacidade de ação e, portanto, de transformação<sup>352</sup>.

Habermas interroga-se, de fato, se a humanidade está a caminho de uma eugenia liberal, ou seja, regulada pela lógica da oferta e da procura<sup>353</sup>. A proposta de Habermas é pensar quais as possibilidades de uma *ética da espécie*, pelo temor do surgimento de uma “densa corrente de gerações pela qual ninguém poderá ser responsabilizado, já que ela transpassa de forma unilateral e na direção vertical as redes de interação contemporâneas”<sup>354</sup>. Habermas entende que a filosofia não pode mais se furtar de tomar posição a respeito de questões de conteúdo, que envolvem novas margens de decisão, e assim põe o problema:

---

<sup>348</sup> HABERMAS, 2010, p. 33.

<sup>349</sup> SANDEL, Michael. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

<sup>350</sup> Cf. LOUREIRO, João Carlos. Habermas e *O Futuro da Natureza Humana*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

<sup>351</sup> SANDEL, 2013, p. 87.

<sup>352</sup> HABERMAS, 2010, p. 93.

<sup>353</sup> HABERMAS, 2010.

<sup>354</sup> HABERMAS, 2010, p. 2. Examinando as possibilidades das teorias atuais da justiça e da moral na tarefa da autocompreensão existencial, Habermas afirma que “tampouco podem as teorias políticas responder por que os cidadãos de uma comunidade democrática, na discussão sobre os princípios da vida em comum, devem orientar-se pelo bem-estar comum em vez de se contentarem com um *modus vivendi* negociado de acordo com os princípios da racionalidade voltada para fins específicos (*Zweckrationalität*). As teorias da justiça, desatreladas da ética, só podem esperar pela “transigência” de processos de socialização e formas políticas de vida”. HABERMAS, 2010, p. 7. Para Habermas, a ética filosófica deixou o campo livre às psicoterapias, que, “com a eliminação de perturbações psíquicas, se encarregam da clássica tarefa de orientar e vida sem grandes escrúpulos”, e questiona porque a filosofia deveria se intimidar com aquilo que a psicanálise se julga capaz de fazer.

O progresso das ciências biológicas e o desenvolvimento das biotecnologias ampliam não apenas as possibilidades de ação já conhecidas, mas também possibilitam um novo tipo de intervenção. O que antes era ‘dado’ como natureza orgânica e podia quando muito ser ‘cultivado’, move-se atualmente no campo da intervenção orientada para um objetivo. Na medida em que o organismo humano também é compreendido nesse campo de intervenção, a distinção fenomenológica de Helmuth Plessner entre ‘ser um corpo vivo’ (*Lieb sein*) e ‘ter um corpo vivo’ (*körper haben*) adquire uma atualidade impressionante: a fronteira entre a natureza que ‘somos’ e a disposição orgânica que ‘damos’ a nós mesmos acaba se desvanecendo<sup>355</sup>.

Habermas afirma que, por conseguinte, para os sujeitos produtores, surge um novo tipo de autorreferência, com alcances profundos no próprio substrato orgânico, ou seja, na nossa condição de seres vivos. Assim sendo, prossegue Habermas,

[...]dependerá da autocompreensão desses sujeitos o modo como desejarão utilizar o alcance da nova margem de decisão – de maneira autônoma, segundo considerações normativas que se inserem na formação democrática da vontade, ou de maneira arbitrária, em função de suas preferências subjetivas, que serão satisfeitas pelo mercado<sup>356</sup>.

Não é o caso, esclarece o autor, de uma crítica aos louváveis avanços do conhecimento científico, mas “apenas de saber se a implementação dessas conquistas afeta a nossa autocompreensão como seres que agem de forma responsável e, em caos afirmativo, de que modo isso se dá”<sup>357</sup>. Para Habermas, assim se põe a questão fundamental: tais intervenções devem ser consideradas como aumento da liberdade, que precisa ser normativamente regulamentado, ou como autopermissão para transformações que dependem de preferências e que não precisam de nenhuma autolimitação? Somente quando essa questão for resolvida em favor da primeira alternativa é que se poderão discutir os limites de uma eugenia negativa, inequivocadamente voltada para eliminação dos males. Subjacente a essa questão, está o desafio da moderna compreensão da liberdade. Considerando que até hoje o pensamento secular da modernidade europeia partia do princípio de que as condições orgânicas iniciais para uma futura vida escapavam da programação e da manipulação intencional feita por terceiros, a questão da responsabilidade e dos fundamentos éticos nas relações interpessoais resta completamente alterada. A ideia kantiana do ser como um fim em si mesmo é modificada, na medida em que o ser (futuro) pode ser manipulado para atingir um fim desejado pelos pais, por exemplo, o que tem o efeito de instrumentalização da vida humana, produzida sob condições e em função de preferências e orientações axiológicas de terceiros. Surge a possibilidade de uma nova estrutura de imputação, provocando uma

---

<sup>355</sup> HABERMAS, 2010, p. 17.

<sup>356</sup> HABERMAS, 2010, p. 18.

<sup>357</sup> HABERMAS, 2010, p. 18.

confusão nas categorias de pessoa e coisa, que a modernidade apenas recentemente conseguiu consolidar. Essa abordagem conduz ao mesmo alerta de Agamben, da atualidade das propostas do nazismo e do fascismo, na medida em que um indivíduo toma, no lugar do outro, uma decisão irreversível, interferindo também em outra das condições fundamentais para a convivência humana: a ideia de indivíduos livres e iguais (especialmente com referência à ideia de simetria da responsabilidade).

A ideia de uma ética da espécie advém do fato de que as questões suscitadas diante das manipulações genéticas são diferentes daquelas que se referiam à variedade de formas de vida cultural. Aquelas questões dizem respeito ao modo como “nos identificamos como pessoas e nos distinguimos dos outros seres vivos, portanto, nossa compreensão enquanto seres da espécie”<sup>358</sup>. O desconcertante é que os desenvolvimentos biotecnologia “afetam a imagem que havíamos construído de nós enquanto ser cultural da espécie, que é o “homem”, e para o qual parecia não haver alternativas”<sup>359</sup>. É dessa autocompreensão antropológica que foram formuladas as categorias da moral e do Direito, e a possibilidade de pensar os homens como seres vivos humanos, “eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos”<sup>360</sup>. São esses fundamentos que o surgimento imprevisto das alternativas surpreendentes viabilizadas pela biotecnologia vai abalar, abrindo a possibilidade de uma eugenia liberal – orientada pela lógica da oferta e da procura<sup>361</sup>, e para a qual Habermas avoca a ideia de crescimento natural e de fabricação e chega a Arendt e sua distinção de ação (para pensar a noção de agir com responsabilidade) e comportamento e aos limites morais da eugenia<sup>362</sup>.

Por fim, é preciso afirmar o óbvio: que uma pessoa não pode ser objeto. Não pode ser objeto de uma encomenda para fins utilitários. A reprodutibilidade industrial de que falava W. Benjamin tem aqui um limite<sup>363</sup>. E as condições em torno da origem são de extrema importância para os seres humanos para que se garanta o que até agora foi formulado em

---

<sup>358</sup> HABERMAS, 2010, p. 55.

<sup>359</sup> HABERMAS, 2010, p. 56.

<sup>360</sup> HABERMAS, 2010, p. 57.

<sup>361</sup> “Nas sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos por interesses lucrativos e pelas preferências de demanda, deixariam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais e, de modo geral, aos desejos anárquicos de fregueses e clientes”. HABERMAS, 2010, p. 67.

<sup>362</sup> Cf. HABERMAS, 2010, p. 81-84 e p. 84-92.

<sup>363</sup> BENJAMIN, Walter. **Magia, Técnica, Arte e Política** – Ensaio sobre literatura e história da cultura. Obras escolhidas. 3 ed.. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. v.1.

termos de possibilidade ou viabilidade para o projeto de convivência humana: que as pessoas sejam livres e iguais.

### 3.2 Discursos jurídicos da sexualidade

Dois campos, o das Ciências Sociais e o do Direito, contribuíram para a judicialização da sexualidade. No campo das Ciências Sociais, são dois os aportes mais significativos: os discursos da Sociologia de Gênero, que objetivam contribuir para “desbiologizar” o discurso então majoritário, autorizando as análises sociais da construção da sexualidade, e os discursos da Antropologia Jurídica, saber que reivindica a discussão do papel do Direito na contemporaneidade, diante da ascensão das biotecnologias. No campo jurídico, a ascensão dos direitos de personalidade permitiu ao Judiciário operar com categorias reconhecíveis na produção do próprio discurso. O item 3.2.1 trata da proposta do conceito de gênero como uma contribuição da Sociologia. O item 3.2.2 apresenta a proposta do Direito como ‘técnica humanizadora da técnica’, na perspectiva da Antropologia Jurídica. O item 3.2.3 descreve e analisa a emergência dos direitos da personalidade no campo dos direitos fundamentais.

#### 3.2.1 *A proposta do conceito de gênero: a contribuição da Sociologia*

A necessidade de superar os discursos biológicos advém do fato de que a biologia não é um saber sobre o humano, mas sobre o ser vivo. Os limites da biologia estão no fato de que não é uma ciência humana<sup>364</sup>. Trata de muitos seres vivos e, quando trata do homem, não é tanto do ser humano, mas do ser vivo. Consequentemente, há problemas relativos ao ser-vivo-homem que a Biologia não pode solucionar. Abre-se todo um campo de investigação para as chamadas Ciências Humanas. A proposta do conceito de gênero parte do reconhecimento da limitação da distinção biológica dos seres humanos a partir do aparelho reprodutor do homem e da mulher (o mesmo critério que identifica macho e fêmea no reino animal).

---

<sup>364</sup> Durante a orientação, foram muitas as conversas com o prof. Hugo de Brito Machado Segundo sobre a desconstrução dessa linha divisória absoluta, que durante muito tempo marcou a ideia de autonomia dos campos do saber científico. A própria Sociologia tem uma tradição de afirmação do seu campo, que justifica a abertura desse item em uma proposição bastante categórica. Mas é preciso registrar todos os esforços do meu orientador no sentido de me demover desse lugar e ampliar os horizontes, na indicação (e envio) de alguns referências teóricas, especialmente: WAAL, Frans de. **Good natured: the origins of right and wrong in human and other animals**. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, England, 1996. TOMASELLO, Michael. **The cultural origins of human cognition**. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, England, 1999; além do próprio e já citado MATURANA, Humberto R.. VARELA, Francisco J.. **A árvore do conhecimento – as bases biológicas da compreensão humana**. 6 ed. São Paulo: Palas Athenas, 2007.

A crítica a essa limitação está presente em muitos estudos sociológicos. Partindo da ideia de que as relações de dominação fundadas no gênero estão naturalizadas, e assim invisíveis ao olhar, Bourdieu afirma que:

A divisão entre os sexos parece estar ‘na ordem das coisas’, como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas ‘sexuadas’), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos *corpus* e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento, de ação <sup>365</sup>.

Para a análise antropológica de Supiot, identificar o Direito à regulação biológica “só pode escancarar as válvulas da loucura ou da violência mortal” <sup>366</sup>. Fugindo do fundamentalismo biológico, Nicholson sintetiza o contexto histórico da trajetória dos estudos do corpo e da sexualidade, alcançando os estudos feministas e de gênero <sup>367</sup>. Scavone, por sua vez, afirma que a emergência do campo de estudos de gênero se dá no contexto das sociologias contemporâneas, que efetivaram rupturas importantes, entre elas a desconstrução da tradicional dicotomia indivíduo *versus* sociedade:

Ao romperem com essa separação e ao buscarem em suas teorias soluções para realizar uma sociologia que apreendesse a realidade no duplo sentido sartreano – de “interiorização da exteriorização e da exteriorização da interiorização” – eles se abriram para os estudos da diferenciação social. Esse processo é concomitante à desconstrução de outras dicotomias clássicas – particular *X* universal; sujeito *X* objeto; natureza *X* cultura; mente *X* corpo; razão *X* emoção – e dá lugar nas Ciências Sociais às abordagens não totalizantes e a um longo processo de transição de paradigmas <sup>368</sup>.

A partir daí, surgem as sociologias específicas, e o campo de investigação sociológica sobre as mulheres se amplia consideravelmente, evidenciando a forte relação do movimento social com os estudos feministas, nas pesquisas que surgiram a partir dos anos 50 do séc. XX sobre mulheres trabalhadoras. Mas foi com Beauvoir que o debate radical se instalou, contestando o determinismo biológico ou o desígnio divino ao retomar a perspectiva hegeliana de que *ser é tornar-se* <sup>369</sup>. Emerge, assim, a sociologia do gênero e da sexualidade, como área das ciências sociais que contempla estudos que analisam aspectos que vão desde o

<sup>365</sup> BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Küher. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 17.

<sup>366</sup> SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus** – ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. XIV.

<sup>367</sup> NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. In: **Estudos Feministas**, Florianópolis, 08 [2]: 09-41, ago-dez/2000.

<sup>368</sup> SCAVONE, Lucila. Estudos de gênero: uma sociologia feminista? In: **Estudos Feministas**, Florianópolis, 16 [1]: 173-186, janeiro-abril/2008, p. 175.

<sup>369</sup> BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. São Paulo: Nova fronteira, 2009.



questionamento das características biológicas inatas sobre nossas identidades de gênero e nossas atividades sexuais até a natureza do comportamento sexual humano e as diferenças sexuais. Segundo Giddens, os estudiosos do gênero e da sexualidade “discutem em que grau as características biológicas inatas têm um impacto duradouro sobre nossas identidades de gênero e nossas atividades sexuais”<sup>370</sup>, apresentando discussões sobre as questões das desigualdades de gênero, masculinidade, homossexualidade e prostituição<sup>371</sup>.

Como visto, a possibilidade de uso do termo *gênero* como categoria de análise das relações interpessoais afetivas tem origem nos estudos feministas que desafiaram o modelo binarista do sexo como adequado à leitura dos comportamentos sexuais do masculino e do feminino, oferecendo como alternativa um termo estabelecido em função das teorias de construção social do sujeito<sup>372</sup>. O conceito de gênero responde pela construção social das diferenças entre os sexos. Segundo Scott, gênero é uma categoria de análise histórica, cultural e política, e expressa “relações de poder, e possibilita, também, levar em conta a possibilidade da mudança”<sup>373</sup>. O termo *gênero* foi adotado para distinguir-se de sexo, para designar a gama de diferenças psicológicas, sociais e culturais entre homens e mulheres (enquanto sexo refere-se às diferenças anatômicas e fisiológicas que definem, pelo corpo, o homem e a mulher). Assim, gênero é masculino e feminino, enquanto sexo define fisiologicamente homem e mulher. Essa distinção é essencial para afirmar a ideia de que muitas diferenças que têm aparência de naturais são, na verdade, socialmente construídas, e, portanto, estão sujeitas à *desconstrução*.

Segundo a Sociologia de Gênero, o modo como cada indivíduo age é uma resposta a códigos sociais ordenadores que lhe foram transmitidos num longo processo socializador, estruturador de nossa subjetividade. Sempre que nos indagamos “o que devo fazer neste caso?”, esperamos que o corpo social nos forneça uma resposta. Família, escola, colegas, igreja, mídia são os indutores do processo de socialização primário e secundário, indutores de nosso comportamento, fornecedores de nosso *mapa de navegação social*<sup>374</sup>.

---

<sup>370</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 102.

<sup>371</sup> GIDDENS, 2005, p. 102-126.

<sup>372</sup> Cf. MORAES, Maria Lygia Quartim de. Usos e limites da categoria gênero. In: **Cadernos Pagu -nº11-** Núcleo de Estudos de Gênero – Unicamp. São Paulo, 1998, p. 99-105. Na mesma publicação ver também MACHADO, Lia Zanotta. Gênero, um novo paradigma?, p. 117-125

<sup>373</sup> SCOTT apud SCAVONE, 2008, p. 180.

<sup>374</sup> BARREIRA, Irllys. O lugar do indivíduo na sociologia: sob o prisma da liberdade e dos constrangimentos sociais. In: **Revista de Ciências Sociais**. V. 34. Fortaleza: UFC, 2003, p. 51-63.

O próprio Foucault orientava suas análises segundo duas diretrizes de investigação: por um lado, o estudo das técnicas políticas com as quais o Estado assume e integra em sua esfera o cuidado da vida natural dos indivíduos; por outro, “os estudos da *tecnologia do eu*, através das quais se realiza o processo de subjetivação que leva os indivíduos a vincular-se à própria identidade e à própria consciência e, conjuntamente, a um poder de controle externo”<sup>375</sup>. Segundo Agamben, em seus últimos estudos, Foucault afirma que o estado ocidental moderno integrou, numa proporção sem precedentes, técnicas de individualização subjetivas e procedimentos de totalização objetivos, gerando um duplo vínculo político, constituído pela individualização e pela totalização simultânea das estruturas do poder moderno<sup>376</sup>.

Os dispositivos da sexualidade nos posicionam como homens e mulheres, definindo o padrão da heterossexualidade como o modelo sob o qual se estabelece toda uma série de mecanismos e estruturas sociais, conferindo também as noções de masculino e feminino. O avanço da biotecnologia como instrumento de construção do corpo ajudou a embaralhar essas fronteiras. A cada avanço tecnológico, o corpo (biológico/*natural*) se sujeita ao agenciamento humano e às escolhas pessoais, formuladas dentro de um contexto social. Assim, teóricos sociais desenvolvem teses de que o gênero e o sexo/corpo são objetos de construção social, bem como o conjunto gestual específico que o acompanha. Sexo, corpo e gênero deixam de ser inseparáveis e tornam-se inter-relacionais.

Estudos questionaram o fato de que a proposta do uso do conceito de gênero ainda mantivesse a lógica binária, pelo que devem ser registradas as tentativas teóricas de superar a lógica dual para a ideia de diversidade sexual. A partir dos anos 90 do século XX, a “teoria *queer*” ultrapassa o gênero e sugere o *transgendering*<sup>377</sup>. Paiva sugere a necessidade de uma caixa de ferramentas teóricas para pensar a diversidade sexual e desafiar, nesse campo a lógica binária, para afirmar, para além da ideia de tolerância, o direito à singularidade<sup>378</sup>.

No campo jurídico, os estudos de Lopes definem gênero como “o conjunto modificável de características culturais, sociais e educacionais atribuídas pela sociedade a um comportamento humano, qualificando-o de masculino e feminino”, enquanto o sexo é “o

---

<sup>375</sup> AGAMBEN, 2010, p.13.

<sup>376</sup> AGAMBEN, 2010, p.13.

<sup>377</sup> SCAVONE, 2008, p.180.

<sup>378</sup> PAIVA, Cristian. Dos embaraços da sexualidade às sexualidades embaraçosas: a questão da diversidade sexual, em **Caderno UFS – Psicologia**, v. 05, 2008, p. 79-91.

conjunto de características físicas, biológicas e psicológicas naturais e imodificáveis que qualificam um ser humano como homem ou como mulher”<sup>379</sup>.

Nos estudos de gênero, são associados aportes da psicologia e da psicanálise, mas pouco se produziu em interface com o Direito, sendo mais significativa para a proposta desse estudo a contribuição da antropologia jurídica, como será visto a seguir, na discussão do papel do direito diante dos avanços das biotecnologias. Em todo caso, os estudos de gênero contribuíram de modo significativo para a noção de diversidade, com isso abrindo caminhos para controvérsias jurídicas antes inimagináveis no campo da sexualidade.

### ***3.2.2 A proposta do Direito como “técnica humanizadora da técnica”: a contribuição da Antropologia Jurídica***

A consideração da provocação feita por Agamben quanto a “uma nova política que ainda resta em grande parte por inventar” põe, diante do jurista, a questão do que compete ao Direito enquanto artefato da cultura, construído cuidadosamente, em especial no Ocidente, desde os romanos. O uso das ferramentas jurídicas para a significação dos dispositivos do poder e sua instrumentalização para o controle não só das condutas mas também do corpo, da sexualidade, da vida e da morte conferiu ao Direito uma certa função ou poder: o de nomear e classificar, isto é, ser o dono da significação. Segundo Assier-Andrieu,

A meio caminho entre a moral e a política, segundo P. Ricoeur, o direito encontra seu lugar específico no exercício de uma autoridade baseada num corpo de princípios, uma arquitetura conceptual. O aumento do poder de registro científico em geral e do registro das ciências biológicas em particular, como instrumento para pensar a reprodução humana, diz diretamente respeito ao lugar do direito nas sociedades<sup>380</sup>.

Trata-se talvez não de uma crise de adaptação do Direito enquanto discurso normativo do Ocidente (ou do Norte), mas de um acerto da própria identidade. Diante do que foi sistematizado em termos de Estado e biopolítica, o Direito tem como alternativa se limitar, como “engenharia social, a um papel mecânico de regulação do resultado tecnológico”, e assim “destituir-se das suas ambições históricas em proveito de teorias de substituição, científicas, que, mesmo sendo, como o Direito, constituídas de conceitos e experiências, nem por isso assumem o mesmo projeto de humanização” ou assumir esse

---

<sup>379</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila et alii. Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. In: **NOMOS**, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v.28 – jan/jul – 2008.1, p. 17.

<sup>380</sup> ASSIEUR-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 315.

projeto de humanização <sup>381</sup>. O Direito, numa perspectiva antropológica, assume-se como um projeto de *humanização da técnica*. Para Rouland,

Hoje multiplicam-se os pedidos de ajuda lançados ao direito e aos juristas a fim de que consolidem escolhas morais de nossas sociedades [...]. As recentes descobertas em matérias médicas aumentam nosso domínio dos vivos. Inquietos, certos cientistas se interrogam: até onde ir longe demais? E pedem aos juristas (que em geral participam de diversas comissões de ética) que regulamentem <sup>382</sup>.

Em um movimento de ressignificação e aproximação, a Antropologia, enquanto estudo do “homem inteiro em sua diversidade”, tem oferecido aportes para um dos problemas fundamentais do Direito, qual seja, o da sua função nas sociedades humanas. A antropologia, enquanto uma proposta de saber sistematizado sobre o homem, abandona a obsessão de autonomia e de atribuição de um objeto próprio e exclusivo de investigação e sai em busca de outras áreas de investigação. Nesse caminho, afirma a especificidade de sua prática não mais por meio de um objeto empírico constituído, mas através de uma abordagem epistemológica constituinte, “pois a Antropologia não é senão um certo olhar, um certo enfoque que consiste no estudo do homem inteiro, em todas as sociedades, sob todas as latitudes, em todos os seus estados e em todas as épocas” <sup>383</sup>. Nesse sentido, a aspiração à Justiça pode ser tomada como um dado antropológico fundamental para legitimar um discurso sobre a função antropológica do direito, a partir da ideia de *homo juridicus*. No *homo juridicus*, o que lhe constitui radicalmente é a aspiração à Justiça: essa é a sua condição de humanidade.

Segundo Supiot, “fazer de cada um de nós um *homo juridicus* é a maneira ocidental de vincular as dimensões biológicas e simbólicas constitutivas do ser humano” <sup>384</sup>. Essa, portanto, é a proposta de Supiot: o Direito atua, no Ocidente, como mecanismo de equilíbrio entre a compreensão do homem como espírito (dimensão simbólica) e como corpo (dimensão biológica), livrando-se dessa alternatividade na qual estão presas as categorias do pensamento que operam por oposição binária. Assim,

Fomentadas pelos progressos das ciências e das técnicas, essas dicotomias nos levam a crer, de um lado, que o Homem poderá ser explicado como um objeto natural qualquer, que não há nada sobre ele que as ciências naturais não possam um dia nos revelar e nos permitir manipular; e, de outro, que o Homem, assim tornado transparente a si mesmo, poderia libertar-se um dia de toda determinação natural:

---

<sup>381</sup> ASSIEUR-ANDRIEU, 2000, p.315.

<sup>382</sup> ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**: antropologia jurídica da modernidade. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 21.

<sup>383</sup> LAPLANTINE, François. **Aprender Antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.16.

<sup>384</sup> SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus** – ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. X.

escolher seu sexo, deixar de ser atingido pela idade, vencer a doença e, por que não, a própria morte. Olhar o homem como um puro objeto ou olhá-lo como um puro espírito são as duas faces de um mesmo delírio<sup>385</sup>.

Supiot refere-se a Arendt para afirmar que o fato de negar a função antropológica do Direito em nome de um pretenso realismo biológico, político ou econômico, é um ponto comum em todos os empreendimentos totalitários, que suprimem a condição jurídica do homem. Pode ser argumentado que o Direito e as instituições jurídicas são meros artefatos, desprovidas, portanto, de uma essência metafísica; e, portanto não estariam aptas a resistir às investidas do realismo biológico, ou político ou econômico. Ocorre que, no universo simbólico, que é peculiaridade do humano, tudo é artefato e cumpre uma determinada função para a qual são vocacionados. Os fundamentos dão sentido à técnica. Sem a busca pelo sentido, a humanidade abdicaria de seu status de racionalidade. Para Ferraz Júnior, a perda ou ausência do sentido de justiça, é “o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade, cujo senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento”<sup>386</sup>.

Assim, a antropologia reserva um lugar privilegiado para as crenças ou os fundamentos dogmáticos. Os fundamentos dogmáticos são “um lugar da verdade legal, postulado e socialmente posto em cena como tal”<sup>387</sup>. Daí a função dogmática do Direito. Não se deve, entretanto, confundir a função dogmática do direito com a dogmática jurídica ou mesmo com dogmatismo.

Investigando a dogmática jurídica, Machado Segundo, após referir-se às várias acepções com que o termo é utilizado na literatura jurídica, identifica na dogmática a ciência do direito positivo, “porque, nela, o cientista deveria partir das normas vigentes, tendo-as como dogma, vale dizer, como algo indiscutível e inquestionável”<sup>388</sup>. Prossequindo em uma análise crítica ao conceito, Machado Segundo problematiza a relação entre ciência e dogma, especialmente na atividade jurisdicional, que envolve necessariamente a interpretação e as suas possíveis e múltiplas (e até inevitáveis) divergências.

---

<sup>385</sup> SUPIOT, 2007, p.X.

<sup>386</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990, p. 322.

<sup>387</sup> LEGENDRE, Pierre apud SUPIOT, 2007, p. XXI.

<sup>388</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.11.

Segundo Adeodato, toda comunidade humana constrói um sistema de regras de conduta para seus membros, com maior ou menor complexidade, mas sempre empiricamente perceptível, sendo o direito dogmaticamente organizado “um fenômeno característico das sociedades complexas da modernidade, um direito para atender às necessidades desse tipo de sociedade”<sup>389</sup>. Sob a perspectiva antropológica, as crenças instituídas e garantidas pelo Direito, por sua vez, tem por função fazer resistir o próprio Direito (como artefato da cultura) às investidas das leis da raça, das leis da história, das leis do mercado, das leis da genética. Então, o Direito atende à necessidade, vital para toda a sociedade humana, de ter uma representação comum da Justiça: “o Direito é o lugar dessa representação, que pode ser desmentida pelos fatos, mas confere um senso comum à ação dos homens”<sup>390</sup>.

A função antropológica do Direito é, então, a de interpor-se entre cada homem e sua representação do mundo, conferindo um senso comum, por meio da linguagem, chamando à razão as mais diversas formas de exercício de poder político e do poder técnico<sup>391</sup>. Para Supiot, é razoável ter esperança de que os recursos de interpretação próprios da técnica jurídica nos evitem os males do autismo, forçando-nos a ver a justiça com o olhar *dos outros*.

Entender o Direito como uma técnica humanizadora da técnica pressupõe também uma definição do que se quer dizer por *técnica*. Por objeto técnico, entende-se aquele cujo sentido procede do homem que o modela e utiliza<sup>392</sup>. A técnica incorpora o pensamento humano que a gerou: “noutras palavras, a marca distintiva do objeto técnico está no fato de que a ferramenta não tem, em si mesma, valor – como o sujeito ou o mundo ou elementos de mesmo sentido que o sujeito ou o mundo – mas somente com relação a um resultado esperado”<sup>393</sup>. Assim posto, é possível dizer que o Direito pertence ao universo das técnicas. O Direito romano, produto dos embates entre o sagrado e o mundano, cumpriu um papel fundamental na construção da modernidade tecnocientífica na Europa Ocidental porque,

Diferentemente da lei judaica ou da mulçumana, o Direito que se desenvolveu no Ocidente não exprime uma verdade transcendente que se impõe ao Homem. Daí vem o fosso que separa os métodos de interpretação do Direito ocidental daqueles da Torá e da Charia. Seu sentido não reside inteiro em si mesmo, em seus enunciados, pois ele procede dos fins que lhe são conferidos do exterior pelo Homem, fins humanos e não divinos. Sua interpretação está, assim, não fechada na letra dos

---

<sup>389</sup> ADEODATO, 2011, p. 115.

<sup>390</sup> SUPIOT, 2007, p. XXIV.

<sup>391</sup> SUPIOT, 2007, p. XXIX-XXX.

<sup>392</sup> SUPIOT, 2007, p. 140. Segundo Ferraz Júnior, na Grécia antiga, “*techne*” significava a interferência do homem em vista de uma ação planejada. FERRAZ JÚNIOR, 1990, p. 318.

<sup>393</sup> SUPIOT, 2007, p. 141.

textos, mas aberta ao suposto espírito deles. Daí sua capacidade para servir a fins diversos e cambiantes, tanto na história dos sistemas políticos, como na das ciências e das técnicas, e para participar assim, uma técnica entre outras, do progresso das técnicas<sup>394</sup>.

A função específica do Direito, no universo das técnicas, é de intermediação, por meio de seus fundamentos dogmáticos de interdição, humanizando (impondo limites e exigindo uma reflexão) as demais técnicas. Assim, o Direito é intermediação entre a potência das máquinas e os limites físicos do corpo humano, entre o desejo de lucro e o uso do corpo humano, entre o deslumbramento com as possibilidades do conhecimento e a condição de pessoa humana reconhecida a cada ser humano. Ocorre que o próprio Direito se vê incluído nos embaralhamentos produzidos pelas técnicas que lhes são contemporâneas, atingindo seus fundamentos dogmáticos mais preciosos, como a ideia de fontes do Direito e sua disposição para a hierarquia, face à destituição das hierarquias promovida pela ideia de horizontalidade que caracteriza o mundo das redes; e também no ideal de uma sociedade capaz de *regular* a si mesma, dispensando a figura do Terceiro regulamentador<sup>395</sup>.

Considerando que as técnicas adquiriram poder vertiginoso nos últimos dois séculos, na proposta antropológica, o Direito tem cumprido seu papel de tornar as técnicas humanamente suportáveis: “cumpriu uma função de interposição entre o Homem e suas ferramentas, cujo uso é submetido a proibições específicas que variam com os riscos que elas o fazem correr”<sup>396</sup>. Um desses riscos reside nas biotecnologias em matéria de estado das pessoas. A ascensão do discurso da verdade biológica na determinação de paternidade, por exemplo, suplantou a ideia de legitimidade da função parental, em muitos casos com prejuízo para as relações afetivas construídas. Comparando com a sensação gerada pela falsificação de grandes marcas (“se o olhar fica superficial, acredita-se nelas. Mas com o uso fica-se desencantado”), Rouland afirma:

O mesmo fenômeno se dá quando, como acontece atualmente na França, o direito de filiação se pauta pelos fatores biológicos, com muita frequência, confundidos com a ‘verdade’, como se não houvesse algo ‘construído’ – noutras palavras, uma atividade cultural - em todas as nossas percepções. A união dos gametas é um meio dentre outros de ‘construir’ uma criança (veremos que, nesse ponto, as sociedades tradicionais têm muito a nos ensinar). O direito aqui tende a já não passar de eco da biologia, que não é a sua função. A medicina um dia poderá especificar-me quantos

---

<sup>394</sup> SUPIOT, 2007, p. 141-142.

<sup>395</sup> Supiot trabalha com a diferença entre regulamentar – ditar regras do exterior – e regular, ou seja, fazer com que se observem as regras necessárias ao funcionamento homeostático de um organismo, sendo a noção de homeostasia, na biologia, correspondente a faculdade de um ser vivo de conservar certo número de constantes internas, apesar das variações do meio exterior. SUPIOT, 2007, p. 159.

<sup>396</sup> SUPIOT, 2007, p. 162.

genes me são próprios no de meu filho; cabe ao direito, e eventualmente ao juiz, reconhecer que meu comportamento para ele é tal que sou digno de ser dito seu pai

<sup>397</sup>

Nessa perspectiva, as “verdades” que se tornam disponíveis por meio da ciência podem ser desconstituídas e tornarem-se normativamente indisponíveis, por serem inadequadas, por meio de um controle dos sistemas normativos da conduta humana. Se o Direito também é técnica, o que o difere em termos de discurso da verdade é que o Direito insere o homem no mundo das representações. Assim sendo, sua “verdade” é assumidamente cultural, o que torna possível o “reconhecimento de um direito à contestação do Direito, que [por isso] permanece a contribuição mais inovadora e duradoura do Estado providência” <sup>398</sup>. Essa condição de discurso antropológico amplia a possibilidade de o Direito ser o discurso que contemple a diversidade necessária para que a humanidade consiga entender-se sobre os valores que a unem, evitando os fundamentalismos que põem em risco essa aptidão, tão comuns ao messianismo e ao cientificismo, quando o reconhecimento de direitos humanos é suportado por dogmas religiosos ou de uma pseudociência.

Por sua vez, especificamente quanto aos problemas envolvendo as biotecnologias e os problemas relacionados ao homem em seu diálogo com a natureza, Rouland parte da afirmação de que a visão idealizada, da qual surgem corpos jovens e saudáveis habitantes de um paraíso, não é compatível com a realidade, pois o homem não está em casa na natureza <sup>399</sup>. Considerando que o homem moderno parte para subjugar essa mesma natureza, é no próprio corpo que ele encontra os limites mais problemáticos para sua intervenção, como já foi referido. Não à toa que o recrudescimento do interesse pela filosofia nos EUA seja movido por discussões em torno dos limites morais do mercado <sup>400</sup>. M. Sandel denuncia o transbordamento da racionalidade do mercado para as relações do cotidiano, a partir da última década do século XX, enquanto simultaneamente se ampliava a adoção dos mecanismos de mercado na gestão da economia em quase todo o mundo, e “os valores de mercado passavam a desempenhar um papel cada vez maior na vida social” <sup>401</sup>, referindo-se aos problemas surgidos com a possibilidade de venda de órgãos para transplante e até mesmo da compra de um lugar em uma fila de espera.

---

<sup>397</sup> ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito: antropologia jurídica da modernidade**. 2 ed. São Paulo; Martins Fontes, 2008, p. 25.

<sup>398</sup> ROULAND, 2008, p. 270.

<sup>399</sup> ROULAND, 2008, p. 323.

<sup>400</sup> SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

<sup>401</sup> SANDEL, 2012, p. 11.



### 3.2.3 A ascensão dos direitos da personalidade

O direito também formula uma tentativa de traduzir para os próprios termos, a partir de suas categorias e de suas possibilidades de pensamento, um discurso novo sobre a sexualidade. Afirmar a construção das decisões judiciais como *prática discursiva* ou *acontecimento discursivo*<sup>402</sup> implica renunciar à compreensão do discurso jurídico como estrutura única e contínua, ordenada segundo certas regras de formação e fundada em uma racionalidade imanente, com a função de decifrar a verdade jurídica sobre o indivíduo e as coisas. A “verdade jurídica” sobre a sexualidade, no tocante à diversidade de práticas sexuais, encontra, na própria noção de normatividade, seu maior e mais evidente obstáculo. Entretanto, o incremento de decisões envolvendo a sexualidade<sup>403</sup> e de estudos no campo de direitos da personalidade<sup>404</sup> e de interface entre direitos fundamentais e biotecnologia<sup>405</sup> são comprovações do interesse crescente do Estado na elaboração de direitos ao corpo e à sexualidade.

Esse tema exige uma interface entre as perspectivas constitucionais e as perspectivas civilistas, refletindo o movimento de constitucionalização do direito material, redesignando ramos do Direito, como o Direito Civil Constitucional. O ponto de partida para esta interface é a teoria dos direitos fundamentais. Para Jorge Miranda, “por direitos fundamentais entendemos os direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal seja na Constituição material”<sup>406</sup>. Ainda segundo o autor, existem conceitos afins ao de direitos fundamentais.

O primeiro conceito afim ao de direitos fundamentais a que importa referir-se, segundo o autor, é o de direitos de personalidade: são posições jurídicas fundamentais do homem, que ele tem pelo simples fato de nascer e viver (aqui o professor faz referência ao conceito de Cabral de Moncada, em “Lições de Direito Civil”); são também aspectos imediatos da exigência de integração do homem e condições essenciais ao seu ser e devir;

---

<sup>402</sup> FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**, 2 ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 51-60.

<sup>403</sup> Cf. RÍO, Josefina Alventosa Del (diretora). **Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo. Cuadernos de derecho judicial**. v. XXVI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial – Centro de documentación judicial, 2005.

<sup>404</sup> Cf., por todos, FRUET, Gustavo Bonato et alii (Org). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>405</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

<sup>406</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais - IV. 2ed, rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 07.

revelam o conteúdo necessário da personalidade; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral ou jurídica. Seja como for, segundo Miranda, os direitos de personalidade adquirem imediata relevância constitucional e nenhuma Constituição os pode omitir. Entretanto, registra, a par das largas zonas de coincidência, a seguinte distinção: enquanto os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade têm incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais <sup>407</sup>.

Canotilho, por sua vez, ensina que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade:

Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de Estado (direito de cidadania, por exemplo), os direitos sobre a própria pessoa (à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal) e muitos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e direitos de prestação, por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade, como direito ‘à pessoa ser’ e ‘à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. Todavia, a ordem dos direitos fundamentais não é apenas uma ordem de direitos subjetivos, mas também uma ordem objetiva, que justificará, dentre outras coisas, o reconhecimento dos direitos fundamentais a pessoas coletivas. Nesse domínio é visível a separação <sup>408</sup>.

No mesmo sentido, para Ascensão, direitos de personalidade e direitos fundamentais não são termos equivalentes <sup>409</sup>:

Os direitos da personalidade são aqueles direitos que exigem um absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afetar a própria personalidade humana. O acento dos direitos fundamentais é diferente. Não só não respeitam exclusivamente às pessoas físicas como a sua preocupação básica é a da estruturação constitucional. Demarcam muito em particular a situação dos cidadãos perante o Estado. É assim a categoria cidadão (ou se quisermos a do súbdito, para falar com maior amplitude) que está primacialmente em causa. Sendo esta preocupação assim diversa, resulta que há muitos direitos fundamentais que não são direitos da personalidade. [...] A preocupação que traduzem é muito diferente. Inversamente, também haverá muitos direitos de personalidade que não são direitos fundamentais. São as manifestações da

---

<sup>407</sup> MIRANDA, 1993, p. 55 a 58.

<sup>408</sup> CANOTILHO, 1993, p. 520 e ss.

<sup>409</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, pp.121-29, abr./jun. 1998. Disponível em <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>>. Acesso em: 4set.2013.

personalidade que estão fora do núcleo que levou a Constituição a delimitar os direitos fundamentais.

Segundo ainda Guerra Filho, no âmbito do próprio direito interno, há de se distinguir direitos fundamentais dos direitos de personalidade, por serem esses direitos que se manifestam em dimensão privatística, na qual também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*drittwirkung*) desses direitos <sup>410</sup>.

Direitos de personalidade são definidos como “poderes que o ser exerce sobre si mesmo” <sup>411</sup>. A ordem constitucional instalada sob o princípio da democracia importou uma necessária redefinição do tratamento jurídico dado à vida das pessoas, reestruturando o sistema de Direito Civil, da interpretação à aplicação das normas, aplicando-lhe a lógica de sistema aberto, poroso aos chamados novos direitos. Uma das consequências mais imediatas é a atribuição que recai sobre a decisão judicial de moldar, em sua fundamentação, as novas fronteiras definidoras do discurso jurídico. Assim, os direitos de personalidade são como expressões jurídicas da individualidade, e todo o campo da autonomia individual (entendida no conceito mais amplo do poder de fazer as escolhas que recaem sobre si mesmo) tornam-se o ponto de convergência no campo das intervenções sobre o corpo e a sexualidade.

Os direitos de personalidade têm recebido tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial que contribuiu sobremaneira para sua afirmação <sup>412</sup>. Segundo Gagliano, o reconhecimento jurídico formal dos direitos de personalidade é recente (somente foram consolidados no Código Civil brasileiro de 2002) em razão da imprecisão doutrinária a seu redor, ainda demandando “arrimos retóricos para suprir seu déficit de clareza e coerência” <sup>413</sup>. Um desses arrimos é o reconhecimento de sua *fundamentalidade*. O que significa o reconhecimento dos direitos de personalidade como direitos fundamentais? Se por um lado é o reconhecimento de um *status* dentro do ordenamento jurídico, por outro a questão da aplicabilidade imediata em razão da fundamentalidade, como tratada no primeiro capítulo,

---

<sup>410</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed. rev. e ampl..São Paulo: RCS, 2005, p. 44.

<sup>411</sup> BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**, 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47.

<sup>412</sup> Sobre a “invenção dos direitos da personalidade”, ver CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. O Direito e os direitos da personalidade. Disponível em [http://www.4shared.com/office/1VvqCr1D/CAMPOS\\_Diogo\\_Leite\\_de\\_-\\_O\\_dire.html](http://www.4shared.com/office/1VvqCr1D/CAMPOS_Diogo_Leite_de_-_O_dire.html), acesso em 04.set.2013.

<sup>413</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – parte geral**. 6 ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 153.

aqui não teria nenhum impacto. Nesse sentido, para Andrade, afirmar a existência de um regime geral dos direitos de personalidade significa reconhecer sua aptidão para resolver novas situações lesivas aos direitos da pessoa sem necessariamente ter de recorrer aos princípios constitucionais: “a posição no sentido de reconhecer a existência de um direito geral de personalidade no plano infraconstitucional (...) institui um instrumentário apto a tutelar de forma efetiva a personalidade humana em todas as suas potencialidades e eventuais modos futuros de expressão”<sup>414</sup>. Assim, os direitos da personalidade, no Brasil, estão dispostos de forma não taxativa nos arts. 11 a 21 do Código Civil<sup>415</sup>. Categorizado como direitos físicos (à vida, à integridade física, ao corpo, às partes do corpo, ao cadáver e as partes, à imagem e à voz), direitos psíquicos (à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo) e direitos morais (à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais), os direitos de personalidade são os incidentes sobre o modo de ser físico, intelectual e moral da pessoa, compreendendo prerrogativas ínsitas em sua personalidade e em suas projeções para a sociedade. Para a doutrina civilista clássica, são direitos essenciais da pessoa, que constituem componentes indissociáveis de sua personalidade<sup>416</sup>.

A literatura especializada também revela o interesse nessa área de pesquisa, dando espaço para muitas interpretações sobre os direitos de personalidade. Campos, propondo-se a fazer uma reapreciação dos fundamentos e dos sentidos dos direitos de personalidade, problematiza sua condição de principal garantia do ser humano contra a onipotência do Estado e a agressividade dos outros, e ressalta sua qualidade de “discurso do poder”, apontando a emergência de novos totalitarismos<sup>417</sup>. Para Almeida, citando Bauman, para quem a “individualidade é e deverá continuar sendo por muito tempo um privilégio”, os direitos *da* personalidade devem ser entendidos como uma resistência ao abandono das conquistas históricas de liberdade, como os direitos individuais: “os direitos da personalidade, direitos individuais assegurados civil e constitucionalmente como direitos fundamentais, são

---

<sup>414</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos de personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**, n.24, enero-junio-2013, p.81-111. Disponível em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2305362](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2305362)>. Acesso em 4.set.2013, p.87.

<sup>415</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Brasília, Distrito Federal. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 20ago.2013.

<sup>416</sup> A doutrina civilista clássica brasileira passou a dedicar um capítulo específico, nas edições mais recentes, aos direitos de personalidade. Cf. RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil** – parte geral. 34 ed. 6 tir., atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61-75; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.1, p.211-259; VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil** – parte geral. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.171-203; e COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p.180-212.

<sup>417</sup> CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. Disponível em < [http://www.4shared.com/office/W2fPADBD/CAMPOS\\_Diogo\\_Leite\\_de\\_-\\_Os\\_dir.html](http://www.4shared.com/office/W2fPADBD/CAMPOS_Diogo_Leite_de_-_Os_dir.html) >. Acesso em 4set.2013.

direitos atribuídos à biografia de cada ser humano”. E prossegue: “é justamente em respeito a essas biografias que tais atributos não podem, em nome de nenhum preceito, ser desqualificados, retirados ou lesados”<sup>418</sup>. Para Pompeu, “o direito de personalidade está relacionado com a crença de que só com a efetivação de um patamar mínimo de igualdade se poderá falar em dignidade humana, em democracia e em Estado democrático de direito”<sup>419</sup>.

Uma outra abordagem refere-se à interface direitos fundamentais e biotecnologia. São estudos elaborados a partir dos campos da bioética e do biodireito. Segundo Leite, é a preocupação com a vida humana e com a conduta daqueles que lidam, direta ou indiretamente, com referido valor que faz surgir o ramo da bioética como estudo sistemático das dimensões morais, incluindo a visão, as decisões, a conduta e as políticas, das ciências da vida e do cuidado da saúde, empregando uma variedade de metodologias éticas em um contexto interdisciplinar<sup>420</sup>. Biodireito, por sua vez, é o ramo do Direito que busca normatizar e regulamentar a medicina e a biologia<sup>421</sup>. Os autores ressaltam o caráter multidisciplinar de ambos, afirmando que um fato não pode ser esquecido nos estudos bioéticos e de biodireito: a presença, quase automática e inconsciente de juízos éticos e religiosos, impõe aos seus estudiosos uma preparação técnico-científica bastante apurada, uma vez que o que até então era atribuído ao acaso, a Deus ou ao destino passa a ter a marca da responsabilidade da interferência humana.

A literatura jurídica civilista brasileira já explorou decisões que se referiram explicitamente aos problemas da afirmação jurisdicional da sexualidade, fora da esfera penal. Essas decisões estão sediadas em ações de caráter personalíssimo que tinha como objeto pedido de mudança de registro público (nome e sexo) em razão de intervenção cirúrgica. No caso dos transexuais, o direito ao corpo é exercido sob o fundamento de que os direitos físicos compreendem o direito de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico, conforme garantidos pelos direitos da personalidade. Considerando, entretanto, que há limites impostos ao poder de disposição sobre o corpo, foi preciso transpor a primeira barreira ética para se entender que a opção pela intervenção cirúrgica transgenital não ultrapassa esses limites,

---

<sup>418</sup> ALMEIDA, Eneá de Stutz . Indivíduo, pessoa e direitos da personalidade: reflexões. In: MENEZES, MENEZES, Joyceanne Bezerra de (Org). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 186.

<sup>419</sup> POMPEU, Gina Marcílio. Acesso à educação, condição essencial para o efetivo exercício dos direitos de personalidade. In: MENEZES, 2010, p. 229.

<sup>420</sup> Cf. LEITE, George Salomão. Ensaio sobre bioética constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, p. 48.

<sup>421</sup> DANTAS. Ivo. Constituição e Bioética (breves e curtas notas). In SARLET; LEITE, 2008, p. 103.

posto que não importem em diminuição permanente da integridade física ou em atos atentatórios da dignidade da pessoa humana. A questão ainda se movia nos campos da ética médica e dos direitos de disposição do corpo do paciente. Atualmente, a Resolução nº1955/2010 do Conselho Federal de Medicina regulamenta a cirurgia de transgenitalismo <sup>422</sup>, que revogou duas resoluções anteriores, de 2002 e 1997.

Num segundo momento, a questão se deslocou em direção ao direito à identidade civil compatível com a identidade sexual. Uma vez obtido o ajuste da anatomia do corpo à identidade pessoal/moral de gênero, os transexuais passaram a procurar o ajuste civil de sua identificação, retificando nome e sexo no registro público de nascimento. Comumente, os processos de retificação de registro públicos existiam para mudança de prenome em razão de constrangimento pessoal. Quando, entretanto, processos judiciais traziam, na petição inicial, o pedido de mudança de nome e sexo, houve uma produção de decisões judiciais que foram, de maneira multifacetada, construindo o discurso dos Tribunais brasileiros sobre os dispositivos da sexualidade.

Sumariamente, serão identificados os principais argumentos utilizados na fundamentação do pedido, conforme disposto na literatura jurídica, registrando, desde logo, que no caso das decisões quanto ao nome, o enfoque é distinto da perspectiva do Estado securitário, objeto privilegiado desse estudo <sup>423</sup>. Nos casos de solicitação de alteração de nome e sexo no registro público de nascimento, os pedidos eram fundamentados no atributo jurídico que confere status de pessoa (sujeito titular de direitos e obrigações), ou seja, a personalidade, que se expressa por meio de três elementos: a capacidade, o nome e o estado. O nome é o meio pelo qual o sujeito se identifica e se reconhece diante dos outros. É, portanto, expressão maior da personalidade que constitui a individualidade da pessoa. Sobre estado, diz-se que é um modo particular de existir, a posição jurídica da pessoa no meio coletivo em que está inserida. Para se constituir o estado da pessoa, são abordados o vínculo conjugal, o parentesco, a condição de nacional ou estrangeiro, a idade e o sexo. Neste caso, “sexo” refere-se à anatomia do corpo. Portanto, quando ocorre mudança de sexo por procedimento cirúrgico, alterando-se a anatomia do corpo, juridicamente deveria alterar-se o estado da

---

<sup>422</sup> Cf. RESOLUÇÃO CFM nº 1955/2010. Disponível em <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm)>. Acesso em 18.ago.2013.

<sup>423</sup> Essas referências são extraídas de processos e decisões citados em PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; e em NOGUEIRA, Christiane Vieira. Direito e Gênero: transexuais e retificação do registro civil. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza: Faculdade Farias Brito, ano 1, n. 01, 37-57, jan./jul.2002.

pessoa, atributo de sua personalidade formalmente declarado no registro público de nascimento. O registro público, por sua vez, é o documento que reúne e formaliza accertamentos para expressar a condição de pessoa (nome, filiação, idade, sexo, nacionalidade), contribuindo para o sistema jurídico na medida em que carrega segurança aos atos praticados pelos indivíduos na sua vida formal. Essa segurança completa-se pela sua condição de publicidade, fazendo gerar para os outros o conhecimento da existência e da situação jurídica de alguém. Por isso, após sua constituição, qualquer alteração demanda um processo judicial.

Conforme Diniz, a primeira averbação para retificação de nome (de João para Joana) aconteceu em 1992, por decisão da 7ª Vara de Família e Sucessões de São Paulo (proc. nº 621/89)<sup>424</sup>. Foi consignado no campo destinado ao sexo o termo “transexual”, não se admitindo o registro como “mulher”, apesar ter sido “João” submetido à cirurgia plástica ablativa. Como não foi ordenada por sentença a inserção da condição feminina junto ao registro, no campo do sexo, exigiu-se que na carteira de identidade, o termo transexual figurasse como sendo o sexo de sua portadora. A fundamentação foi de que, caso contrário, havia a possibilidade de Joana habilitar-se ao casamento, o que poderia induzir terceiro em erro, pois “no organismo do transexual não estão presentes todos os caracteres do sexo feminino”. Aqui é nítida a compreensão biológica da constituição do sujeito, visto como organismo vivo, com capacidade de reprodução. Essa questão parece ser muito importante para os magistrados, conforme será visto a seguir.

A literatura civilista produzia, então, outros discursos, muitas vezes recorrendo aos mesmos argumentos. Diniz já expressava a possibilidade de alteração do prenome em decorrência de cirurgia transexual, ao afirmar que “embora o princípio da inalterabilidade do nome seja de ordem pública, sofre exceções quando (...) houver mudança de sexo”<sup>425</sup>. Para Nery, “constatada a mudança de sexo, o registro deve fazer menção a acomodação, pois os documentos têm de ser fiéis aos *factos da vida*, logo fazer a ressalva é uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Realmente, diante do direito à identidade sexual, como ficaria a pessoa se se colocasse no lugar do sexo “transexual”?”<sup>426</sup>. Para Chaves, não se deve fazer qualquer

---

<sup>424</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 01: teoria geral do Direito Civil, 25 ed, rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 209.

<sup>425</sup> DINIZ, 2008, p. 208-209.

<sup>426</sup> NERY, Rosa Maria, apud DINIZ, 2008, p. 210.

menção nos documentos, ainda que sigilosa, mesmo porque a legislação só admite a existência de dois sexos: o feminino e o masculino, vedando qualquer discriminação<sup>427</sup>.

As primeiras decisões judiciais que deferiam o pedido de mudança de prenome, oriundas de juízos de 1º grau, foram, em sede de recurso promovido pelo Ministério Público, reformadas pelos Tribunais. Arrimados em fortes argumentos factuais, de conteúdo biologicistas, os magistrados afirmavam, conforme a doutrina, que o sexo *natural* deveria prevalecer ao psicológico, sendo um *absurdo, por contradição às leis naturais*, querer afirmar pertencer ao sexo feminino quem geneticamente integra o masculino, pois sexo não é opção, mas determinismo biológico estabelecido na fase da gestação<sup>428</sup>. Em alguns casos, tem-se que inviável a pretendida alteração do sexo natural, por ser inadmissível pretender priorizar, sobre o mesmo, o chamado sexo psicológico, que representa uma pretensa e inusitada explicação para desvios de conduta, em razão de alteração anormal de psiquismo<sup>429</sup>. Com muita frequência os magistrados retornam aos discursos biomédicos, com o apelo a referências médico-anatômicas e hormonais, que compõem os textos das resoluções do Conselho Federal de Medicina, acima citada.

Também muito referido pela doutrina é o caso submetido ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial julgado pelo então Ministro Menezes Direito, ao qual será feita uma análise mais vertical<sup>430</sup>. A sentença de 1º grau acolheu pedido de alteração do nome e do sexo no registro civil, determinado também, como pedido na inicial, o segredo de justiça e vedando a extração de certidões referente à situação anterior. Há, portanto, uma nova certidão, emitida por força de sentença judicial, na qual se registra nome e sexo escolhido por ato voluntário e agora expreso para fins de relações jurídicas do sujeito. A sentença determinou a não publicidade da condição de transexual do autor. O Ministério Público entendeu abusiva a não publicidade do registro e recorreu, por vislumbrar a possibilidade de prejuízo aos terceiros de boa-fé que venham a envolver-se com o autor (estratégia

---

<sup>427</sup> CHAVES, Antônio, apud DINIZ, 2008, p. 210. Cf. também CHAVES, Antônio. Direitos de personalidade – Direito à vida, ao corpo e as partes do mesmo (transplante), esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”, direito ao cadáver a as partes do mesmo. Disponível em <[http://www.4shared.com/office/7VUcC3X9/CHAVES\\_Antonio\\_-\\_Direitos\\_de\\_p.html](http://www.4shared.com/office/7VUcC3X9/CHAVES_Antonio_-_Direitos_de_p.html)>. Acesso em 06.set.2013.

<sup>428</sup> Cf. NOGUEIRA, Christiane Vieira. Direito e Gênero: transexuais e retificação do registro civil. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza: Faculdade Farias Brito, ano 1, n. 01, 37-57, jan./jul.2002.

<sup>429</sup> Cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey: 2000.

<sup>430</sup> STJ, RE nº 678.933 – RS (2004/0098083-5), Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007, p. 571. Disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Jurisprudencia%20Resp%20678.933.pdf>>. Acesso em 18.ago.2013.



argumentativa de falar por terceiro indefinido, justificável no caso do Ministério Público). O argumento do prejuízo a terceiros refere-se à possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente com o apelado e descobrir em determinado momento que não poderá ter filhos, posto não ser mulher de nascimento – argumento biológico. Sob esse desconcertante argumento, impõe-se um outro argumento, igualmente biologicista: se ser mulher é poder gerar filhos, é preciso definir o que são aquelas “mulheres de nascimento” que não podem gerar filhos uterinos. Nesse raciocínio absurdo, em nome da possibilidade de prejuízo a terceiros de boa-fé, deveriam elas ter em seus documentos ou no registro civil contida a sua condição de estéril. Trata-se de uma armadilha argumentativa montada em torno das verdades sobre a sexualidade.

A oitava câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou desprovido o recurso, sob um argumento de que se tratava de hipótese futura e incerta, que não impossibilitava de, no futuro, terceiro prejudicado buscar a Justiça para obter remédio jurídico cabível (argumento técnico-jurídico). Na verdade, poder-se-ia supor que as pessoas resolveriam essas questões no âmbito de sua intimidade. O órgão ministerial recorreu, em sede de Recurso Especial, ao Superior Tribunal de Justiça. Argumentava que os Tribunais brasileiros, predominantemente, entendiam que a alteração pleiteada de nome e sexo deveria ser objeto de uma averbação à margem do registro, deixando claro que a mudança de nome e sexo era decorrente de decisão judicial, fundamentada na ocorrência de cirurgia de transgenitalização. Os dados de nascimento deveriam ser preservados e expressamente ficava consignado que a alteração do registro era decorrente da condição de transexual submetido à cirurgia de modificação do sexo. O Recurso Especial foi conhecido e provido, sob os seguintes argumentos.

A fundamentação da decisão amparou-se basicamente em Santo Agostinho, na noção de *alma humana* e na *certeza da verdade*. Esclarece o Ministro que julgamento como o dessa natureza precisam ser postos sempre debaixo do *amor pela humanidade*, no sentido agostiniano de *natureza criada*. Trata-se claramente do uso do argumento vago, como se verá. A estratégia da vagueza, por meio de um discurso impreciso, obtém uma ampla aceitação, posto que não haja quem se oponha ao *amor pela humanidade*. O uso desse tipo de termo qualifica positivamente o próprio discurso e ainda desqualifica quem eventualmente dele se oponha. Colocando de lado a questão do direito de escolha do sujeito ao sexo, o recurso foi provido sob o argumento de que não se pode esconder no registro, *sob pena de agressão à verdade que ele deve preservar*, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade

do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Considerou tratar-se de registro imperativo, devendo a modificação da natureza sexual ficar assentada para o reconhecimento do direito do autor. Assim, foi determinado em última instância, que fosse averbada, no registro civil, que a modificação do nome e do sexo do recorrido/autor decorreu de decisão judicial.

Discurso biologicista, reconhecimento das lutas sociais, teorias psicossociais e argumentos de ordem moral e religiosa (re)produzem uma verdade sobre a sexualidade humana. Decisões fundamentalmente biologicistas trazem uma argumentação baseada na lógica da genética, dos hormônios, do aparelho reprodutor, na concepção de que somos parte de um reino animal, programados para assegurar a perpetuação da espécie. Por outro lado, somos uma resultante de um processo civilizador, sempre sujeitos a adaptações, modificações; nascemos com um corpo que adotará um conjunto gestual para se expressar, um código de uso do corpo (um jeito de falar, de andar...) ao qual submeteremos (adestraremos) nossa estrutura fisiológica, que será categorizado como masculino ou feminino para efeitos de identificação do que somos, de quem somos, que papel de gênero desempenhamos. A decisão mais citada, na doutrina civilista, é a do Superior Tribunal de Justiça, que foi analisada, arrimada na moral cristã, cuja única citação transcrita é de Santo Agostinho. Amor pela humanidade é um dos fundamentos do Cristianismo, a grande pedra angular da moral ocidental. Argumentos que derivam do conjunto de preceitos morais que fundam a moderna civilização ocidental são projeções de um poder sobre o indivíduo a partir do discurso religioso.

O enigma está em responder se sistema jurídico está apto a conviver com essa estranha articulação de saberes ou se corre o risco de tornar-se disfuncional. Trata-se, como afirma Habermas, de um desafio paradoxal: justamente nas dimensões em que os limites são pouco definidos, precisamos traçar e impor fronteiras definidas<sup>431</sup>.

### **3.3 Conclusões parciais**

A investigação em torno do conceito de biopolítica parte do pensamento de H. Arendt e M. Foucault e alcança G. Agamben como um pensamento de síntese entre os estudos totalitários de Arendt e as escavações genealógicas de Foucault sobre a sexualidade. Além da proposta de compreensão da biopolítica, o fenômeno da judicialização foi fomentado por

---

<sup>431</sup> HABERMAS, 2013, p. 27.

discursos advindos da sociologia de gênero, da antropologia jurídica e do próprio campo jurídico – do campo dos direitos fundamentais – na afirmação dos direitos de personalidade.

Encerrada a investigação, são as seguintes as conclusões: a) as demandas e as controvérsias que têm ocupado o Judiciário brasileiro exigem que se desloquem estudos da judicialização da política para a judicialização da biopolítica e do biopoder; b) a biopolítica significa a gestão política da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade e da mortalidade da população, caracterizando-se pela ampliação crescente das articulações entre os saberes biológicos e biomédicos e os dispositivos jurídicos que projetam subjetividades disciplinadas ou comportadas; c) o biopoder é, segundo Foucault, o conjunto de mecanismos pelos quais, o que constitui, na espécie humana, seus traços biológicos fundamentais, vai poder entrar no interior de uma política, de uma estratégia geral de poder; ou, dizendo de outra maneira, como as sociedades ocidentais modernas, a partir do século XVIII, passaram a levar em conta o fato biológico fundamental de que o ser humano constitui uma espécie humana; d) o dispositivo da sexualidade constitui-se a produção das verdades estabelecidas sobre a sexualidade humana; e) o pensamento de H. Arendt, M. Foucault e G. Agamben funciona como alerta permanente contra a instalação de formas de dominação total; f) o avanço da biotecnologia tem gerado situações reais de limites éticos que buscam espaços decisoriais seguros e legítimos; g) nessa busca, o Direito, no Ocidente, sobressai como a instância resolutiva para a qual convergem esses conflitos, gerando uma sobrecarga do Judiciário identificado como principal ambiente ético comum para o controle do excesso de disponibilidade ética, conforme será melhor discutido no próximo capítulo; h) as ciências sociais têm sido tradicionalmente lugares de resistência aos avanços biotecnológicos; i) a antropologia jurídica reivindica para o Direito, na contemporaneidade ocidental, a função de técnica humanizadora da técnica, pela sua aptidão para sediar crenças/dogmas; j) o direito, como reflexo de discursos e práticas sociais, econômicas, políticas e técnicas, também produz discursos e práticas, por meio dos quais interfere – para ampliar ou diminuir os efeitos desses discursos e práticas; h) no campo jurídico, os direitos de personalidade são, contemporaneamente, o discurso resultante que mais contribui para a judicialização da biopolítica, especialmente por sua categorização como direito fundamental, objeto privilegiado de teorias do direito com a ascensão do Estado constitucional no Brasil, nos últimos 25 anos.

## 4 A BIOPOLÍTICA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O terceiro capítulo cumpre a parte empírica dessa pesquisa, ao realizar uma análise crítica do discurso do Poder Judiciário brasileiro, sob a perspectiva dos referenciais teóricos já estabelecidos. Inicia por verificar as possibilidades de uma análise do discurso enquanto método complementar à opção de compreender o direito numa perspectiva argumentativa e retórica, como *fala*, ou mais especificamente, como *discurso*. Trata-se, portanto, de uma dupla análise, que envolve o modo ou o método de construção do discurso (argumentos) e uma análise crítica de conteúdo, sob os aportes filosóficos de Arendt, Foucault e Agamben, da Sociologia de Gênero, da Antropologia Jurídica e dos direitos de personalidade. Assim, esse capítulo examina, no item 1, as possibilidades da análise do discurso enquanto método, com aplicabilidade nos estudos cognitivos do direito. O item 2 sistematiza as principais estratégias de argumentação jurídica, tendo como referencial teórico a teoria da argumentação de N. MacCormick e a filosofia retórica de J.M. Adeodato, para a identificação das categorias de análise que serão utilizadas. No item 3 será feita uma análise detalhada dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal proferidos por ocasião da decisão de equiparação da união homoafetiva à união estável <sup>432</sup>. Por fim, no item 4, propõem-se o resgate da compreensão da lei como instrumento de redução de complexidade, sem a qual, dentro dos marcos propostos pelo Estado de Direito, o julgador não viabiliza uma decisão.

### 4.1 Análise crítica de discurso e as possibilidades da análise do discurso como método

Os estudos de poder de Foucault, por meio do discurso, foram verdadeiras escavações arqueológicas aos séculos XVII e XVIII; por isso, Foucault é, às vezes, referido como historiador. Para empreender a tarefa de construção desta tese, afirma-se a possibilidade de se compreender o Direito numa perspectiva argumentativa e retórica, como fala ou discurso. Para compor uma análise do Direito enquanto fala ou discurso, foi preciso investigar quais as possibilidades da análise do discurso enquanto método, na busca de verificar sua aptidão para servir às pesquisas jurídicas, e especialmente no presente estudo, nas quais se

---

<sup>432</sup> Registre-se que tal recorte (a sexualidade humana) é resultante da contingência da doutoranda, que empreendeu estudos nesse sentido durante um período de aproximação com a Sociologia, como aluna especial do programa de pós-graduação de Ciências Sociais da Universidade Federal do Ceará, por um ano. Ressalte-se, entretanto, que as reflexões filosóficas sobre biopolítica e o método de análise do discurso tem aplicabilidade em qualquer problematização referente a controvérsias que exijam do Judiciário uma reflexão sobre a biopolítica (questões sobre a vida e a morte, em casos de aborto, transplantes de órgãos, disposição de vontade sobre o corpo e partes do corpo, dentre outros).

afirmam que a fundamentação se compõe de argumentos. Considerando que o objetivo deste capítulo é identificar as principais estratégias argumentativas empregadas na produção de narrativas judiciais de fundamentação de decisões, será verificado em que medida a análise do discurso é consistente e viável enquanto método, considerando ainda a possibilidade de realizar apenas uma análise crítica dos argumentos decisórios escolhidos como objeto de investigação.

Como método, a análise do discurso propõe, nas ciências da linguagem, um programa de tratamento da questão do sentido. A análise do discurso trabalha categorias como o enunciado e a enunciação, o texto e o contexto, a significação, o sentido e o uso, o discurso, as formações discursivas e os gêneros<sup>433</sup>. São voltados para o estudo do funcionamento da linguagem, ao considerar o discurso como um lugar de produção de sentidos, no reconhecimento de que há muitas maneiras de significar: “por esse tipo de estudo se pode conhecer melhor aquilo que faz do homem um ser especial com sua capacidade de significar e significar-se”<sup>434</sup>.

Como método, a análise do discurso é utilizada em muitas áreas de pesquisa científica. Para a expressão “análise do discurso como método” como argumento de busca para pesquisa nos bancos da SciELO – *Scientific Electronic Library on line* – foram indexadas 95 pesquisas, somente no Brasil, incluindo artigos da área da saúde – prioritariamente -, da Linguística e das Ciências Sociais<sup>435</sup>. Segundo Viaro e Valore, a análise do discurso propicia, ao constituir-se na interface de muitos discursos, “um reposicionamento do olhar sobre aquilo que já tomou formas íntimas e conhecidas, auxiliando assim na operação de cortes de moldes bem sedimentados – cortes que fazem pensar”, numa perspectiva foucaultiana<sup>436</sup>. Segundo ainda Rodrigues Júnior, a Análise Crítica do Discurso (ACD) tem sido considerada uma teoria potencial para o entendimento das relações de poder e das ideologias frequentemente presentes no discurso: “vários teóricos concordam que a ACD tem contribuído para a compreensão de inúmeros fenômenos linguísticos que, mormente, retratam hegemonias

---

<sup>433</sup> Cf. MAZIÈRE, Francine. **A análise do discurso: história e práticas**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2007. Ver também, sobre essas categorias, MAINGUENEAU, Dominique. **Análise de textos de comunicação**. Trad. Camila P. de Souza-e-Silva e Décio Rocha. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

<sup>434</sup> ORLANDI, Eni P. **Análise do discurso: princípios e procedimentos**. 7 ed. Campinas-SP: Pontes, 2007, p. 15.

<sup>435</sup> Pela mesma pesquisa feita junto a SciELO, não houve nenhuma referência para a expressão de busca “análise do discurso jurídico”

<sup>436</sup> VIARO, Renne Volpato. VALORE, Luciana Albanese. Método, análise e verdade em psicologia: análise institucional do discurso. Disponível em < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932011000400005&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000400005&lang=pt)>. Acesso em 09.ago.2013.

opacas, uma vez que a linguagem é um instrumento poderoso para a disseminação de conceitos preconcebidos, bem como de ideologias”<sup>437</sup>. Os estudos também ressaltam a dificuldade e os limites do método.

Trata-se, portanto, de método mais compatível com a atividade de interpretação do que com o estudo das estratégias argumentativas na justificação de uma decisão judicial. São aportes para uma abordagem hermenêutica do discurso jurídico, na busca de desvelar os sentidos das palavras e das expressões utilizadas no discurso decisório. No caso da proposta de um estudo retórico e argumentativo, mais adequado seria proceder a uma análise crítica do discurso jurídico decisório, a partir de categorias referenciais desenvolvidas nas teorias argumentativas.

As ideias que se articulam nesse estudo são aquelas de Estado securitário e biopolítica. A existência de uma decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, viabiliza a opção por uma análise qualitativa, a partir dos votos de fundamentação desse julgamento. A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, de equiparação da união homoafetiva à união estável, gerou impactos tanto no sistema jurídico como no sistema securitário brasileiro, além de ter merecido destaque na mídia e estar disponível, na íntegra, com o detalhamento dos fundamentos argumentativos, junto ao *site* do Supremo Tribunal Federal – STF, possibilitando a amostragem por conveniência. A pesquisa, portanto, não abordou quantitativamente decisões judiciais no campo da biopolítica. No mesmo sentido, Adeodato ressalta que a retórica analítica não adota os critérios científicos das ciências sociais em geral, os quais enfatizam uniformidade e consistência, além de quantificação, no levantamento dos dados: “a retórica analítica é mais flexível e reconhece expressamente a interferência do pesquisador sobre seu objeto, apesar da busca constante de neutralidade descritiva”<sup>438</sup>.

Para proceder a uma análise crítica do discurso de fundamentação do Judiciário em questões que envolvem as práticas da biopolítica, devem-se apresentar as afirmações e seus argumentos, identificando as fundamentações explícitas. Como análise de conteúdo, procura-se desvelar “verdades” ocultas nas entrelinhas, isto é, a “descoberta do que está por

---

<sup>437</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Adail Sebastião. Análise crítica do discurso: modismo, teoria ou método? Disponível em < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1984-63982009000100006&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-63982009000100006&lang=pt)>. Acesso em 09ago.2013.

<sup>438</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma e do direito subjetivo**. São Paulo: Noesis 2011, p.114.

trás dos conteúdos manifestos, indo além das aparências do que está sendo comunicado”<sup>439</sup>, articulando o que surge dos dados concretos com os conhecimentos teóricos previamente estabelecidos. Para o estudo de argumentos jurídicos, a pesquisa empírica pode ter como recorte os textos normativos ou as narrativas decisoriais. Adeodato lembra que há problemas básicos a serem considerados na escolha dos textos e das narrativas, e o primeiro deles é justamente o da amostragem, referindo-se à quantidade e à qualidade dos textos e das narrativas a serem estudados como representativos dos métodos que a análise quer revelar, ou seja, como selecionar os dados da pesquisa.

Um segundo problema diz respeito à relação entre os conceitos e os critérios de análise escolhidos pelo pesquisador, porque, se os conceitos e os critérios são amplos demais – numa tendência para poder atingir unidade e coerência – ficam vagos, mas se são específicos demais tendem a valer apenas para determinados casos tratados pela dogmática. Por fim, sugere que o pesquisador ou a pesquisadora medite sobre em que medida os autores e os textos escolhidos efetivamente refletem o ambiente, a retórica material mais consensual possível naquele momento, cuidando também para que a influência da doutrina não seja exacerbada ou minimizada na construção da dogmática material<sup>440</sup>.

É preciso registrar aqui a pesquisa de Feitosa, que tem como objeto a construção argumentativa para analisar o direito à vida no julgamento sobre pesquisa com células-tronco embrionárias<sup>441</sup>. Para Feitosa, o método permite que se ultrapasse o modelo positivista de pensar o direito, e é especialmente útil para investigar aquelas decisões que evidenciam “as inconsistências do debate jurídico posto diante da necessidade de julgar questões polêmicas cuja solução resvala invariavelmente em juízos de valor, em reflexões morais e em questões religiosas”<sup>442</sup>. É, nesses casos, que surgem uma reinterpretação explícita da lei, pela qual o julgador exerce uma apreciação, mas não pode ser arbitrário. Feitosa desvela estratégias, investigando a decisão em termos de atos de comunicação, considerando a existência de um auditório na concepção perelmaniana, e também como um complexo jogo de construção

---

<sup>439</sup> Cf. MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social** – teoria, método e criatividade. 14. ed. São Paulo: Vozes, 1999, p.74.

<sup>440</sup> ADEODATO, 2011, p.114.

<sup>441</sup> FEITOSA, Gustavo Raposo. Direito à vida, ciência e pesquisa com células-tronco embrionárias: construção argumentativa no julgamento da ADIn 3.510/05. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de (org). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 245-274.

<sup>442</sup> FEITOSA, 2010, p.256.

argumentativa, “destinado a elaborar uma solução que pudesse ser considerada legítima, racional e produzisse menos rejeição entre os envolvidos”<sup>443</sup>.

A análise crítica do discurso, assim, realça o sentido de *construção* do discurso, entendendo que os juristas empregam sua linguagem para conseguir resultados, literalmente, para fazer coisas: condenar, absolver, conceder vantagens econômicas, guarda de filhos, isenção ou redução de impostos e assim por diante. Considerada uma metodologia eficaz para o estudo do direito, a análise de conteúdo de textos amplia a capacidade de realização do trabalho jurídico, essencialmente hermenêutico e argumentativo<sup>444</sup>.

## 4.2 Estratégias da argumentação jurídica

Para o fechamento desse estudo, será feita uma análise crítica do discurso fundamentador, sob a perspectiva retórica e argumentativa, da decisão de equiparação da união homoafetiva à união estável no Brasil. Diante do atual contexto de “sobrecarga do direito – e do Judiciário - como principal ambiente ético comum para o controle do excesso de disponibilidade ética”<sup>445</sup>, não é mais suficiente problematizar se compete ou não ao Judiciário decidir controvérsias que envolvam a prática do biopoder. É preciso examinar que tipos de decisões são construídos e quais são os argumentos decisoriais utilizados, considerando a multiplicidade de estratégias de argumentação e aportes discursivos envolvidos (argumentos morais, políticos, religiosos).

Concordando com MacCormick, afirma-se que é preciso saber muito, antes que se possa saber sequer o que é que se está procurando. Nesse sentido, o conhecimento do pesquisador dá pistas em várias direções que são dignas de reflexão e experimentação: “mesmo as descobertas mais espantosas e de criatividade mais brilhante envolvem necessariamente uma extrapolação a partir do que já se conhece, ao longo de linhas

---

<sup>443</sup> FEITOSA, 2010, p. 271. Cf. também, na mesma linha de pesquisa, SOUZA, Rubens Hess Marins de. Discurso decisório e democracia: uma perspectiva retórica. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord). **Constituição, democracia e justiça**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>444</sup> Apenas para constar, é sabido que a grande maioria das pesquisas sociais se baseia na entrevista, que é um método estabelecido e bem definido. Mas mesmo os pesquisadores sociais, muito mais avançados metodologicamente do que os juristas, não dão a mesma importância aos textos. Adeodato propõe a análise de texto como ferramenta para o estudo da dogmática jurídica em seus dois níveis (estratégico e analítico), deixando os diversos métodos de entrevistas de lado, pois “um método presencial não se coaduna com uma tese filosófica”. Cf. ADEODATO, 2011, p.113 e ss.

<sup>445</sup> ADEODATO, 2011, p.234-253.



determinadas pelo conjunto de conhecimentos teóricos existentes”<sup>446</sup>. É preciso partir de referenciais teórico e metodológicos.

O problema que se investiga nesse estudo é um problema de limite: limite de intervenção do Estado no exercício do poder e no controle das condutas humanas, e, conseqüentemente, limite da atuação do Judiciário no exercício da atividade jurisdicional. Considera-se que as decisões judiciais são construções racionais e devem ser fundamentadas por argumentação racional. O que não afasta, mas antes aproxima, em análise mais profunda, as influências mais subjetivas, da ordem do político, do econômico, da moral e da religião. O problema que se coloca então é: como tais fundamentos podem figurar na justificação de decisões, sem que isso comprometa a funcionalidade do sistema jurídico. Essa questão tem, à primeira vista, dois inconvenientes: parece remontar ao pré-iluminismo, quando Kant ainda não formulara o corte entre direito e moral<sup>447</sup> (e talvez ainda mais longe, quando os romanos ainda não haviam separado direito e religião); quando os conceitos modernos de República e soberania popular ainda não tinham sido formulados e afirmados como conquistas a serem preservadas; e parece, portanto, descabida ou deslocada no limiar do século XXI. Mas afinal trata-se de uma pergunta ainda pertinente, insistente às reflexões do tempo, talvez mais pertinente do que em qualquer outro período dos últimos dois séculos, tendo em vista a ascensão dos discursos e das práticas da biotecnologia.

---

<sup>446</sup> MacCORMICK, 2006, p.131.

<sup>447</sup> A compreensão do corte kantiano entre Direito e Moral escapa completamente à possibilidade desse estudo. Não seria possível aqui sediar essa discussão com o aprofundamento que ela exige. Mas, como resultado de uma conversa específica sobre o assunto com a prof<sup>a</sup>. Fayga Bedê, gostaria de acrescentar que o uso da expressão no texto objetivava mais a um efeito retórico do que a imersão na filosofia kantiana e na ideia de adequação exterior da conduta, embora se saiba que não se cita Kant de maneira impune em um trabalho acadêmico. Apenas para registrar, sobre Kant, afirma Habermas: “segundo Kant, o conceito de direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao *arbítrio* dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com a outra; e recebe a *autorização para coerção*, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso. O princípio do direito limita o princípio da moral sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral *reflete-se* na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc.”. HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade – v.01. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 140. Para uma releitura do pensamento kantiano, ver MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política** – teoria da Democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Em uma abordagem mais positivista, para Hart, “não se pode negar, em sua consciência, que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral como pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas com insistência por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceita. Mas é possível compreender erroneamente essa verdade, vendo-a como autorização para uma afirmação diferente: a de que um sistema jurídico deve necessariamente mostrar alguma conformidade específica com a moral ou a justiça, ou basear-se *obrigatoriamente* numa convicção amplamente difundida de que existe a obrigação moral de obedecer à lei”. HART, Herbert L. H. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p.239.

Este item trata do problema de identificação e análise dos elementos dos argumentos jurídicos oferecidos como justificativa para as decisões judiciais. Essa perspectiva somente pode se dá na argumentação, no campo da lógica informal. Embora se reconheça a importância histórica fundamental para a construção do legalismo, longe vão os tempos da defesa da exclusividade da aplicação da lógica formal para a atividade decisional, conforme defendido por Beccaria:

O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro. Nada mais perigoso do que o axioma comum, de que é preciso consultar o espírito da lei<sup>448</sup>.

A advertência expressa por Beccaria, entretanto, ainda é atual <sup>449</sup>. O estudo da argumentação jurídica, antes de ser um reconhecimento da liberdade do julgador, permite o acompanhamento dos argumentos decisoriais, e, portanto, algum controle da atividade decisional.

Convém, antes, lembrar que há muitas possibilidades de se referir ao Direito: como fenômeno, como estrutura, como função; existem teorias descritivas da norma e do ordenamento, teorias essencialistas e relativistas. Da Teoria Geral do Direito às teorias do Direito <sup>450</sup>, formaram-se escolas jurídicas moralistas e positivistas <sup>451</sup>. Veja-se a contribuição de N. Bobbio. Bobbio, ao afirmar que diante de uma norma jurídica, se pode colocar uma tríplice ordem de problemas (se ela é justa ou injusta; se ela é válida ou inválida; se ela é eficaz ou ineficaz), propõe uma teoria estruturalista da norma: são os três problemas distintos da justiça, da validade e da eficácia da norma jurídica <sup>452</sup>. O problema da justiça é um problema deontológico do Direito; o problema da validade é um problema ontológico do Direito; e o problema da eficácia é um problema fenomenológico do Direito. Para Bobbio, posturas reducionistas, diante dos três problemas citados, geraram as escolas do jusnaturalismo, do juspositivismo e do realismo jurídico. Bobbio opta por desenvolver uma teoria formalista do direito, “na qual a validade do direito se funda em critérios que

---

<sup>448</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** (1764). eBooksBrasil.com. Fonte digital < [www.jahr.org](http://www.jahr.org) >, p. 32.

<sup>449</sup> Sobre Beccaria e o positivismo, ver BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 40-41.

<sup>450</sup> Cf. DIMOULIS, 2006, p.22-27.

<sup>451</sup> Cf. SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica** – Introdução a uma leitura externa do Direito. 2 ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.21-48.

<sup>452</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.37 e ss.

concernem unicamente a sua estrutura formal, (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo”<sup>453</sup>. Examinando norma e ordenamento em sua estrutura, Bobbio desenvolve um estudo ontológico do Direito, que foi referência obrigatória nos cursos jurídicos, nas últimas décadas, no Brasil.

Outra proposta é a de que o direito é texto, palavra. A cultura jurídica ocidental é marcadamente influenciada pelas religiões ocidentais, que, por sua vez, se fundam em livros sagrados (a Bíblia, o Alcorão e a Torá)<sup>454</sup>. Como herança dessa tradição do uso da palavra escrita, constituíram-se duas espécies de vínculos de direito que nos asseguram e nos fazem assegurar: a lei e o contrato. Do lado da lei, encontram-se os textos e as palavras que se impõe a nós independentemente de nossa vontade; do lado do contrato, as palavras que vinculam procedem do livre acordo com outrem. Nessa perspectiva foram inseridas as teorias hermenêuticas do Direito.

Uma outra proposta de descrever e analisar o Direito diz respeito a sua forma de apresentação enquanto *fala*, ou mais especificamente, enquanto *discurso*. Segundo Neves, na teoria habermasiana encontra-se a distinção entre ação e discurso. No plano da ação, que faz parte de nossa prática cotidiana, as pretensões de validade dos atos de fala são ingenuamente aceitas, não sendo problematizadas. O ingresso no plano do discurso acontece quando ações – ou atos de fala – são problematizadas e exige-se justificação do falante. A partir daí há necessariamente um intercâmbio de argumentos. E assim, o discurso exige fundamentos ou justificações, implicando uma argumentação<sup>455</sup>. Compreendido como discurso articulado, derivado de procedimentos complexos, que se deixa analisar não só como significado, significante, mas como decisão produzida sob o constrangimento da justificação, o Direito se presta a ser conhecido por meio do estudo do raciocínio judicial. Segundo Habermas, enquanto seres históricos e sociais, “encontramo-nos desde sempre num mundo estruturado linguisticamente<sup>456</sup>. Assim, desde sempre nas formas de comunicação, por meio das quais as pessoas se entendem uma com as outras, existe um poder transcendental uma vez que a língua não é uma propriedade privada: “ninguém dispõe exclusivamente do meio comum de compreensão, o qual devemos compartilhar intersubjetivamente. Nenhum participante

---

<sup>453</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p.131.

<sup>454</sup> Cf. ROULAND, 2008, p. 61-69.

<sup>455</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 97.

<sup>456</sup> HABERMAS, Jünger. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 15.

individual pode controlar a estrutura ou mesmo o desenrolar dos processos de compreensão e autocompreensão”<sup>457</sup>. Habermas insiste que não se trata de uma questão de arbítrio subjetivo, mas da personificação do poder do intersubjetivo. Vila, estudando o problema do direito como prática social dinâmica, na qual se argumenta, se discute e se emitem juízos que se pretendem corretos, chama atenção para o fato de que, sobretudo nas últimas décadas, o estudo do raciocínio judicial vem se constituindo e como objeto de interesse na literatura jusfilosófica; para a autora, esse tipo de análise tem-se demonstrado apto para explorar questões mais gerais acerca do que é o Direito, como o conhecemos e quais os seus limites<sup>458</sup>.

Uma tentativa de trabalhar com a argumentação jurídica requer, antes, a fixação de certos pressupostos. Primeiro, é preciso entender porque o juiz “argumenta”: argumentar significa fazer uso da razão para efetuar uma escolha (decidir qual é a forma correta de se comportar considerando que haja escolha). Embora problematize a distinção entre argumentar e argumentação, Guerra afirma que todo argumento é, numa análise esquemática, um conjunto de locuções, ou seja, “coisas ditas”<sup>459</sup>. Assim, podem ser objeto de análise crítica.

Segundo, considera-se que o processo crucial para a atividade jurídica é a atividade de aplicar normas, para além de interpretá-las. Assim, analisar a argumentação jurídica é um ponto fundamental para entender essa estrutura racional. A racionalidade aqui se refere à ideia de adoção de princípios de correção: pensamento correto e correta justificação. Mais além, conforme Ferraz Júnior, “os princípios da razão presidem a forma do calcular e do pensar corretamente e também o sentido de agir corretamente”<sup>460</sup>. Por terceiro pressuposto, acrescente-se que o processo de aplicar normas possui uma estrutura racional lógica, que pode expressar-se tanto na forma de raciocínio dedutivo como na forma de justificações de segunda ordem, configurados certos fatores<sup>461</sup>. Serão, então, utilizadas como ferramentas de análises

---

<sup>457</sup> HABERMAS, 2012, p. 16.

<sup>458</sup> VILA, Marisa Iglesias. **El problema de la discreción judicial** – una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999, p. 16. Trata-se de estudo de interface entre Hart e Dworkin, na qual a autora ao final posiciona-se favorável à linha dworkiniana do direito como integridade ou coerência narrativa.

<sup>459</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Argumentação e decisão judicial – uma introdução**. Manuscrito fornecido pelo autor, p. 05.

<sup>460</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990, p. 323.

<sup>461</sup> Cf. MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Trata-se de uma obra referenciada no positivismo de H. Hart e, em parte, orientada para refutar o pensamento de R. Dworkin, especialmente aquele constante no *Taking rights seriously*. MacCormick utiliza como método o exame de vários casos jurídicos, desde casos mais simples aos mais complexos (bem ao modo sugerido por Hart), examinando o problema de interpretação e construção da argumentação jurídica sediada nas decisões.

as modalidades de argumentos sugeridas por N. MacCormick. MacCormick parte da compreensão hartiana de *hard cases* para afirmar que na atividade jurisdicional existem casos que se resolvem dedutivamente, enquanto outros exigem a *argumentação de segunda ordem*, ou seja, a utilização de estratégias argumentativas que superem a insuficiência da lei. Será analisado em que medida se afirma a insuficiência da lei, especialmente em razão da crescente complexidade nas relações humanas, ampliada pelas práticas da biopolítica e pelo uso da biotecnologia. Outras ferramentas de análise da argumentação serão utilizadas a partir da filosofia retórica proposta por João Maurício Adeodato. Esses estudos têm por objetivo fornecer as ferramentas para a análise que se empreenderá em seguida.

Um sistema de direito positivo de um Estado moderno engloba uma tentativa de consolidar amplos princípios de conduta na forma de normas relativamente estáveis, claras, detalhadas e objetivamente compreensíveis, bem como de fornecer um processo aceitável e inspirador de confiança interpessoal para fazer vigorar essas normas. Ocorre que muitos problemas surgirão no momento em que esse sistema tiver de ser aplicado, ou seja, posto para funcionar (daí a metáfora do *juiz Hércules*). O processo de aplicação da norma se reveste de uma importância central dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de pensar dentro de um esquema no qual a) a norma é uma formulação relativamente concreta de princípios mais abstratos, que convivem em uma dimensão política; b) trata-se de uma sociedade juridicamente organizada no contexto de um Estado de Direito; c) deve ser considerado que há uma permanente tensão entre esses princípios mais abstratos; d) essa tensão exerce pressão para o estabelecimento de normas que firmem uma determinada posição para determinados tipos de situação; e) é o processo político que tem por foco o debate a respeito do justo equilíbrio e da determinação de princípios, bem como pelo impacto dessas determinações sobre os interesses de indivíduos e classes; e f) o processo legislativo é o que confere forma determinada ao resultado momentâneo do debate político, pela promulgação de normas com o objetivo de solidificar uma perspectiva específica da ordem das coisas. Essas normas promulgadas, portanto, merecem um respeito especial <sup>462</sup>.

Em estudo sobre a motivação da decisão em sede de jurisdição constitucional, Saitta se posiciona no mesmo sentido de MacCormick no que se refere à possibilidade de

---

<sup>462</sup> MacCORMICK, 2006, p.XII.

coexistência da lógica formal e da retórica no raciocínio jurídico. Por isso, para o autor, a fundamentação de uma decisão judicial pode conter uma motivação demonstrativa e uma motivação persuasiva. Sob a perspectiva perelmaniana, Siatta identifica na sentença civil a prevalência do raciocínio lógico demonstrativo, enquanto a sentença constitucional é prevalentemente retórica. Para Siatta,

Não se deve radicalizar e cindir a argumentação retórica daquela dedutiva, senão a custo de perder o contato com a realidade, uma vez que esta já não seria coisa alguma, não seria feita de branco ou preto, mas de uma série infinita de cinza, e porque, além disso, fica evidente que quase sempre a sentença constitucional apresenta elementos heterogêneos que parecem refletir mais um raciocínio lógico-formal que retórico. Assim, quase sempre, os dois aspectos coexistem em uma mesma motivação, tão reciprocamente entrelaçados que se confundem numa unidade<sup>463</sup>.

Convém, antes de continuar, referir-se à compreensão de Guerra, para quem toda ação comunicativa contém uma intenção persuasiva:

Quanto a esse ponto, cumpre observar, inicialmente, que toda ação humana marcada por intenções comunicativas, toda tentativa de um sujeito se comunicar com outro, já está conceitualmente caracterizada pela presença constante de uma ‘intenção persuasória’. (...) O juiz tem o dever de apresentar razões para sua decisão, mas não teria o dever de persuadir as partes de nada. Do contrário, chegar-se-ia à absurda conclusão de que uma sentença condenatória que não persuadissem o réu a cumprir a prestação que lhe foi imposta, seria uma sentença nula!<sup>464</sup>.

De tudo isso, cabe destacar algumas observações. Primeiro, a questão da persuasão como um elemento ou não da justificação da decisão judicial é um pseudoproblema. Segundo, a constatação de que as normas promulgadas nunca serão suficientes para resolver todas as controvérsias em casos específicos não exclui sua utilidade em todos os demais casos. Terceiro, embora existam normas consensuadas e instituições políticas com autoridade e poder para garantir e seu cumprimento – tarefa de qualquer Estado que aspire à condição de Estado de Direito - a solução de controvérsias por meio da interpretação das normas não afasta, mas, antes, mantém em jogo os argumentos de princípio subjacentes às normas, o que deve ocorrer, entretanto, de modo diferente do que ocorre no

---

<sup>463</sup> “Invero, il discorso non può essere crudamente radicalizzato scindendo in moto neto le argomentazioni retoriche da quelle deduttive, se non a costo di perdere il contatto con la realtà giacché questa non è mai così netta, non è fatta soltanto di bianchi o di neri, ma da una serie infinita di grigi, e perché, d’altronde, risulta subito evidente che quasi sempre le motivazioni delle sentenze costituzionali presentano elementi eterogenei che sembrano rispecchiare sia ragionamento logico-formali che retorici. Anzi, quasi sempre i due profili coesistono nelle medesime motivazioni, supportandosi ed intrecciandosi reciprocamente così da confondersi in unità”. Cf. SIATTA, Antonio. **Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della corte costituzionale**. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1996, p. 104.

<sup>464</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Argumentação e decisão judicial** – uma introdução. Manuscrito fornecido pelo autor, p. 06-07.

processo político. Por isso, como mais adiante se voltará a afirmar, o direito é distinguível do político: o sistema político é instável intrinsecamente e o sistema jurídico deve ser estável para ser funcional, pelo menos dentro da proposta da modernidade do Direito como sistema de estabilização de expectativas.

Assim, sempre há princípios subjacentes disponíveis para quem deseje restringir, derrogar ou até mesmo revogar um discurso expresso em termos de normas. Na aplicação da norma, muitos serão os obstáculos a serem enfrentados pelo aplicador: pode-se contestar a interpretação da norma como uma fórmula verbal estabelecida (problemas de interpretação); pode-se questionar a correta classificação dos fatos ocorridos como representativos ou não dos fatos operativos estipulados na norma formulada (problemas de classificação ou acerto dos fatos); pode-se, finalmente, discutir se alguma norma chega a ser formulável de modo que justifique a reivindicação de uma penalidade à luz das alegações de fato (problema de pertinência). Como enfatiza MacCormick, os problemas de interpretação, de classificação e de pertinência são endêmicos no pensamento jurídico e nos processos judiciais: “as modalidades de raciocínio prático que podem ser desenvolvidas para solucionar esses problemas são, portanto, um tópico para o estudo mais detido em qualquer tentativa de elucidar a plena complexidade da argumentação jurídica”<sup>465</sup>.

Para a proposta de MacCormick, dois aspectos são fundamentais. O primeiro é a insistência na ideia da razão prática. Nesse caso, são tidos como pressupostos: a) que os seres humanos não são organismos acionados pela mera reação a estímulos no ambiente; b) que nenhuma explicação do comportamento humano que deixe de fazer referência às razões subjetivas pelas quais um ato é realizado pode ser completa ou adequada; e c) que a tentativa de expressar princípios para a ação pertence ao terreno da argumentação voltada para as questões práticas da vida. O segundo aspecto fundamental é que MacCormick pressupõe a aceitação da ideia de função justificatória da argumentação jurídica. Assim, subjacente ao objetivo prático da persuasão, existe uma função de justificação, isto é, juízes são nomeados para, como solucionadores imparciais de disputas, solucionar controvérsias de acordo com a lei, ou seja, devem apresentar razões justificatórias.

---

<sup>465</sup> MacCORMICK, 2006, p.XV.

A questão principal perseguida por MacCormick é como as decisões podem ser justificadas quando nenhuma argumentação dedutiva basta para justificá-la <sup>466</sup>. Dizendo de outro modo: pressupondo que cada juiz tem o dever de aplicar normas de direito, deve ser, antes de tudo, possível para um juiz identificar as “normas de direito” para essa finalidade. Já se chega, assim, ao ponto crucial das teorias do direito, especialmente o juspositivismo de H. Hart, na constatação de que

todo sistema jurídico compreende, ou pelo menos inclui, um conjunto de normas identificáveis por referência a critérios comuns de reconhecimento. E que o que constitui esses critérios como critérios de reconhecimento para um sistema jurídicos é a aceitação geral, pelos juízes daquele sistema, de que seu dever consiste em aplicar normas identificáveis por referência a eles <sup>467</sup>.

Um outro desdobramento da importância das regras é que os juízes são juízes porque existem normas que os tornam juízes; as normas que os tornam juízes são normas do direito porque os juízes a reconhecem como tal. Refutando a argumentação circular, MacCormick afirma que

Os Tribunais não são instituições autônomas dotadas de legitimidade por sua própria voz, revestida de poder por seu próprio vigor orgânico. Trata-se de instituições estabelecidas (não importa com que grau de informalidade ou formalidade) por uma comunidade maior da qual derivam sua legitimidade e autoridade para solucionadores de controvérsias. A efetiva força das sentenças que proferem depende em primeiro lugar da aceitação de sua autoridade por parte daqueles a quem as sentenças são dirigidas; e em segundo lugar (relativamente mais tarde no desenvolvimento histórico) da aceitação de sua autoridade por parte dos encarregados de executar essas sentenças que de fato exercem algum grau (frequentemente considerável) de poder coletivo. [...] Para que cheguem a existir ‘juízes’, no nível analítico mais simples e mais informal, precisamos portanto postular a existência de algum grupo de pessoas que atribua a algum indivíduo de seu meio a função de solucionar controvérsias. É preciso que haja uma obrigação socialmente reconhecida que faça com que esse ‘juiz’, ou esses ‘juízes’, ordene que a disputa seja resolvida de determinado modo. E é preciso que exista uma obrigação socialmente reconhecida que façam com que as partes aceitem e cumpram essa decisão <sup>468</sup>.

Na estrutura judicial sofisticada e institucionalizada dos Estados modernos, constitui-se numa meta-norma a determinação de que os juízes atuem em seus tribunais obrigados ao dever de aplicar as leis do Parlamento, sempre que elas forem pertinentes e aplicáveis. Faz parte da compreensão comum do princípio da separação de poderes e do princípio da legalidade (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei). O conjunto de dispositivos que estabelecem competências compõe um

---

<sup>466</sup> MacCORMICK, 2006, p. 67.

<sup>467</sup> MacCORMICK, 2006, p. 69.

<sup>468</sup> MacCORMICK, 2006, p. 69-70. No mesmo sentido, HART, 2012, p. 262.



quadro referencial normativo que rege diariamente a conduta dos juízes e, portanto, não são normas cuja existência dependa em termos exclusivos e suficientes da vontade dos juízes. Elas são aceitas e observadas, no mínimo, pela substancial maioria dos grupos mais poderosos e influentes da sociedade. Assim, vale a pena ressaltar que o que distingue um juiz de direito, por exemplo, de um árbitro, é a sua posição e seu dever institucionalizados. Alguém que seja nomeado juiz assume uma posição no interior de uma instituição bastante bem definida, “um tribunal”, e, em consequência de sua nomeação, sujeita-se ao dever de resolver disputas que se apresentem diante dele em conformidade com a lei.

Essa é decerto, uma formulação simplificada de uma questão complexa, mas sua utilidade está no modo pelo qual ela indica o necessário inter-relacionamento entre as instituições judiciais e legislativas no Estado moderno:

O fato de ser uma consequência essencial da nomeação para a magistratura que o juiz deva aplicar normas válidas do direito ao exercer sua competência indica o inter-relacionamento entre as decisões judiciais e a legislação – porque a legislação é por excelência o processo por meio do qual são criadas normas válidas do direito. Exatamente como existem tribunais instituídos cuja função central é o julgamento de disputas em consonância com normas válidas do direito, também existem legislaturas instituídas: órgãos que têm existência e integrantes determinados por normas constitutivas, órgãos aos quais normas ‘consequentes’ conferem poderes de legislar. Ao cumprir procedimentos definidos formalmente, as legislaturas podem promulgar normas que (sujeitas a todas as condições referentes a maneira e forma de promulgação, e da faixa substantiva de competência) constituem ‘normas válidas de direito’. Daí, o crucial inter-relacionamento entre as instituições judiciária e legislativa: esta última determina o *teor* dos deveres da primeira, enquanto a primeira, ao exercer esse dever, não pode deixar de se descobrir definindo a faixa de competência da última<sup>469</sup>.

A legislação é, por excelência, na modernidade, o processo por meio do qual são criadas normas válidas em direito. Por meio do procedimento legislativo, têm-se critérios de validade mais ou menos exatos que possibilitam distinguir com clareza razoável o que é e o que não é a lei devidamente promulgada. E aqui se tem uma definição mais ou menos clara da fonte do direito no sentido positivista, permissiva da tese da “norma válida”. É certo que se pode sempre afirmar que na aplicação da norma vão surgir problemas de interpretação e pertinência, bem como de classificação dos fatos pertinentes. E assim a questão se põe, então, nesses termos: como construir uma argumentação jurídica quando o limite da existência de norma válida tiver de ser ultrapassado. Nesse caso haverá o que MacCormick denominou justificação de segunda ordem, que envolve a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais, “escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema

---

<sup>469</sup> MacCORMICK, 2006, p. 73.

jurídico operante; e esse contexto impõe algumas limitações óbvias ao processo”<sup>470</sup>. A atividade de julgar, nesses termos, não é nenhuma descoberta, não há um lampejo de percepção revelador. As decisões judiciais devem ser o resultado de um processo racional e devem fazer sentido tanto no mundo (pelo que resolve uma controvérsia no mundo real) quanto no contexto do sistema jurídico (uma vez que formula deliberações universalizantes). Os dois contextos devem estar o mais próximo possível um do outro.

Assim, as justificações de segunda ordem no direito envolvem a verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra, bem como a rejeição daquilo que não satisfaz testes pertinentes. Essa argumentação envolve três aspectos: o modo *consequencialista* de argumentar, uma atividade avaliatória, e, pelo menos em parte, um aspecto subjetivista<sup>471</sup>. No primeiro caso, o julgador considera as consequências de adotar uma deliberação por um lado ou por outro, até o ponto de examinar os tipos de decisão que teriam de ser tomados em outros casos hipotéticos que poderiam ocorrer e que se enquadrariam nos termos da deliberação. Uma argumentação de caráter avaliatório indaga sobre a aceitabilidade ou inaceitabilidade das consequências; os juízes caracteristicamente referem-se a critérios como o da “justiça”, “senso comum”, “interesse público” e “conveniência” ao avaliar as deliberações determinadas. Por fim, as justificações de segunda ordem são em boa parte subjetivas:

Os juízes, ao avaliar as consequências de possíveis deliberações opostas, podem atribuir pesos diferentes a critérios diferentes de avaliação; podem divergir quanto ao grau de injustiça percebida, ou do inconveniente previsto que resultará da adoção ou da rejeição de uma determinada deliberação. De modo não surpreendente, eles divergem, às vezes de modo acentuado e veemente quanto a sua opinião final, considerados todos os aspectos, sobre a aceitabilidade ou inaceitabilidade de uma deliberação em exame. É nesse ponto que chegamos aos fundamentos das preferências de valor que moldam nosso raciocínio, mas que não são demonstráveis por ele. Nesse nível, pode haver diferenças insolúveis de opinião entre pessoas racionais e de boa vontade<sup>472</sup>.

Esses problemas são especialmente visíveis no modelo de julgamento colegiado brasileiro, no qual se discutem de forma aberta e são registradas todas as divergências que compõem os votos. Surgem muitos espaços disponíveis para os subjetivismos. E, por isso, é o momento no qual mais é preciso afirmar, com mais veemência, que há limites para o subjetivismo. Especialmente em regimes democráticos, a norma-lei não pode simplesmente

---

<sup>470</sup> MacCORMICK, 2006, p. 129.

<sup>471</sup> MacCORMICK, 2006, p. 133 e ss.

<sup>472</sup> MacCORMICK, 2006, p. 134.

ser posta de lado em nome dos subjetivismos. Mesmo insistindo na excepcionalidade desses casos (possíveis deliberações opostas), devem ser observados sem receio os limites textuais da interpretação, conforme A. Barak, ao analisar o problema da interpretação constitucional:

Eu sou um juiz. Para mim, a constituição é um documento operacional. Eu decido casos extraindo significados a partir do seu texto. O processo de extrair significados de um texto constitucional, como de qualquer outro documento, é dito processo de interpretação, e então a questão que se põe para mim é: como você interpreta a constituição? Não é uma resposta afirmar ‘palavras não tem significado; faça tudo que você acha que seja politicamente funcional’. Palavras tem, sim, um significado. Um cigarro não é um elefante. Eu sou um juiz, não um político. Eu não tenho agenda política. Eu não represento o constituinte. Não é o meu papel, tampouco eu o desejo, de impor minha vontade subjetiva em termos políticos. [...] Também não é uma resposta dizer ‘leia o texto e o aplique’. Ler e aplicar requer um passo intermediário: construir. As palavras de uma constituição, como as palavras de qualquer outro documento, podem ter muitos significados<sup>473</sup>.

Desta forma, retomando o problema da argumentação, insiste-se em lembrar que essas estratégias são para casos excepcionais e não para casos simples do cotidiano dos julgadores na aplicação da lei penal e da lei civil. Não que seja possível afirmar que o juízo distintivo entre casos excepcionais e caso simples seja simples. Mas um caso de alteração do nome no registro público em razão de inconveniente vexatório ou para agregar voluntariamente apelidos notórios não tem equivalência com o pedido da mudança de nome em razão de mudança de sexo. O pedido (alteração de nome no registro público) é o mesmo, mas o fundamento do pedido é outro, bem diferente<sup>474</sup>.

Assim, o recurso a essas estratégias argumentativas não podem afastar-se da ideia de que existe um sistema jurídico como corpo razoavelmente coeso e coerente de normas, cuja observância garante certos objetivos previamente valorizados. É importante destacar que o respeito a esse limite deve impor o descarte de uma deliberação que de outro modo seria interessante, mas que apresenta um conflito insolúvel com normas válidas e estabelecidas. No

---

<sup>473</sup> “I am a judge. For me, a constitution is an operational document. I decide cases by extracting meaning from its text. The process of extracting meaning from the text of the constitution, as with any document, is the process of interpretation, and so the question present to me is: how do you interpret a constitution? It is not an answer to say “Words have no meaning; do whatever you think politically expedient.” Words *do* have meaning. A cigarette is not an elephant. I am a judge, not a politician. I do not have a political agenda. I do not represent a constituency. It is not my role, nor do I desire, to impose my subjective will on the policy. (...) It is also no answer to say “read the text and apply it”. To read and apply requires the intermediate step; to construe.” BARAK, Aharon. *Hermeneutics and constitutional interpretation*. In: ROSENFELD, Michel (ed). **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy** – theoretical perspectives. London: Duke University Press, 1994, p. 253.

<sup>474</sup> Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas?. In: **Opinião Jurídica**: Revista do curso de Direito da Unichristus. Ano X, n. 14, 2012, pp. 231-252. Disponível em < [http://www.fchristus.com.br/downloads/opiniaop\\_juridica/revista\\_opiniaop\\_juridica\\_14\\_edt.pdf](http://www.fchristus.com.br/downloads/opiniaop_juridica/revista_opiniaop_juridica_14_edt.pdf) > . Acesso em 04.out.2013. O autor chama atenção para o fato de que, no uso dos precedentes judiciais, é preciso examinar os fundamentos da causa que originaram a decisão.

que diz respeito à coesão no direito, segundo MacCormick, “há um mandamento judicial fundamental: não contradirás normas de direito estabelecidas e vinculantes”<sup>475</sup>. Se tal mandamento não existisse, a tese da validade da norma, em qualquer uma de suas versões, não produziria absolutamente nenhum efeito. O que precisa ser realçado, insista-se, é a própria questão de que nenhuma quantidade de argumentação consequencialista convincente, nem de argumentação a partir de princípios, teria bastado para justificar a não aplicação de normas. Assim, trata-se do delicado equilíbrio entre o “não contradirás uma lei do parlamento” e a contingência de uma interpretação e aplicação de determinada lei que seja compatível com a deliberação que se considera correta por outros motivos e que não represente violação desse mandamento<sup>476</sup>. Não se trata, dessa forma, apenas do fato de que uma decisão deva ser justificada por bons argumentos a partir de consequências e/ou a partir de princípios ou analogias: é também preciso demonstrar que ela não é incompatível com as normas estabelecidas.

Assim, o desconforto surge porque os juízes reconhecem uma obrigação de não contradizer normas estabelecidas do direito, de não institucionalizar normas conflitantes, mas sim de proferir apenas aquelas decisões que possam encaixar-se sem incompatibilidade num conjunto de normas já estabelecidas. Não se nega que cada processo de interpretação envolve uma modificação do entendimento de normas previamente estabelecidas, dentro de uma esfera de discricionariedade do juiz, e que cada processo de argumentação demande o recurso a várias estratégias. No caso da interpretação, o recurso à ideia de discricionariedade judicial ajuda a resolver a questão. Segundo Barak, discricionariedade é “o poder que tem o juiz para escolher entre várias interpretações alternativas, cada uma delas igualmente legal: não há interpretação sem discricionariedade”<sup>477</sup>. Mas não se pode chegar ao extremo de afirmar uma visão ceticista da norma que autorize a afirmação de que leis e jurisprudência são em todas as circunstâncias tão indeterminadas ao ponto de não impor absolutamente nenhum limite às possíveis faixas de interpretação ou explicação. Entre as razões apontadas por MacCormick para afirmar a observação de requisitos quando da justificação jurídica de segunda ordem está a de que há limites para a esfera de atuação da atividade judicial legítima: os juízes devem

---

<sup>475</sup> MacCORMICK, 2006, p. 255.

<sup>476</sup> MacCORMICK, 2006, p. 256.

<sup>477</sup> “Judicial discretion is the power of the judge to choose among several interpretative alternatives, each of which is lawful. There can be no interpretation without discretion”. BARAK, 1994, p. 257.

fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parecer a seus olhos uma forma de sociedade idealmente justa<sup>478</sup>.

Por fim, as teses de MacCormick afirmam também que os Tribunais não deveriam aplicar as leis no sentido menos óbvio, em vez do mais óbvio, se não tiverem bons motivos para fazê-lo. As razões que constituem, por sua vez, “boas” razões para agir desse modo são razões consequencialistas, razões de princípios jurídicos ou (com maior peso) os dois tipos de operação associadas<sup>479</sup>. Quanto mais fortes o juiz considerar que sejam essas razões de consequências, mais bem justificado ele há de se considerar ao descartar a presunção de que os significados mais óbvios devem ser preferidos, e há de se tornar mais disposto a “forçar” o sentido das palavras promulgadas, embora não a ponto de desrespeitá-lo. Portanto, no que se refere às regras de interpretação, afirma-se a presunção de aplicar a lei em seu significado mais óbvio, uma obrigação a ser preservada com bastante rigidez no sentido de somente preferir decisões que possam ser justificadas de acordo com alguma deliberação compatível com algum sentido desprovido de demasiada violência para com o uso linguístico aceito atribuível a dispositivos legais pertinentes. Somente dentro desse limite, evitando interpretar a lei de forma a dar ensejo a algum absurdo e de forma que anule o real objetivo do legislador, as razões de consequência podem justificar o recurso a significados menos óbvios.

O problema está ainda em definir o que é o óbvio de expressões numa lei, sem com isso envolver julgamentos de valor. Ainda assim, é possível afirmar que existem expressões utilizadas em lei que são totalmente desprovidas de ambiguidade e simples em seu significado. Como MacCormick assinada, o legislador deve conhecer bem a função normativa dos enunciados veiculados nas normas jurídicas. Assim, é possível atribuir ao Legislativo a intenção de que as cláusulas promulgadas entrem em vigor como normas jurídicas válidas, aptas a produzirem o efeito normativo nas pessoas. Dessa forma, entende-se que é possível atribuir um significado (mais ou menos) preciso a uma lei<sup>480</sup>.

J.M. Adeodato, por sua vez, propõe uma teoria retórica da norma jurídica. Estabelece, na defesa de sua proposta, as “teses de base”, segundo as quais: a) a retórica é filosofia e opõe-se à filosofia ontológica; b) enquanto filosofia, a retórica é uma forma de

---

<sup>478</sup> MacCORMICK, 2006, p. 136.

<sup>479</sup> MacCORMICK, 2006, p. 270.

<sup>480</sup> Aqui lembrando a afirmação de que “a ordem jurídica e a ordem estatal podem ser, sem dúvida, mais ou menos legítimas”. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Introdução. MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (Org). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 19-20, p. 10.

ação, para além de seus aspectos estratégicos e ornamentais; e c) a retórica não consiste apenas em consenso e persuasão, embora ambas sejam parte importante dela<sup>481</sup>. A retórica, segundo Adeodato, para além de sua função persuasiva, “pode também servir para adequar melhor o ser humano a seu meio, tanto no que respeita ao conhecimento dos relatos descritivos quanto no relacionamento ético com os demais seres humanos”<sup>482</sup>. Para a filosofia retórica, a linguagem não é apenas o meio para o conhecimento do mundo real, ela é o único mundo perceptível:

Todo objeto é composto pela linguagem, o que significa dizer que o conhecimento é formado por acordos linguísticos intersubjetivos de maior ou menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais, temporários, autorreferentes, e assim passíveis de constantes rompimentos<sup>483</sup>.

Para a filosofia retórica, entre os muitos relatos concorrentes que existem, os relatos vencedores serão “os fatos”, a “realidade”. O compromisso ético da retórica é firmado pela possibilidade permanente do controle público da linguagem. Para Adeodato, o prestígio da ontologia, em detrimento da retórica, deve-se ao apoio da religião e da ciência à ontologia, avessas ao ceticismo da retórica<sup>484</sup>. Ademais, consideram-se como obstáculos à aceitação da retórica sua negação da objetividade absoluta do conhecimento, bem como a dificuldade de convivência do ser humano com o incômodo da dúvida e sua necessidade da verdade. Se o problema da verdade é um problema subjacente nessa tese, o fato é de que ele o é em toda reflexão sobre o homem e principalmente sua relação com o conhecimento. O problema da verdade é colocado em termos de valor social da verdade por M. Taruffo, pugnando pelo retorno epistemológico da verdade, um valor social de extrema importância na democracia.<sup>485</sup>

Enquanto, na ontologia, a linguagem é um meio para descobrir a verdade, na retórica, a linguagem compõe o que seja a verdade e também o direito. Isso importa em indagar não o que “são” norma e direito, mas “quais os sentidos” das palavras ‘norma’ e ‘direito’, ou seja, o que significam, como convencionalmente estabelecidos. Na retórica, além

---

<sup>481</sup> Cf. ADEODATO, 2011, p. 3-4.

<sup>482</sup> ADEODATO, 2011, p. 17.

<sup>483</sup> ADEODATO, 2011, p. 6.

<sup>484</sup> Durante a orientação, muitas foram as lições de epistemologia, que referem à tese da falibilidade do conhecimento como um meio termo entre o ceticismo (no qual nada existe) e o anarquismo (no qual tudo é possível).

<sup>485</sup> Cf. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. Como a contribuição de Adeodato nesse estudo é o de oferecer instrumentos de análise para a decomposição da argumentação jurídica, preferiu-se (não sem muitas discussões) manter o foco na busca de fixação desses instrumentos de análise, sem descuidar da importância da questão da verdade.

de se considerar a verdade e a justiça únicas e corretas como “ilusões altamente funcionais”, tem-se, nos acordos precários da linguagem, a única garantia possível. Além de serem temporários, autodefinidos e circunstanciais, referentes a promessas que são frequentemente descumpridas em suas tentativas de controlar o futuro, esses acordos são tudo o que pode ser chamado de racionalidade jurídica <sup>486</sup>.

Por essa razão, as falas – os votos – dos Ministros do Supremo Tribunal Federal foram o objeto privilegiado nesse estudo, prisma por meio do qual se pretende ver o Direito. O objetivo não é outro senão o de realizar o controle público dessa fala, cumprindo a função de controle ético tal como proposto pela retórica.

Sob a perspectiva da ética, os problemas dizem respeito ao progressivo esvaziamento do conteúdo ético previamente definido nos fundamentos do direito positivo, o que relaciona o problema à ideia de que o mundo contemporâneo é complexo. O aumento progressivo da complexidade social afastou o Direito das demais ordens normativas (como a moral e a religião, que não se confundem com o Direito, mas são parceiras), provocando um distanciamento entre as fontes do direito e os conceitos normativos que procuram expressar. Boaventura de Sousa Santos afirma que ao fim dos monopólios de interpretação (da família, da Igreja ou do Estado), levado a cabo com êxito pelo paradigma da modernidade, não parece seguir-se a autonomia de interpretação, mas antes a renúncia à interpretação: “as sociedades capitalistas avançadas parecem bloqueadas, condenadas a viver do excesso irracional do cumprimento do projeto da modernidade e a racionalizar num processo de esquecimento ou autoflagelação o déficit vital das promessas incumpridas (sic)” <sup>487</sup>. Esse efeito dificulta muito a atividade do intérprete e do aplicador.

No que diz respeito ao Direito, segundo Adeodato, a retórica contribui ao desenvolver dois procedimentos: uma teoria da interpretação e uma teoria da argumentação específicas. A argumentação é constituída por estratégias que têm por objetivo trazer os circundantes para determinada interpretação, dando-lhe consistência por força do controle público da linguagem <sup>488</sup>. Ferraz Júnior, por sua vez, propõe o sentido de ciência do direito (sistema de conhecimentos sobre a realidade jurídica) como um saber tecnológico que tem por

---

<sup>486</sup> ADEODATO, 2011, p. 17.

<sup>487</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. 7 ed. Porto: Afrontamentos, 1999, p. 89-90. Para o autor, o excesso de regulamentação e o conseqüente déficit de emancipação deixaram as sociedades capitalistas à beira de um bloqueio global de alternativas emancipatórias.

<sup>488</sup> Cf. ADEODATO, 2011, *passim*.

objetivo criar condições para a tomada de decisões. Daí a ideia de decidibilidade do conflito como o problema central da ciência dogmática do direito<sup>489</sup>. A ciência do direito pode, portanto, ser entendida como uma teoria da decisão, assumindo um modelo empírico, voltado para o problema da decidibilidade normativa dos conflitos. Assim, a investigação jurídica não deve limitar-se a saber se o direito é um sistema de controle, mas, assumindo-se que ele o seja, investigar *como* se deve fazer para exercer esse controle. E o problema da decisão está ligado aos processos deliberativos, ou, como já posto, em saber como uma previsão genérica e idealizada controla a decisão única e concreta.

O fato é que uma decisão jurídica é o resultado de um procedimento que envolve interpretação e argumentação. Para a retórica, por intermédio da linguagem, o fenômeno jurídico se dá na seguinte sequência: um evento previsto em um texto é tido pelos circunstâncias como ocorrido; o evento ganha um sentido normativo, ao mesmo tempo em que o texto da norma transforma-se em realidade. Essa operação envolve o poder de dizer a realidade, ser *o dono do discurso*. Conforme Adeodato, “em uma sociedade de risco, o mais importante para ter poder jurídico e político é o poder retórico de definição, o que Foucault já enfatizara com sua noção de discurso”<sup>490</sup>.

Uma contribuição importante para a resposta que se formule para a questão de como um texto geral prévio pode fundamentar uma decisão concreta tem de partir da ideia da separação entre texto e norma, definitivamente estabelecida pela metódica estruturante de F. Müller. Assim sendo, há todo um procedimento para a concretização normativa, partindo do âmbito normativo à decisão concreta: “a norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes se encontram apenas fontes primárias, os textos normativos. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial”<sup>491</sup>. A norma jurídica é, assim, um conceito complexo, composto do âmbito normativo (conjunto parcial de todos os fatos relevantes) e do programa normativo (resultado provisório da interpretação de todos os dados linguísticos). Por sua vez, “concretização da norma não significa tornar mais concreta uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a construção da norma jurídica no caso

---

<sup>489</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. 1 ed, 3 tir. São Paulo: Atlas, 1990, p. 88 e ss.

<sup>490</sup> FERRAZ JÚNIOR, 1990, p. 283.

<sup>491</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 290. Ver sobre a metodologia estruturante, ADEODATO, 2011, p. 223-226.



concreto”<sup>492</sup>. Prosseguindo, Müller ressalta que essa concepção da norma leva a sério o trabalho jurídico como ação concreta de seres humanos; é fundamentada no âmbito da teoria da ação e adota uma abordagem pragmática da linguagem, vez que todo trabalho jurídico ocorre dentro da linguagem, é uma forma especial de linguagem. Para a elaboração da norma jurídica, ou seja, sua construção com base no caso jurídico e nos textos normativos, o jurista utiliza dados linguísticos e dados reais, “essa é a realidade cotidiana de tomada de decisões jurídicas. A teoria estruturante do direito é uma teoria da prática”<sup>493</sup>.

Por fim, na tentativa de definir o que acontece na realidade cotidiana de tomada de decisões jurídicas, Adeodato propõe quatro fases do procedimento de concretização do direito positivo: a) selecionar, entre o universo de textos positivados que constituem o ordenamento jurídico, aqueles que vão servir de base à decisão dogmática do caso concreto, como dados de entrada para interpretações e argumentações que darão o significado deles no caso concreto, num processo seletivo de redução de complexidade, a partir de textos válidos e vigentes; b) interpretar os textos selecionados, ou seja, sugerir um sentido e um alcance diante do caso concreto, enfrentando a vagueza e a ambiguidade; c) argumentar, isto é, construir raciocínios na busca de adesão aos argumentos, entendidos como opinião fundamentada, o mais possível coerente com as significações hermenêuticas construídas; e d) decidir, determinado o significado das fontes, conhecendo e avaliando juridicamente o caso concreto, num retorno ao mundo dos fatos.

Duas observações precisam ser feitas. A primeira é que os textos válidos e vigentes estão disponíveis junto a outros textos igualmente válidos e vigentes, no que se chama ordenamento jurídico; esse estado de convivência normativa demanda meta-regras que organizem o ordenamento jurídico, e que, por sua vez, também exigem interpretação. A segunda observação é que vagueza e ambiguidade são formas estratégicas de imprecisão linguística, características centrais do discurso na concepção retórica da linguagem. Afirma-se, como Levi, que as leis nunca são claras: “se uma lei tivesse de ser clara antes de poder ser aplicada, a sociedade não seria viável”<sup>494</sup>.

Considerando a primeira observação, inicia-se por analisar a segunda etapa (item b), ou seja, a atividade de interpretar. A teoria da interpretação postula a determinação do

---

<sup>492</sup> MÜLLER, 2011, p. 291.

<sup>493</sup> MÜLLER, 2011, p. 292.

<sup>494</sup> LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.01.

sentido da ordem normativa. Ferraz Júnior, analisando a ciência do direito como teoria da interpretação, esclarece que, em meados do sec. XIX, “a questão deixa de ser a mera enumeração das técnicas interpretativas [gramatical, lógica, sistemática e histórica], para referir-se ao estabelecimento de uma teoria da interpretação”. A partir de então, o pensamento hermenêutico divide-se em procurar o sentido da norma na vontade da lei (objetivistas) ou na vontade do legislador (subjativistas). Em comum, a ideia de múltiplas possibilidades interpretativas.

É preciso então que se criem acordos, inicialmente por convenções dos significados linguísticos, durante a fase da interpretação. Essa necessidade de tratamento dos desacordos é o campo da teoria da argumentação. É onde se estabelece aquilo que, na retórica, se denomina a narrativa prevalente.

O exercício da argumentação diante das interpretações divergentes relaciona-se, como já fartamente visto, diretamente com o problema da fundamentação das decisões. Há uma antiga e estreita relação entre retórica e argumentação. A argumentação objetiva “vencer a competição” e interferir de modo determinante na construção do relato vencedor. Esse o problema de justificação de uma decisão judicial, conforme já examinado.

Transpor o abismo gnoseológico é o mesmo que afirmar a possibilidade de haver um procedimento que assegure o alcance de um conhecimento válido para suportar uma decisão, entendida ainda como uma escolha. Em todo procedimento que envolve uma escolha, abre-se outro abismo, o abismo axiológico, ou o problema das infinitas variações das preferências e dos necessários limites da escolha. O problema se põe nos seguintes termos: há normas válidas em si mesmas ou há um conteúdo axiológico prévio que garanta o direito?. As respostas, assim, variam desde a afirmação da existência de conteúdos axiológicos prévios ao extremo da total disponibilidade ética dos julgadores. No Direito, conforme Adeodato, essas variações de tendências axiológicas são facilmente identificadas na postura do julgador: um juiz objetivista historicista procura, nos membros da comunidade sob sua jurisdição, os posicionamentos éticos mais adequados para a resolução do conflito, podendo inclusive não coincidir com os seus; um juiz essencialista tende a algum tipo de fundamentalismo e busca mesmo impor as convicções que aderiu pessoalmente, pois as julga intrinsecamente corretas; um julgador subjativista pode tender ao ceticismo e aderir a valores mais convenientes no momento e no caso em exame.

No mesmo sentido, Barak afirma que diferentes juízes vão ter variadas respostas para uma determinada questão. Essas diferenças variam em razão da formação, da personalidade e das diferentes perspectivas sobre o mundo, pois cada juiz é distinto por si mesmo e não deveria ser diferente: “pluralismo ideológico, não uma uniformidade ideológica, é a marca de juízes em um sistema legal democrático. Diversos de juízes refletem – embora não representem – as diferentes opiniões que existem nas diversas sociedades”<sup>495</sup>.

A complexidade e o esvaziamento do conteúdo ético são argumentos recorrentes nos discursos sobre a modernidade. O século XX, em especial, foi particularmente desconcertante para os seres humanos. Segundo Boaventura de Sousa Santos, “o século XX ficará na História (ou nas histórias) como um século infeliz. Alimentado e treinado pelo pai e pela mãe, o andrógino sec. XIX, para ser um século prodígio, revelou-se um jovem frágil, dado a maleitas e azares”<sup>496</sup>. Planck põe de forma definitiva os perigos de desafiar a física newtoniana ao se indagar se é *real* o mundo externo<sup>497</sup>. Para Planck, “vivemos em um momento singular da história. É um momento de crise, no sentido literal da palavra. Em todas as ramificações de nossa civilização espiritual e material vemos que é chegado em ponto crítico”<sup>498</sup>. A complexidade é assustadora e insuportável. Pode-se dizer que a sociedade consiste mesmo em um projeto para a redução da complexidade e o controle das contingências e das incertezas do ambiente. Para diminuir o risco de decepções e a tensão da convivência social, os seres humanos institucionalizam expectativas em normas e outros processos sociais (como as promessas), viabilizando a estabilidade necessária para a comunicação e mantendo a crença de que as regras vão controlar as frustrações. Assim, racionaliza-se a complexidade, “com base num jogo intrincado de probabilidades, experiências passadas, prejulgamentos e preconceitos”<sup>499</sup>.

---

<sup>495</sup> “Each judge is a distinct world unto himself, and we would not wish it otherwise. Ideological pluralism, not ideological uniformity, is the hallmark of judges in democratic legal systems. Diverse judges reflect – but do not represent – the different opinions that exist in their societies”. BARAK, Aharon. **The judge in a Democracy**. Princeton University Press, 2006, p. XV.

<sup>496</sup> SANTOS, 1999, p.75 e ss . Ver também MORIN, Edgar. 1968-2008: o mundo que eu vi e vivi, em AXT, Gunter e SCHULER, Fernando Luís (orgs.). **Fronteiras do pensamento: ensaios sobre cultura e estética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

<sup>497</sup> Cf. PLANCK, Max. Adónde va la ciencia? Disponível em <<http://4grandesverdades.files.wordpress.com/2009/12/planck-max-adonde-va-la-ciencia.pdf>>. Acesso em 22.ago.2013.

<sup>498</sup> No original: “Vivimos en un momento singular de la historia. Es un momento de crisis, en el sentido literal de la palabra. En todas las ramas de nuestra civilización espiritual y material vemos que se ha llegado a un punto crítico”. PLANCK, 2009, p. 69.

<sup>499</sup> ADEODATO, 2011, p. 175

A pulverização da ética faz com que o direito se torne (ou tenha essa pretensão) o único ambiente ético comum com significação na esfera pública. É essa centralização que tem gerado uma sobrecarga para a qual a dogmática da modernidade não se tem mostrado devidamente preparada. Quanto às demais ordens normativas, que foram ‘parceiras’ do Direito, estão tão pulverizadas na sociedade complexa que perdem sua aptidão para orientar, perdendo, assim, importância social. No caso específico dos relatos sobre o mundo, o aumento da complexidade torna-os mais e mais imprevisíveis, ampliando-se a ambiguidade e a imprecisão dos textos, levando a uma percepção fragmentada do mundo <sup>500</sup>. Embora se afirme que sempre houve e sempre haverá esse abismo entre as significações da linguagem humana e as ideias significadas que ela almeja transmitir (desde Platão), também é possível afirmar que, em sociedades menos complexas, esse abismo é resolvido de antemão por uma proibição homogênea de discutir sobre certos relatos: “escolhe-se um relato sobre a retórica material e a retórica estratégica consiste exatamente na confirmação da versão oficial e na proibição de questionamentos a respeito” <sup>501</sup>. O aumento da complexidade permite o questionamento frequente aos relatos materiais, sofisticando cada vez mais os critérios de decisão para fixar o acordo sobre o relato vencedor em detrimento dos demais. Considerando que para a retórica a realidade é um relato, o risco da complexidade corresponde à possibilidade de perda total do sentido do mundo. O Direito não fica imune ao fenômeno da perda de sentido diante da complexidade. É sobre ele que Barak se refere ao afirmar que é preciso construir uma ponte sobre o abismo (ou a fenda) entre a lei e a sociedade (*bridging the gap between law and society*<sup>502</sup>). Assim, aumenta a procura por um papel ou uma função que a racionalidade jurídica pode vir a ter no controle dessa complexidade, especialmente na construção da decisão concreta.

Especificamente, no que se refere às estratégias da argumentação jurídica, utilizadas para fazer análise da decisão judicial tomada como dado qualitativo da pesquisa, tem-se que as estratégias mais comuns, na argumentação jurídica são, conforme Adeodato: a) a estratégia do argumento factual; b) a estratégia da negativa; c) a estratégia da vagueza e d) a estratégia de falar por sujeito indefinido ou indefinível <sup>503</sup>.

---

<sup>500</sup> Cf. CASTORIADIS, Cornelius. *O mundo fragmentado. As encruzilhadas do labirinto*. V. III. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987-1992.

<sup>501</sup> ADEODATO, 2011, p. 60.

<sup>502</sup> BARAK, 2006, p. 3 e ss.

<sup>503</sup> ADEODATO, 2011, p. 102-104.

A estratégia da argumentação factual apresenta fatos como evidências, apoiados na crença para a sua confirmação. Esse nível de retórica, incluindo os argumentos “fáticos”, refere-se à “realidade”, em um discurso supostamente descritivo. Pela estratégia da negativa, muitas vezes o autor diz logo o que não pretende, para proteger-se das eventuais críticas de que há lacunas naquele ponto, pois “sabe que ali estão suas falhas ou que seu discurso vai sugerir algo que ele não quer ou diz que não é. Por exemplo: defende a aplicação literal da lei, mas começa por se eximir da pecha de positivista exegético”<sup>504</sup>. A estratégia da vagueza é uma armadilha da linguagem: quanto mais preciso um discurso, menos acordo ele atrairá e quanto menos diga efetivamente, mais possibilidades de acordo e adesão:

Quando esses termos vagos trazem uma conotação positiva no âmbito da retórica estratégica, mais eficazes ainda. Quem poderia ir contra frases como “uma efetiva distribuição de justiça”, ou “uma posição ponderada, responsável, sem fanatismos”. Isso não quer dizer nada, mas o orador atrai simpatia para o que vai defender efetivamente, como, por exemplo, mudanças no processo legislativo para administradores da universidade pública (o que já é mais preciso e de acordo mais difícil). Além de qualificar positivamente o próprio discurso, desqualifica quem eventualmente dele discorda. A mesma estratégia se observa quando o orador atribui a seus adversários expressões semelhantemente vagas, mas que trazem conotações negativas, tais como ‘ortodoxo’, ‘ideológico’, ‘fanático’ e assim por diante<sup>505</sup>.

Por fim, a estratégia de falar por sujeito indefinido ou indefinível articula afirmações que induzem apoio ao orador como representante autorizado de outrem, estratégia “comum e surpreendentemente eficaz: assim, diz-se que ‘o povo quer’, ‘a universidade não aceita’ ou ‘os trabalhadores sabem disso’, ainda que seja óbvio a qualquer observador mais atento que nenhum orador detém essa autoridade hermenêutica”<sup>506</sup>.

Essas estratégias retóricas, como se verá, se interpenetram, não sendo assim separáveis de forma rígida durante a comunicação, como se verá. Os argumentos consequencialista, avaliatórios, e na medida do possível, os subjetivismos, citados por MacCormick, também serão identificados.

#### **4.3 A decisão de equiparação da união estável homossexual à união estável heterossexual: o que diz o Supremo Tribunal Federal sobre a sexualidade humana à luz dos discursos de biopolítica e dispositivo da sexualidade e sobre o funcionamento do Judiciário**

Em 4 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal – STF, proferiu decisão, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277), sobre a equiparação da união

<sup>504</sup> ADEODATO, 2011, p. 102.

<sup>505</sup> ADEODATO, 2011, p. 103.

<sup>506</sup> ADEODATO, 2011, p. 103.

estável homossexual à união estável heterossexual para efeitos de concessão de direitos. A equiparação pleiteada juridicamente equivale à consideração da união estável homossexual como uma família constitucionalmente protegida. A ementa do acórdão possui 6 tópicos, referentes às discussões e às decisões tomadas: 1. Sobre o julgamento conjunto da ADPF 132 na ADI 4277 por convergência de objeto entre ações de natureza abstrata; 2. Proibição de discriminação e preconceito, com base do constitucionalismo fraternal, pluralismo como valor sócio-político-cultural, liberdade para dispor da própria sexualidade, inseridas na categoria de direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia da vontade e do direito à intimidade e à vida privada; 3. Tratamento constitucional da instituição família e da interpretação não reducionista; 4. Identidade constitucional dos conceitos de família e entidade familiar para fins de proteção do Estado; 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão; e 6. Interpretação do art. 1723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”); reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações.

É uma decisão que sediou questões recorrentes na doutrina e no próprio Supremo: controvérsias sobre a atividade de interpretar, sobre a competência do Supremo e sobre a observação dos limites impostos pelo princípio da separação de poderes, além das questões de preconceito, discriminação e igualdade. Trata-se, tecnicamente, de uma reunião de ações judiciais (uma delas a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132, promovida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em razão das controvérsias administrativas e judiciais envolvendo a lei que regula os servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro). A ação reuniu 14 *amici curiae*, entre entidades representativas da sociedade civil brasileira<sup>507</sup>. O Ministro relator, Carlos Ayres Britto, descreve, no voto<sup>508</sup>, os argumentos apresentados contra o “modo juridicamente reducionista” como são tratados os “seguimentos sociais dos homoafetivos”. Na base da pretensão formulada perante o Supremo está o papel do Direito e do Estado, em uma sociedade democrática, de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos, com o suporte assistencial do Estado securitário.

---

<sup>507</sup> Cite-se a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Conectas Direitos Humanos, Instituto Brasileiro de Direito da Família – IBDFAM, Associação Eduardo Banks e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

<sup>508</sup> Todas as referências obtidas por meio da leitura do arquivo eletrônico do voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sego\\_bjetoincidente=11872](http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sego_bjetoincidente=11872) >. Acesso em: 12jul.2013. Serão referidas as folhas (fls.) dos autos processuais.

Primeiramente, cumpre observar a extensão de providências estatais disponíveis ao servidor e a sua família, segundo o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, como um sinalizador da construção da rede de proteção ao indivíduo: salário-família; auxílio-doença; assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; financiamento imobiliário; auxílio-moradia; auxílio para educação dos dependentes; tratamento por acidente de serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; auxílio-funeral; pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; e finalmente plano de seguro compulsório para a complementação de proventos e pensões. Percebe-se a ideia já afirmada do Estado securitário, que cuida do indivíduo desde o nascimento até a morte.

O Ministro Relator enumera, sinteticamente, a fundamentação principiológica apresentada pelo autor (“no âmbito das alegações constitutivas da fundamentação ou causa de pedir, propriamente, o autor labora no plano da principiológica constitucional”), ou seja, a evocação dos princípios da liberdade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, e da razoabilidade ou da proporcionalidade. É a estratégia da vagueza: quanto menos preciso, quanto mais amplo for o pedido, mais possibilidade de acordo e adesão. Postula a aplicação do método analógico de integração do direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente. Pede ainda uma interpretação conforme a Constituição dos artigos inseridos no Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. A Procuradoria-Geral da República conclama a interpretação teleológica e analógica pautada pelos princípios constitucionais, diante da falta de norma regulamentadora.

Procedeu-se a um levantamento para identificar o posicionamento majoritário junto aos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros, obtendo informações de 13 Tribunais<sup>509</sup>. O Ministro Relator afirma que há “uma extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos”, uma vez que há países que prestigiam para todos os fins de direito a “união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen”. Essa perplexidade do Ministro Relator, na verdade, demonstra que se está diante de uma decisão

---

<sup>509</sup> Foram eles: Tocantins, Sergipe, Pará, Roraima, Bahia, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Espírito Santo, Distrito Federal, Bahia, Santa Catarina, Acre e Goiás.

política, cujas variações possíveis correspondem aos muitos ordenamentos jurídicos nacionais no mundo. A não ser que o Ministro estivesse disposto a reconhecer como injustos ou imorais outros ordenamentos jurídicos, essa precoce constatação, já no relatório do voto, sinaliza um julgamento que tenderia a não justificar-se por parâmetros vagos, com usos de expressões “simpáticas”, como o respeito à justiça ou o apelo aos costumes (para não mencionar a possibilidade de argumentos de base teológica).

Convertendo a ADPF 132 em ADI, o Ministro Relator reuniu duas ações na ADI 4277, sendo então objeto de avaliação de constitucionalidade o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, pelo que esse será o dispositivo submetido à técnica de interpretação conforme a Constituição, considerando também satisfeito o requisito de pertinência temática. Para Ayres Britto, não há lacuna no ordenamento jurídico a ser colmatada, nem exatamente uma inconstitucionalidade na interpretação – literal – do art. 1723, que de resto repete o disposto na CF/88, art. 226, § 3º, na equiparação da união estável à entidade familiar, mas antes a atividade de interpretação superadora de literalidade de dispositivo legal, no caso, o art.1.723 do Código Civil.

O Ministro Relator afirma que o dissenso judicial, afirmado na inicial em torno da questão, é reflexo do “fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal pretensão já não corresponde mais ao padrão social da heterossexualidade” (fls.1185). E completa: “é a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração”. Ao longo de praticamente todo o voto, o Relator faz uso de metáforas poéticas desse jaez (cf., v.g., fls.1188; fls.1195; fls.1208). Aqui o uso do argumento factual qualificado, no apelo à ideia de *fato histórico*.

A maneira ou método com o qual o Relator fundamenta o voto revela a dificuldade de sistematização de argumentos e diferenciação de matriz de cada um deles. Vejam-se alguns dos problemas levantados e dos raciocínios desenvolvidos.

O Ministro Relator ensaia um posicionamento de medição entre a Constituição e o Código Civil como fontes jurídicas válidas para fundamentar a decisão. Mas é da Constituição que o relator prefere extrair as respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por “sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro



anseio de constituição de um família” (fls.1887). A obsessão constitucional brasileira é de tal ordem que possibilita a afirmação de que é da Constituição que se extraem as características supracitadas sobre união homoafetiva, quando foi na doutrina e posteriormente na legislação infraconstitucional, muito adequadamente, que se instalaram tais dispositivos. Em que pese o desejo de constitucionalização do Direito e o anseio de ver na CF/88 uma Constituição da sociedade brasileira, foi e é a doutrina civilista a protagonista das teses sobre família, casamento, união estável e união homoafetiva, por ser esse o seu leito discursivo especializado.

Em outro trecho (fls. 1889), o Relator afirma que a decisão deve iniciar pela busca do sentido da palavra “sexo” no texto constitucional, tratando-se de um

laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um labor normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a masculina e a feminina. Dicotomia culturalmente mais elaborada do que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, em oposição ao reino vegetal ou mineral.

Quanto à questão da busca do sentido da palavra “sexo” na Constituição, é preciso reconhecer a dificuldade de realizar tal operação. Do texto constitucional não se extrairá sentido algum para a palavra “sexo”. Talvez fosse mais correto pensar em que sentido a constituição usou a palavra “sexo”, o que de fato não ocorre, pois a palavra não está no texto constitucional. Ademais, não há sentido em se falar de “natural” diferenciação nem tampouco qualificar o argumento de antropológico; nem se trata de uma categoria da lógica formal a ideia de duas espécies do gênero humano (o que poderia remeter o raciocínio ao discurso biologicista, que reaparece na menção ao reino animal, mineral e vegetal, no qual, registre-se, há a dicotomia macho e fêmea). Ademais, como visto, a contribuição da distinção entre masculino e feminino é derivada dos estudos de gênero, que primam, como já visto, pelo discurso de construção cultural do indivíduo, recusando terminantemente a determinação biológica. E também já recusam o binarismo, buscando sedimentar o discurso da diversidade. Para o Ministro, o sexo “cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio das Ciências e das Tecnologias humanas” (fls. 1191). Sexo “é o signo linguístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica” (fls. 1191). O discurso biológico e determinista completa a ideia de funções congênitas, que não precisam de livro, escola ou cultura para o “correto desempenho”

(fls.1192 dos autos). A pergunta é: esse discurso é necessário na fundamentação dessa decisão?

Numa simbiose completa entre o jurídico e a “natureza”, prossegue (fls. 1195):

Seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, nesse movediço terreno da sexualidade humana, é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva.

Essa afirmação não é correta, tendo em vista as disposições penais em torno de certas práticas sexuais, como a pedofilia. Essa simbiose com a natureza se reproduz na conceituação da família: “a mais natural das coletividades humanas”, que deve receber “a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional” (fls.1204). A ideia da rede de proteção reforça o pensamento de Agamben, na ideia, aqui, de inclusão por exclusão: incluídos numa trama de decisões políticas, mas excluídos do gozo dos benefícios da rede de proteção.

O Ministro cita, ainda, a tese da identificação da sexualidade como direito fundamental e bem de personalidade, emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e direito subjetivo. (fls.1196). A dualidade corpo e alma também está na fundamentação da decisão (fls.1200). O Ministro-Relator usou largamente dos argumentos factuais e da estratégia da vagueza, com imprecisões que beiram a confusão de raciocínio.

Sob todo o disposto nos estudos de biopolítica, especialmente no pensamento de Agamben, a disposição constitucional da Ordem Social ganha novos contornos. O Ministro Relator também faz menção a eles. Na concepção de que o direito à intimidade e à vida privada são “direitos individuais de primeira grandeza constitucional” (fls.1199), pode-se dizer que o “oikos está na ágora”. É permitido vislumbrar as muitas possibilidades contidas em um dispositivo como “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*, CF/88), artigo do qual parte o Ministro relator da ADI 4277 para fundamentação constitucional da decisão. No desenvolvimento do raciocínio decisório, “família” aparece com sentido aberto, a ser preenchido por aqueles a quem Castoriadis denominou os donos da significação<sup>510</sup>, no exercício de um poder. Então o Ministro inicia a atividade interpretativa do que são os “institutos” casamento (fls.1208 e ss), entidade familiar (fls. 1211) e união

---

<sup>510</sup> Cf. CASTORIADIS, Cornelius. *A ascensão da insignificância. As encruzilhadas do labirinto*, v. IV. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

estável (fls.1212), desdobrados do citado art. 226, CF/88. Feitas as considerações, as duas ações são julgadas procedentes, pela interpretação conforme a Constituição do art. 1723 do Código Civil brasileiro, para “dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida essa como sinônimo perfeito de ‘família’” (fls. 1214). O reconhecimento deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Os votos dos demais Ministros vão dirigir o ponto central da discussão para outros parâmetros, alguns dos quais já analisados no primeiro e no segundo capítulo, identificados nos tópicos da ementa do acórdão, como o papel do Estado e do Judiciário com relação à efetivação dos direitos fundamentais e o uso da técnica de interpretação conforme a Constituição. Verifica-se o uso de argumentos consequencialistas, factuais, o uso da estratégia da negativa e da vagueza em várias ocasiões.

Resumidamente, a Ministra Carmem Lúcia põe o foco de sua decisão da interpretação do art. 1732 do Código Civil, sugerindo a interpretação conforme a Constituição, e, como os demais votos, realça o caráter democrático da CF/88, fazendo uso do argumento avaliatório (fls. 1253 e ss). O Ministro Joaquim Barbosa realça a elevada significância social da decisão, o agigantamento das Cortes Constitucionais para posicionarem-se como o elo entre o mundo dos fatos e o universo do Direito (fls. 1281 e ss), ambos argumentos avaliatórios; cita o multiculturalismo, o pensamento diferencialista, faz referência ao pensamento de A. Barak, R. Dworkin, Gustavo Tepedino e Luís Roberto Barroso e, em transcrição direta, Daniel Sarmiento. É o mais sucinto dos votos. O voto do Ministro Celso Mello percorre uma linha histórica de tratamento dado às questões de sexualidade homoerótica, uma vez que o julgamento em questão estava “impregnado de densa significação histórica” (fls. 1382). Cita práticas de ativismo judicial, considerado como uma necessidade institucional (fls. 1427 – 253) e o protagonismo do Poder Judiciário (fls. 1429 – 255). O voto do então Ministro Presidente, Cezar Peluso (fls. 1432 - 255), destaca a postura consensual da Corte sobre a temática, decorrente do *animus* de condenação a todas as formas de discriminação – argumento consequencialista, de efeito retórico simpático - e convoca o Legislativo a assumir a tarefa de regulamentar a questão, no que é apoiado de forma veemente pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto, Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Gilmar Mendes. Consignado que, embora todos os Ministros houvessem concordado com o acolhimento do pedido de equiparação, o Ministro Gilmar Mendes ressalta que houve

diversidade de fundamentos. Ausente a ministra Ellen Gracie e impedido o Ministro Dias Toffoli.

Terão análise mais detalhada, além do voto do relator, os votos dos Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio de Mello, uma vez que, além do mérito da ação, trazem discussões envolvendo os parâmetros de julgamento e posicionamento do Poder Judiciário no atual contexto político e jurídico brasileiro. Será ressaltado também o discurso de ampliação do dever de proteção do Estado (consolidação do modelo de Estado liberal securitário).

No voto do Ministro Luiz Fux tem-se que “o Estado é responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos deveres de proteção” com citação do pensamento de Sarlet quanto à condição dos direitos fundamentais como positivadores dos valores nucleares, para balizar a atuação dos poderes políticos e dos particulares e o *dever geral de efetivação atribuído ao Estado* (fls.1221). Em outra citação, desta vez a Robert Alexy, lê-se: “por conseguinte, é possível identificar direitos de proteção oponíveis ao Estado pelo indivíduo. Há que se recordar aqui a classificação dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy (...) segundo a qual são *direitos de proteção* aqueles conferidos aos titulares de direitos fundamentais em face do Estado para que este os proteja em face da intervenção de terceiros. Portanto, são *direitos prestacionais em sentido amplo*, por exigir uma atuação comissiva do Estado na garantia do regular exercício dos direitos fundamentais” (fls.1221).

Prosseguindo no raciocínio fundamentador do seu voto, Fux põe o processo judicial como o *locus* de proteção dos direitos fundamentais, a jurisdição como função primordial do Estado e dirigida à consagração dos direitos fundamentais. Note-se o destaque dado aos direitos de personalidade: “quando o processo resulta em ‘flagrante e disseminada’(recursos retóricos) violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso” (fls. 1222). No tocante ao mérito, Fux considera como premissa que a homossexualidade é um *fato da vida* (fls. 1224), sendo uma orientação e não uma opção, embora considere não ser a “causa” uma questão relevante para o caso (fls. 1225). Essas são premissas de fato, para o Ministro, lembrando a que técnica constitucional em sede de controle abstrato não envolve discussão sobre fatos. Mas não há questão jurídica que não se remeta a fatos; desconsiderá-los é desperdiçar a dimensão importante do contexto. Em seguida, o Ministro traz um argumento ao qual qualifica de

premissa jurídica: não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas, tendo em vista, sobretudo, a reserva da lei instituída no art. 5º, II, CF/88.

Estão presentes no discurso dos Ministros a ideia de “guardião convocado”, bem como o caráter contramajoritário que as decisões do STF podem assumir e a posição histórica da decisão: essas referências também são estratégias argumentativas. Mantendo o foco no conceito de família, cita diretamente R. Dworkin para avocar a leitura moral da Constituição (fls.1230). Evoca também a autonomia da vontade do indivíduo na perspectiva kantiana e considera que o silêncio legislativo sobre uniões homoafetivas *nada mais é* do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual: uma falsa insensibilidade que, na verdade, esconde uma reprovação (fls. 1232), catalisando a clandestinidade (fls. 1234), significando rejeição (fls.1235), e que o alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos (fls. 1236). Em um aditamento ao voto, o Ministro Fux afirma, citando R. Dworkin, que se o legislador não faz, compete ao tribunal suprir essa lacuna (fls. 1246). Esses argumentos, em boa parte, serão também os do Ministro Marco Aurélio. São argumentos que, em que pese o fato de serem recursos retóricos de ênfase no esforço do convencimento, contribuem para ampliar o discurso, de resto antidemocrático, de ineficiência do Legislativo brasileiro, aumentando o distanciamento entre o órgão legislativo e os canais de representatividade da vontade popular. A lei deve ser o resultado de um consenso, e muitas vezes a ausência de lei é o reflexo e o reconhecimento da ausência de um consenso social sobre uma determinada questão.

O Ministro Ricardo Lewandowski põe o foco inicial no conceito de família para fazer notar que a CF/88 foi a primeira de nossa história constitucional a não exigir o casamento como condição de reconhecimento do que seja “família”. (fls. 1266 e ss). Assim, o Ministro identifica os três tipos de família: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e a denominada monoparental, tipologia essa estabelecida em julgamentos anteriores do próprio Supremo, envolvendo o conceito de união estável, uma vez que a Constituição, em 1988, reconhecia a união estável entre homem e mulher para efeito de proteção do Estado. O Ministro menciona inclusive os debates constituintes, nos quais foi problematizada a inserção dos termos homem e mulher (há 25 anos).

Assim, a lei definiu a união estável entre homem e mulher (Lei nº 9278/96<sup>511</sup>), definição essa que foi repetida no art. 1723 do Código Civil brasileiro de 2002: é reconhecida como entidade familiar a união estável ente homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Para o Ministro, no campo da doutrina civilista, união estável, como um tipo de família, é aquela estabelecida entre homem e mulher. Qualquer outra exegese seria ultrapassar os limites objetivamente dados pelo parâmetro normativo, conforme de lê às fls. 1271:

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais varias técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com a *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.

Reforçando o argumento do limite da interpretação criativa nos limites objetivos do direito posto, afirma que, nesse caso, o limite do direito posto é: união estável tem de ser conversível em casamento (diferenciando-se do concubinato), entendimento já firmado pelo próprio Supremo. Aqui é possível referir ao pensamento de MacCormick sobre a necessidade de respeito à coesão no Direito e à interpretação no sentido mais óbvio.

Para Lewandowski, o STF está dando um salto integrativo por ausência de dispositivo legal – lacuna no ordenamento – o que autoriza a atividade integrativa analógica para criar um quarto tipo de entidade familiar, e não equiparando condições fáticas que não admitem equiparação pela questão da possibilidade de conversão em casamento nos termos da lei civil. Para o Ministro, o STF deveria realizar uma atividade integradora (fls.1272):

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe caiba examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.

Observe-se que o Ministro faz uso das técnicas de interpretação e integração conforme foram consagradas na teoria clássica do Direito, que remontam a Savigny e os métodos de interpretação formulados para aplicação da lei. Tal perspectiva sinaliza a compreensão de que, para o Ministro, a questão está no campo das relações privadas, civis. Em seguida, o Ministro sugere a criação da união homoafetiva estável, e não da união estável homoafetiva, desvelando-se, pela integração analógica, outra espécie de entidade familiar, em

---

<sup>511</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)>. Acesso em 23.ago.2013.

razão de vácuo normativo. Tal atividade é provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo: “cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que correm no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar” (fls.1278), no bom uso do argumento consequencialista.

O Ministro Gilmar Mendes problematiza a proposta de interpretação conforme a Constituição de um artigo do Código Civil que é a reprodução do texto constitucional (fls. 1287 e ss). O Ministro faz questão de problematizar certos temas e posicionamentos já declarados, considerando que o STF está fazendo uma alteração substancial no texto constitucional. Inicialmente, quanto à possibilidade de o STF estar a agir como legislador positivo, posição da qual é “crítico muito ferrenho” (estratégia da negativa), o Ministro reconhece que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo, autorizado, nesse caso, por se tratar de produção de um mecanismo de proteção (argumento consequencialista), embora reconheça em certo engodo metodológico: “se o sistema, de alguma forma, falha na composição dessa resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo”. Afirma que, mesmo diante do sistema kelseniano, realizar a atividade puramente cassatória de uma decisão implica a manutenção de norma anterior, vez que não há vácuo legislativo. Para o Ministro, o que pedem na ação é um modelo mínimo de proteção institucional, que deveria ser dada pelo Congresso Nacional. Essa função tutelar do parlamento brasileiro, segundo o Ministro, está inviabilizada pelo modelo representativo, que dificulta a construção de um pacto de consenso em torno desse e de outros temas. Para o Ministro, o Congresso Nacional é o poder a quem compete deliberar de forma primária:

Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem aqui ser rememoradas.

Além da estratégia da negativa, antecipando-se às críticas, vê-se o recurso ao modo consequencialista de argumentar, típicos de justificações de segunda ordem, conforme visto no pensamento de MacCormick.

O Ministro então chama o tema para dentro do universo jurídico, quando o reporta como um problema de direito fundamental básico, fugindo do argumento do Relator de

interpretação conforme a Constituição do art. 1723 do Código Civil. Isto porque tanto a Constituição, como o Código Civil, são claros quanto a sua aplicabilidade à união estável entre homem e mulher. O Ministro enfrenta o problema da legitimação do STF como Corte Constitucional, uma vez que o seu papel nessa função é o de aplicar a Constituição enquanto norma; e a norma constitucional do art. 266 é clara quanto ao beneficiário da regra: refere-se à união estável entre homem e mulher. O Ministro insiste em evitar voluntarismos hermenêuticos, sob pena de deslegitimação: a atuação judicante é sempre vinculada à Constituição e objetiva (estratégia da negativa, ou seja, de antecipação às críticas).

A atividade do STF, contudo, também é a de dar efetividades a direitos fundamentais, aos quais o Estado tem o dever *de proteção* (de garantir, conforme visto no primeiro capítulo). É nesse sentido que está referido o direito de autodesenvolvimento da personalidade do indivíduo, a partir do direito de liberdade e do direito de igualdade (fls. 1292):

Direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre então um dever de proteção. Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa.

O Ministro reafirma sempre a clareza do texto constitucional e prefere pensar em lacunas (valorativas ou axiológicas) e não em “interpretação conforme”. Fundamenta seu voto no *reconhecimento do direito de proteção do cidadão* (recurso a termos vagos) – e o correspondente dever de proteção do Estado - impondo-se uma solução para o caso, trazendo ainda a possibilidade de aplicação do pensamento possível de G. Zagrebelsky e P. Häberle. Daí sua divergência de fundamentação. Para o Ministro Gilmar Mendes, trata-se de construir uma jurisdição constitucional comprometida com um modelo de proteção institucional nessa ação específica, lembrando o caráter tópico das decisões anteriores sobre a união estável (que ocorreram em sede de Recurso Extraordinário). Assim, pode-se afirmar que o discurso do Ministro é no sentido da inclusão, na rede protetiva do Estado liberal securitário, de um maior número possível de situações fáticas.

O voto do Ministro Marco Aurélio (fls. 1366 e ss) evoca outras questões, além daquelas já referidas, em especial, pelo Ministro Luiz Fux, a que se fará referência em atenção aos estudos já sistematizados no primeiro capítulo. O Ministro parte da consideração de omissão do Legislativo, das dificuldades hermenêuticas e da questão do transbordamento dos



limites da atividade jurisdicional. Na mesma linha de argumentação do dever de proteção do Estado, menciona a existência de cidadãos de 2ª categoria, que pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas não recebem proteção específica do Estado. Para o Ministro, a ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a questão, descontada a morosidade da tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas (estratégia de desqualificação de outros discursos).

O voto do Ministro Marco Aurélio põe foco na existência de um preconceito muito arraigado na sociedade brasileira (argumento factual), defendendo, com base em H.L.A. Hart, que o livre arbítrio também é um valor moral relevante. A partir daí, inicia um discurso sobre direito e moral, para afirmar que: “já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã”. Para o Ministro, “a ciência do Direito moralmente asséptica almejada pro Hans Kelsen – a denominada Teoria Pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque”. Essa concepção equivocada continua a ter eco no pensamento jurídico brasileiro, sendo que, na verdade, o que a pesquisa histórica e jurídica já revelou foi o risco do domínio total da vida dos indivíduos pelo Estado. Não foi a Teoria Pura do Direito que levou à obediência cega à lei injusta, mas o governo totalitário, amparado pelo terror, que incluiu o funcionamento de um Judiciário orientado mais pela moral do que por qualquer simulacro de lei. A separação direito e moral, como afirma o Ministro, constitui uma das grandes conquistas do iluminismo, buscando dar racionalidade ao discurso jurídico – na verdade, erguendo o Direito moderno.

Como pode ser percebido, os argumentos recorrem à estratégia da vagueza. Argumentos de conteúdo moral escondem-se sob o discurso biologicista. É possível perceber uma orientação não essencialista do Direito, o que significa dizer que os julgadores entendem, em muitos casos, que o campo do jurídico não designa nenhuma essência, nenhum conteúdo natural e dado aprioristicamente, mas um universo definido de práticas, na qual também se insere o próprio Direito, embora a decisão pareça sempre demandar um fundamento dogmático, qualquer que seja ele: a norma, a lei, a técnica, a natureza. Nota-se a ideia de função dogmática do Direito, da qual falam os antropólogos, mas aqui é a decisão que passa a ser a referência. Como as questões que envolvem a sexualidade não são jurídicas em si, mas infiltram-se nas formas jurídicas e aí se instalam, se fortalecem e se perpetuam, os julgadores

são tentados a fornecer à controvérsia jurídica um discurso de fachada, que dispensa o enfrentamento de conteúdo, com o qual não podem e não sabem lidar.

Neste contexto, a decisão analisada mostra, independentemente de seus resultados, que decisões são acontecimentos jurídico-discursivos, amálgama de elementos extrajurídicos que se cruzam com as categorias jurídicas. Se só existem como resultado de condições externas ao próprio Direito, como a emergência das tecnologias cirúrgicas de mudança de sexo, os debates médicos, psicológicos, antropológicos e sociológicos sobre a sexualidade e a identidade e a movimentação social dos grupos ligados a diversos interesses, cabe ao Direito e ao Judiciário indagar-se como lidar com essas questões, na construção de seu próprio discurso.

Por que é tão difícil para o Judiciário lidar com essas questões? Porque são questões muito complexas. Mas concluir na constatação da complexidade não é suficiente. É preciso pensar e propor algo que ajude a reduzir essa complexidade, pelo menos para que o Judiciário viabilize, por um lado, o projeto de Estado de Direito e, por outro, um discurso que não contribua apenas para embaralhar mais ainda o cenário e reforçar determinados dispositivos de poder.

#### **4.4 A lei como instrumento de redução da complexidade**

O exame dos votos no caso da equiparação da união homoafetiva à união estável, em que pese à fala dos Ministros sobre o consenso entre os votos, demonstra o tamanho do dissenso em torno de questões como essas. Esse item cumpre a função propositiva do trabalho acadêmico, estabelecidos os pressupostos e realizadas as análises. Agregando os discursos sobre a sexualidade e o uso do corpo que foram sistematizados no segundo capítulo, pode-se afirmar que casos que envolvem a biopolítica (a tentativa de exercer algum tipo de controle sobre a vida biológica dos indivíduos) são especialmente porosos e permissivos de transbordamentos para questões mais diversas. Nesse caso, pode-se afirmar que a dificuldade em estabelecer, no Brasil, uma lei que regule o assunto decorre da falta de um consenso mínimo em torno do que é prioritário na questão: trata-se de saber quem será protegido, tutelado, pela rede de proteção do Estado, e quem não será. O critério de discriminação aflora nesse exato momento, o da decisão política. E é nesse momento, também, que os dispositivos da biopolítica, enquanto verdades estabelecidas, podem tornar excludentes e destrutivos.

Essa pesquisa iniciou tendo com pressuposto a afirmação de que o Estado de Direito continua sendo a aposta da humanidade para viabilizar o projeto civilizatório de convivência humana, orientado pela liberdade e igualdade. Isso equivale a reconhecer a importância da lei, mas também essa afirmação precisa ser mais bem definida. A Constituição e o ordenamento infraconstitucional são leis. Mas para a proposta do Estado constitucional, a palavra lei adquire outro sentido. A Constituição é um documento político na sua origem e jurídico na sua forma, constituindo-se como o estatuto jurídico do político. Lei seria o produto do processo legislativo democrático e comporia o ordenamento infra-constitucional, por isso a distinção é fundamental <sup>512</sup>. A lei a que se refere no título deste item faz referência ao produto de um processo legislativo democrático permanente e operante.

Conforme Moreira, é sempre bom lembrar que: “sociedades complexas solucionam sua carência de normatividade mediante a utilização de um aparato jurídico sob o monopólio estatal. A validade de tal prescritividade decorre da combinação entre legalidade e exercício legítimo do poder” <sup>513</sup>. Em uma democracia, o ativismo judicial, nos moldes como praticado nesse caso pelo Supremo, torna-se um risco, quando disseminado por todo o corpo de magistrados.

A tentativa de utilização da categoria autonomia da vontade também nem sempre é capaz de fornecer uma solução, especialmente se referida no sentido mais liberal, como se a pessoa somente existisse no mercado de trocas. A distinção entre os fundamentos (ou a causa de pedir) dos dois tipos de ações que deram origem às decisões examinadas no segundo capítulo é essencial para o reconhecimento desse raciocínio. No caso da identificação civil de transexuais, trata-se imediatamente de direito de personalidade, e nesse sentido a ideia do nome social tem garantido que as situações do cotidiano se tornem menos constrangedoras <sup>514</sup>; no caso do reconhecimento do status de família à união homoafetiva, trata-se de uma decisão sobre políticas públicas e inclusão na rede de solidariedade social. Teria sido interessante se o Supremo tivesse argumentado com essa distinção de forma mais explícita. Especialmente, esse segundo caso realça a importância da lei como um instrumento de redução da

---

<sup>512</sup> É essa distinção que opera a separação entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, como se o poder constituinte originário (exercido plenamente pelo titular da soberania popular) fosse posto em estado de potência, ou seja, sem possibilidade de ser exercido a não ser nos momentos excepcionais de constituinte.

<sup>513</sup> Moreira, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.11.

<sup>514</sup> O nome social é usado em situações nas quais, mesmo sem alteração de registro público, é possível a identificação da pessoa por um nome por ela declarado, para ser utilizado em crachás, em listas de frequência escolares, em chamadas públicas de qualquer ordem.

complexidade, instrumento sem o qual o julgador não viabiliza um julgamento nos moldes propostos por um Estado Democrático de Direito.

Como foi dito, argumentos morais, religiosos, sociais, econômicos, culturais, políticos e biológicos subjazem ao contido em toda lei. E sempre foi assim. A opção pela lei – preestabelecida ao caso – é uma opção da modernidade, especialmente desde C. Beccaria. Ao estatizar as fontes do Direito, segundo Moreira:

O Direito no Estado democrático assume a prerrogativa de catalisar os anseios e as discordâncias, formalizando os pleitos e submetendo-os a sua forma. [...] Portanto, o processo legiferante seria o foro adequado para o qual convergem os pleitos, os projetos e o lugar no qual os antagonismos encontrariam solução por meio da transformação das expectativas e projetos em normas que encontrariam assentimento <sup>515</sup>.

A discussão insistente, que ocupou a agenda de pesquisa e a estrutura curricular sobre a distinção de regras e princípios nos últimos 20 anos no Brasil, parece ter contribuído apenas para obscurecer a opção pelo Estado Democrático de Direito, baseado no princípio da legalidade, e pela democracia, baseada na ideia de legitimação. Segundo Habermas, a carência por legitimação dos ordenamentos que se caracterizam pela autoridade da organização estatal se explica a partir do conceito de poder político, uma vez que esse meio de poder estatal se constitui em formas do Direito, e o Direito não exige somente aceitação, mas também pleiteia *merecer* reconhecimento: “para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções políticas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido” <sup>516</sup>. Habermas ainda acrescenta que isso vale para todos os ordenamentos estatais, uma vez que o Estado moderno caracteriza-se pelo fato de o poder político constituir-se na forma do Direito positivo, ou seja, do Direito codificado e obrigatório.

Pode-se argumentar que a jurisdição constitucional é distinta da jurisdição civil e penal. Mas essa distinção somente se opera no limite em que os argumentos de segunda ordem (conforme MacCormick) se mostram mais à superfície durante o processo de concretização da Constituição, na jurisdição constitucional. Mas o certo é que, em todo caso de aplicação da lei os valores também estão presentes nos momentos de inferência entre o texto e a norma. A diferença é que estão, porém, numa condição de prevalência para aqueles

---

<sup>515</sup> MOREIRA, 2007, p. 88.

<sup>516</sup> HABERMAS, Jünger. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE e MOREIRA, 2003, p.67-68.

que foram consagrados no texto legislativo, produto de um processo legislativo democrático. É o princípio da soberania popular que impõe a existência de um procedimento democrático e, assim, fundamenta a suposição de resultados legítimos.

Os fundamentos do Direito não poderiam ser outros que não as tensões sociais ínsitas ao jogo político, no qual aspectos econômicos, morais, religiosos e o próprio modo como se entende o mundo estão convivendo e disputando essa condição de prevalência. A questão da separação entre direito e política é problemática porque pressupõe a aceitação de uma teoria sistêmica de organização dos fenômenos, separando em dois campos fenômenos que são muito imbricados. Mas é uma condição de possibilidade do raciocínio, do próprio pensamento. Assim, entende-se que essa separação é vital para os dois sistemas, embora mantenham acoplamentos igualmente fundamentais para ambos. Não se pode negar a estreita vinculação entre o direito e a política. A maioria dos juspositivistas afirma que a validade das normas jurídicas decorre da imposição feita pelo poder político<sup>517</sup>. Há uma conexão genética entre o direito e a política, pois o direito é oriundo da política e dela depende. Identificam-se dois momentos especiais de contato: na origem, o direito é político, isto é, nasce dos embates entre grupos de interesses antagônicos; posto, o direito é identificável em face ao político. Talvez seja possível referir-se a essa relação como uma relação complementar<sup>518</sup>. Como consequência, o aplicador do direito não deve utilizar, em sua atuação, considerações políticas que discrepem daquelas adotadas pelo criador das normas. Registre-se ademais que perseguir o ideal de neutralidade política do Judiciário é diferente de afirmar que ela existe (ou possa existir). O que é possível afirmar é que o perigo do ativismo judicial consiste na possibilidade de esvaziamento do campo político. Curiosamente, o campo do político parece estar sempre em risco. C. Castoriadis provoca a discussão sobre quais condições de organização social estão sendo oferecidas sob o rótulo de democracia, não passando na verdade de “um regime de oligarquia liberal ancorada na apatia política e no indivíduo privado, que abarca inclusive um padrão de consumo destruidor da natureza”<sup>519</sup>. E, pelo menos historicamente, o esvaziamento do campo político, o descrédito com as formas políticas, conduziu as pessoas à

---

<sup>517</sup> Cf. DIMOULIS, 2006, p.105.

<sup>518</sup> Como já visto, Habermas utiliza a ideia de complementariedade para aclarar a relação direito e moral, como também citado pelo prof. Reginaldo Costa: “para Habermas, há entre o direito e a moral uma relação complementar e é com base nessa relação que ele tenta aclarar as determinações formais do Direito”. COSTA, Reginaldo da. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 43.

<sup>519</sup> Cf. CASTORIADIS, Cornelius. A ascensão da insignificância. **As encruzilhadas do labirinto**, v. IV. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

indiferença, à apatia que também disponibiliza multidões para os movimentos fanáticos de massas, uma vez que desaparece a ideia de pertencimento e autonomia decisional dos indivíduos, conforme visto em Arendt.

O resgate do respeito à importância da lei, assim posto, sugere uma solução para o problema de limite de atuação do Judiciário, ao reconhecer a) que a lei democraticamente elaborada deve ser observada o mais rigorosamente possível e b) que não só é possível, mas altamente aconselhável, por isso mesmo, informar-se e participar de forma permanente do jogo político nas arenas próprias para essas disputas<sup>520</sup>. Aqui se poderia argumentar com o caráter contramajoritário das decisões do Supremo Tribunal Federal. E ainda aqui a distinção entre o direito e a política enquanto sistemas se faria necessária para preservar a democracia, talvez aquela democracia possível de Zagrebelsky, citado no voto de um dos Ministros.

Zagrebelsky estabelece um paralelo entre a democracia dogmática e a democracia cética e aquela que ele denominará de democracia crítica fundada no espírito da possibilidade. Para ele, a possibilidade combate tanto o dogma quanto a realidade, dado que, “para ser possibilidade e não se contradizer, nunca pode desembocar na aceitação passiva das últimas consequências que a necessidade impõe”. A possibilidade “postula que em toda situação falte algo, um lado que permaneceu na sombra e pede para ser levado à luz e ao que é possível ligar-se para ir além. Tudo deixa entrever uma perspectiva de superação do que é dado, do que é visível”. Assim, “no comportamento de quem se inspira na possibilidade existe, portanto, uma força que atua para ir continuamente além, embora não necessariamente para ir ‘mais em frente’. Na possibilidade está compreendida também a eventualidade da derrota, do recuo”<sup>521</sup>.

A democracia crítica não se funda na onipotência e na infalibilidade do povo. Na verdade, defende a limitação e a falibilidade de qualquer instância decisional (autoridade dos textos, autoridade dos reis e, inclusive, autoridade do povo). Por que então preferir a democracia a uma tecnologia elitista de poder? Porque é uma forma de exercício do poder compartilhada por todos. Segundo Zagrebelsky:

---

<sup>520</sup> A questão da democracia ficou subjacente ao longo dessa tese, embora se reconheça que seja impossível não referir-se a ela. É na democracia que está a chave de conciliação entre o direito e a política. A opção por manter o foco na questão do modelo de Estado e na discussão de teorias do Direito (essa última menos vertical que a primeira) foi muitas vezes discutida com o orientador, embora caiba à orientanda ter assumido o risco de secundarizar o tema da democracia, no qual chegam os principais teóricos do direito, como Kelsen e Bobbio, em razão de uma opção metodológica de viabilidade de construção da própria tese.

<sup>521</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131.

De fato, faz parte do espírito da democracia, sentirem-se todos, como se diz, ‘no mesmo barco’. Portanto, as falhas de uns não valem para justificar as pretensões dos outros aos privilégios políticos. Os limites de uns refletem-se na qualidade da democracia como um todo e assim se tornam limites de todos. Como regime de todos, a democracia é o único sistema de vida e de governo cuja qualidade é uma média que envolve a todos, no qual é proibido isolar-se e estabelecer gradações e fomentar diferenças, mesmo se apenas psicológicas<sup>522</sup>.

Como fundada nos limites e na possibilidade, a democracia crítica tem também a qualidade de assegurar o direito à pluralidade de vozes. Essa não deificação do povo – humanização do povo – está em consonância com a negação das concepções unitárias e totalitárias do povo, sem, entretanto, negar a importância do povo e da efetiva participação popular<sup>523</sup>. Essas concepções são permissivas da emotividade e da manipulação, sufocando, por medo, aqueles que não se reconhecem no grupo. Será preciso sempre assegurar um procedimento por meio do qual as vozes das maiorias e das minorias, do consenso e do dissenso, estejam garantidas para efetivar o exercício da autocrítica, do exame de todas as possibilidades, inclusive a de corrigir os próprios erros. Sobre essa perspectiva, convém lembrar a questão da educação política, para afirmar com Kersting que apenas a educação dos cidadãos não basta. Na democracia liberal, a necessidade de *ethos* é maior: “necessitamos também de políticos eticamente educados, uma vez que não só uma cidadania que vai sumindo, pode arruinar a ordem política liberal, mas o abandono ético dos políticos também pode destruir a democracia e o Estado de Direito”<sup>524</sup>.

Quanto à ideia da pluralidade de vozes, trata-se de uma questão fundamental para os desafios do Estado de Direito no século XXI que, por sua vez, somente poderá se manter como projeto viável, segundo Fleiner e Fleiner, se considerar as questões do multiculturalismo no mundo globalizado. Essas questões são problematizadas em torno de quatro desafios prioritários, definidos em razão das maiores modificações havidas nos últimos séculos: o problema da transposição da ideia de que “nós somos o povo” para a ideia de que “nós somos um povo”; a tensão entre as ideias de inclusão e exclusão como opções estatais (concepções de cidadania que são, enfim, questões de proteção e sujeição); a superação da ideia de soberania como um fato para a ideia da soberania simbólica e por fim a questão de

---

<sup>522</sup> ZAGREBELSKY, 2011, p. 137.

<sup>523</sup> Aqui se chama atenção para a recomendação de Kelsen sobre a importância da opinião pública, ao afirmar que “uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos”. Na democracia também não pode desaparecer a “tendência rumo ao compromisso”. KELSEN, 2000, p. 412. Hart, por sua vez, afirma que uma das grandes justificativas para a democracia é que esta permite a experimentação e uma escolha, passível de revisão, entre essas alternativas. HART, 2012, p. 237.

<sup>524</sup> KERSTING, Wolfgang. Democracia e educação política. In: MERLE; MOREIRA, 2003, p. 112.

como se relacionam razão, religião e ideologia <sup>525</sup>. Essa última questão é fundamental para as controvérsias que envolvem a biopolítica: se a modernidade inicia quando o homem adquire a capacidade de dizer não, os *casos muito complicados* como os que envolvem a vida na sua dimensão mais íntima são aqueles que mais necessitam de reflexão em termos de julgamento do que é bom ou ruim, do que é certo ou errado, do que é justo ou injusto. Se os seres humanos são considerados os únicos seres vivos capazes de orientar sua vida em termos de reflexão e escolha, separando o bom do ruim, o justo do injusto, o racional do irracional, sendo esse o fundamento para se atribuir a todos uma dignidade humana, as controvérsias judiciais que envolvem a vida, a sexualidade e a morte devem estar na pauta permanente de discussão das academias e dos espaços políticos de discussão e decisão.

Referindo-se ao eterno recomeçar dos juristas, Albuquerque afirma haver, na filosofia política de Bobbio, uma forma qualificada de imunização recíproca entre Direito e política via Estado de Direito: um peculiar modo de contenção pelo qual “o positivismo jurídico – aplicado como teoria e método – limitaria racionalmente as tentações do poder arbitrário, enquanto o liberalismo garantiria os direitos individuais, e a democracia, por sua vez, expandiria os direitos de grupo, formando a vontade comum” <sup>526</sup>. Nesses casos, a discussão sobre a legitimação dos Tribunais é fundamental. E no caso do Brasil, são muitos e já conhecidos os problemas: a dupla identidade do Supremo Tribunal Federal, como Corte constitucional e órgão máximo do Poder Judiciário, as tentativas do STF nos últimos 20 anos de estabelecer uma identidade como Corte constitucional, criando filtros e mecanismos de retenção de recursos, e o problema do duplo modelo de controle de constitucionalidade, via ações diretas e recurso extraordinário, que, na prática, transformou a jurisdição civil e a jurisdição penal em instâncias de passagem ao Supremo. Daí porque muitos Ministros insistem em provocar essa discussão. São questões que permanecem abertas e precisam ser constantemente postas em pauta para que o problema fique sempre evidente e seja sempre motivo de questionamentos e propostas de solução.

---

<sup>525</sup> FLEINER, Thomas. FLEINER, Lidija Basta. **Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World**. Disponível em < [http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/Lehrstuhl/Constitutional\\_democracy.pdf](http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/Lehrstuhl/Constitutional_democracy.pdf)>. Acesso em 1.out.2013, p. 674 e ss. No original: In short we can focus on four major issues, which have seen major changes in the last centuries: We are the people versus we are one people; inclusive states versus exclusive states; from sovereignty as reality to sovereignty as a symbol; from reason to emotions.

<sup>526</sup> ALBUQUERQUE. Paulo Antônio de Menezes. A paixão do labirinto: Norberto Bobbio nos lindes entre direito e política. In: **PENSAR**: Revista de Ciências Jurídicas. Vol.17, n.2 (jul/dez.2012). Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2012, p. 603-615.



Outra questão importante que atravessa essa tese é a da permanente tentativa de questionar a funcionalidade da lei como instrumento de redução de complexidade, que afinal é mais uma das muitas propostas da modernidade ainda por cumprir. Uma dessas tentativas é o problema dos *sentidos da lei*, que afinal é um problema dos sentidos das palavras<sup>527</sup>. A segunda refere-se aquela advertência de MacCormick de que, mesmo considerando os muitos sentidos de uma palavra, sempre haverá um sentido *mais* óbvio, e a opção pelo uso do sentido menos óbvio demanda uma argumentação vigorosa, na tentativa de justificar tal escolha. Entra-se de qualquer forma, no campo da argumentação. Referindo-se às convenções com as quais se constrói o mundo social, Bourdieu afirma que a objetividade do sentido do mundo define-se em termos de concordância de subjetividades (a ideia de consenso) e prossegue:

Os sistemas simbólicos, como instrumento de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, o mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância das inteligências<sup>528</sup>.

A linguagem é fundada por acordos, e são esses acordos que a viabilizam a própria linguagem. Esse espectro foi percebido pelo próprio Beccaria, ao afirmar que nada é mais perigoso do que a afirmação de que é preciso procurar o espírito da lei, conforme citação já transcrita. Esse é o desafio dos Ministros ao procurarem o sentido da palavra “sexo” ou das palavras “homem” e “mulher” na Constituição de 1988. São duas as advertências já citadas nesse texto: a primeira, aquela de A. Barak, para quem *cigarro não é elefante*. As palavras tem um sentido, originário do acordo, do consenso que autoriza o seu ingresso no conjunto de ferramentas linguísticas que permitem a comunicação humana. Essa primeira advertência refere-se à questão do sentido e teve na virada linguística capitaneada por Wittgenstein sua contribuição mais original e impactante. Segundo Foucault:

Há alguns anos foi original e importante dizer e mostrar que o que era feito com a linguagem – poesia, literatura, filosofia, discurso em geral – obedecia a um certo número de leis ou regularidades internas – as leis e regularidades da linguagem. O caráter linguístico dos fatos de linguagem foi uma descoberta que teve importância em determinada época. Teria então chegado o momento de considerar esses fatos de

---

<sup>527</sup> A abordagem desse estudo oscilou o tempo inteiro entre a interpretação e a aplicação do Direito; entre a hermenêutica e o problema do sentido das palavras, e a argumentação e seu problema de construção de raciocínio. O sentido das palavras e os argumentos dos juízes são dois objetos distintos de análise. As distinções (identificações, classificações) são ferramentas postas para viabilizar a formulação de afirmações sobre fenômenos, num processo de acordo de inteligências, como disse Bourdieu.

<sup>528</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 10 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 09.

discurso, não mais simplesmente sob seu aspecto linguístico, mas de forma geral – e aqui me inspiro nas pesquisas realizadas pelos anglo-americanos – como jogos (*games*), jogos estratégicos, de ação e reação, de pergunta e resposta, de dominação e de esquivas, como também de luta. O discurso é esse conjunto regular de fatos linguísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outro<sup>529</sup>.

Assim, foi dada preferência à ideia de discurso como jogo estratégico, mais do que a consideração das palavras como fatos linguísticos. Daí a opção por identificar as estratégias de argumentação na decisão estudada.

Considerando que essa tese tratou de problemas relativos não somente à relação entre o Legislativo e o Judiciário, mas também da possibilidade de espaços livres do Direito, encerra-se esse estudo com uma breve referência a contribuição de Maus à teoria da democracia<sup>530</sup>. Investigando a construção do Estado de Direito em Kant, Maus procura perspectivas mais promissoras do que as interpretações kantianas até então estabelecidas. Embora não se possa converter essa tese em um estudo kantiano, há passagens que seriam interessantes reportar. Segundo Maus, Kant exige estrita divisão de poderes para obrigar a legislação democrática à coletividade, para excluir a intervenção arbitrária no caso concreto e para submeter as funções estatais, que se ocupam do caso isolado, à vontade legislativa do povo:

Somente a estrita vinculação legal dos aparatos estatais - com diferentes descrições de funções – deve produzir segurança jurídica e previsibilidade de suas ações no sentido de que as instâncias de aplicação do Direito, por seu turno, não tenham competência arbitrária no caso concreto e que o processo democrático de formação da vontade se imponha, através de vinculação legal, na atividade de administração e justiça. Segundo essas construções, até a legislação de base democrática de Rousseau, o governo pode se tornar encarregado direito do povo. A forma democrática é, ao contrário, irrelevante se as funções estatais não forem transmitidas por estrita vinculação legal. Segurança jurídica não é, nessa concepção, fim em si mesma, e sim, meio para o fim da subsunção dos aparatos estatais à vontade do povo [...]. Sem segurança jurídica o princípio democrático cai no vazio<sup>531</sup>.

Maus conclui que o desenvolvimento eminentemente “judicial-estatal” do séc. XX dificulta o entendimento atual dessa teoria constitucional, baseada na soberania popular. Para Maus, a teoria de Kant do Estado de Direito democrático é, até hoje um projeto inacabado. Por fim, para Maus, a concepção de que a separação entre Direito e Moral é uma delimitação do Direito positivo é incorreta. Maus, ao contrário, defende a tese de que a consideração direta de princípios morais no conceito jurídico anula os limites do Direito e, com isso, os

---

<sup>529</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2002, p.9.

<sup>530</sup> MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política** – Teoria da Democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>531</sup> MAUS, 2009, p. 269.

limites da regulamentação estatal, porque “nas sociedades modernas, normas jurídicas, ao contrário das normas morais, são relevantes não somente nas relações intersubjetivas, mas também se voltam diretamente para os aparatos estatais”<sup>532</sup>. A consideração de que a moral limita o Direito “fomenta a autonomia dos aparatos estatais que podem se libertar, no caso concreto, das vinculações jurídicas existentes”. Sob esse aspecto, “a remoralização do Direito, atualmente fundamentada teoricamente e diretamente aplicada na prática, significa um aumento do raio de ação dos aparatos estatais”. Ademais, o Direito positivamente colocado garante um formalismo jurídico que permite âmbitos livres de Direito: “o que não pode ser apreendido no Direito vigente como um tipo (*tatbestand*) legal, não se submete a nenhuma regra jurídica e se exclui – de toda forma sob condições jurídico-estatais -, da intervenção estatal”. Pelo que se pode concluir que a consideração direta dos princípios morais no Direito tem, em relação a essa estrutura jurídica formal-razional, facilmente a consequência de que âmbitos livres de Direito desaparecem. A grande indeterminação de princípios morais em relação a normas jurídicas permite que quase todo caso possível seja identificado como juridicamente relevante e possa se tornar objeto de decisão judicial. Com isso, também se estende o poder de sanção do Estado sobre exigências que deveriam ser apenas morais. Nesse sentido, verificou-se a existência de um discurso inadequado na fundamentação dos votos dos Ministros no caso examinado. Entender que a grande indeterminação dos princípios morais inviabiliza seu uso em decisões judiciais levaria a fundamentações menos morais e mais jurídicas, limitadas a resolver o problema da inclusão ou não dos casais homoafetivos na rede de seguridade estatal. Assim, mais condizente com a proposta de Estado de Direito democrático.

Esses são certamente problemas há muito visitados e discutidos, por saberes que se nominaram epistemológicos, linguísticos, filosóficos, lógicos... Talvez se trate, também, de um eterno recomeçar dos acadêmicos, na busca de apenas tentar descobrir o que é que se está procurando, afinal<sup>533</sup>.

---

<sup>532</sup> MAUS, 2009, p. 288-289.

<sup>533</sup> Talvez uma tese devesse terminar sempre com as palavras de Foucault: “Não quis dizer ‘eis o que penso’, pois ainda não estou muito seguro quanto ao que formulei. Mas quis ver se aquilo podia ser dito e até que ponto podia ser dito”. FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. **Microfísica do poder**. 28 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 243.

#### 4.5 Conclusões parciais

Analisados os posicionamentos, sob a perspectiva do modo *consequencialista* e avaliatório de argumentar, considerando as estratégias de argumentos factuais, de negativa, pelo uso de termos vagos e imprecisos e de falar por sujeito indefinido, podem-se apresentar as seguintes conclusões parciais, procedida a análise dos discursos decisoriais escolhidos: a) há uma confusão de argumentos nos votos dos Ministros, que ora fazem referência ao determinismo biológico, ora aos aspectos culturais de construção social dos sujeitos, ora aos aspectos psíquicos dessa constituição; b) as verdades instaladas pelos dispositivos da sexualidade que o discurso biomédico sedimentou nos últimos séculos são referidas de modo a serem consideradas realmente como verdades absolutas, decorrentes de uma essência natural dos seres humanos (sempre um argumento essencialista); c) há, de forma regular, em todos os votos, frases como “não há como escapar da evidência de que” ou “a ninguém é dado ignorar que...”; d) o recorrente apelo às “verdades” (à evidência, o uso do argumento factual) é como uma condição de possibilidade de funcionamento de um raciocínio jurídico (ou com pretensões de sê-lo); e) os Ministros argumentam equivocadamente que estão surgindo outras formas de convivência familiar, mas arranjos familiares – e de solidariedade - sempre estiveram na disponibilidade criativa dos seres humanos, uma vez que arranjos de convivência humana são atemporais; f) esse discurso caracteriza a consolidação do Estado securitário, que pretende cuidar dos indivíduos do nascimento à morte; g) é significativo o uso, pelos Ministros, dos argumentos com base no censo da população autodeclarada homoafetiva, permitindo concluir que somente os visibilizados merecerão o cuidado e o amparo do Estado; h) argumentos consequencialistas e a estratégia factual são os mais recorrentes no discurso jurídico, especialmente para reforçar a competência autorreferida do Supremo Tribunal Federal; i) por fim, as questões jurídicas, afinal, sempre terão de enfrentar os problemas da atividade do intérprete (os sempre frágeis e oscilantes limites entre aplicação, integração e criação do direito) e os problemas da competência do órgão julgador, no caso do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o problema da legitimação; j) esses problemas são constituintes do princípio da separação de poderes, que recebe muitas leituras e diferentes formas de compreensão e exercício, podendo configurar-se como uma separação do próprio poder soberano, o que não se deve admitir em um governo fundado na soberania popular.

## CONCLUSÕES FINAIS

Concluir um estudo é retomar ao ponto de partida. O ponto de partida desta tese foi a afirmação de uma relação necessária entre Estado securitário, biopolítica e atuação do Judiciário. Havia, portanto, dois marcos referenciais e um objeto de estudo: a proposta teórica-conceitual do Estado Securitário e da biopolítica e um discurso do Poder Judiciário sobre as práticas de biopolítica. Foi pressuposto que as problematizações resultantes desses marcos envolviam questões de poder, e, especificamente, o poder exercido pelo Estado na modernidade sobre aspectos constituintes do ser vivo humano. Foram definidos e analisados modelos teóricos e experiências históricas de Estado e de funcionamento do Judiciário, considerando a atividade decisional como uma forma específica de exercício do poder estatal; foram investigadas propostas filosóficas de definição da biopolítica e os discursos produzidos pela Sociologia, pela Antropologia e pelo próprio Direito na busca de um entendimento mais completo sobre a biopolítica e especificamente sobre a sexualidade; e por fim, foi analisado um discurso sobre a sexualidade, em decisão de justificação ou fundamentação colegiada emitida pelo órgão máximo do Judiciário brasileiro. Dessas definições e análises foram alcançadas as seguintes conclusões:

- a) Os principais referenciais postos para o pensamento jurídico, em termos de teoria do Estado, são as propostas de Estado de Direito na modalidade dos Estados liberal e social, com suas respectivas teorias dos direitos fundamentais e definições quanto ao vínculo do julgador à Constituição e à lei; sobre eles, conclui-se que: não é correto defender que, no Estado social, deva haver um deslocamento do Judiciário para um protagonismo social ou político: a opção pelo Estado social sobrecarrega o Poder Executivo; no Brasil, há um equívoco em se entender que o fenômeno do ativismo judicial contribuirá para a superação dos déficits sociais, quando antes prejudica as articulações democráticas no campo das lutas políticas;
- b) Da experiência histórica do Estado Totalitário se projeta um modo específico de funcionamento do Judiciário, fora dos quadrantes propostos para o Judiciário no Estado de Direito; identificado o Brasil atualmente como um Estado liberal securitário, afirma-se que no Estado securitário ampliam-se os espaços de controle da população, e que é preciso reafirmar o cuidado com a construção do raciocínio decisional no chamado Estado liberal securitário, para que não comprometa o Estado de Direito.

- c) O adjetivo liberal foi acoplado à ideia de eugenia, para diferenciar esta daquela dita eugenia totalitária, embora ambas sejam projetos de executar o sonho da perfeição, do corpo humano como máquina perfeita; enquanto na eugenia totalitária o projeto é levado à cabo por um gigantesco aparelho burocrático chamado Estado, na eugenia liberal impera à lógica do mercado, que impõe uma interpretação equivocada da ideia de autonomia da vontade; são apenas duas faces de um mesmo delírio;
- d) Adotando a teoria hermenêutica estruturante, é preciso afirmar que, na construção da norma, a partir do texto, diante do caso concreto, o enunciado normativo não pode ser posto de lado, especialmente em regimes democráticos; o texto há de ter uma resistência semântica, mesmo (e especialmente) nos casos em que o intérprete encontre, durante o processo hermenêutico, um resultado diferente daquele que procurava, por considerar subjetivamente mais adequado ao caso concreto;
- e) Assim como as propostas estruturalistas tinham aptidão para embasar o conhecimento do fenômeno jurídico como norma, ou proposição prescritiva, também é possível propor o conhecimento do Direito como discurso, construção humana a ser compreendida nos marcos da teoria da linguagem e da argumentação;
- f) A perspectiva retórica e a teoria da argumentação são compatíveis com o positivismo jurídico enquanto teoria do direito, considerando que o positivismo afirma a necessidade de partir do direito positivo para a realização dos procedimentos de concretização da norma e não nega a existência de outros sistemas sociais nem recusa a discussão da validade do sistema jurídico sob a perspectiva de sua eficácia social;
- g) A partir das propostas filosóficas de H. Arendt, M. Foucault e G. Agamben, é possível afirmar a necessidade de manutenção de uma esfera da vida humana fora dos dispositivos de controle, sejam sociais, sejam políticos, mas, acima de tudo, jurídicos, para afirmar que para o indivíduo, ainda resta alguma possibilidade de determinação autônoma de si;
- h) Foi identificada a produção de uma verdade sobre a sexualidade – o dispositivo da sexualidade – capaz de disciplinar o corpo e o desejo dos indivíduos, tornando a sexualidade o lugar privilegiado a partir do qual se lê e se diz uma verdade profunda sobre os seres humanos, produzindo instrumentos de manipulação e controle dos indivíduos;

i) Uma maneira, entre as possíveis, de o Judiciário tornar-se o lugar para resolução de conflitos que atinjam o limite do biopoder inicia pelo mapeamento das matrizes argumentativas, a fim de evitar a utilização assistemática dos discursos sociológico, biológico, antropológico, moral e jurídico. Na análise do discurso empreendida verificou-se que foram usados argumentos de forma assistemática somente para reafirmar a sexualidade como marcador de identidade, o que tangenciou a possibilidade de desarmar o dispositivo da sexualidade nos termos analisados no segundo capítulo e manter a justificação dentro do sistema jurídico.

j) Especificamente, quanto ao problema da equiparação da união homoafetiva à união estável, trata-se do mesmo fenômeno ocorrido quando da equiparação da união estável à família. Trata-se de um problema derivado da forma que o Brasil estrutura-se enquanto Estado liberal securitário, que pretende estender uma rede de proteção aos indivíduos e aos grupos, fundado na ideia de solidariedade ampla. Tal forma determina um compromisso de verificar permanentemente a viabilidade da inclusão do maior número possível de segurados; quando isso não é possível, a busca por critérios de distinção para efeitos de exclusão torna-se perversa ao utilizar, como um marcador da identidade dos sujeitos, as práticas sexuais; tem-se, portanto, que o recurso ao discurso moral ou jurídico é artificial, pois na verdade trata-se de um problema de possibilidades do Estado em cumprir seu projeto de seguridade social. É a crise da proposta do Estado liberal securitário que faz emergir os dispositivos de controle do biopoder, inclusive nos discursos jurisdicionais.

k) As reflexões filosóficas e jurídicas empreendidas neste estudo, e a metodologia empregada na pesquisa empírica, têm aplicabilidade em decisões sobre a vida humana, compreendendo controvérsias éticas e jurídicas que exijam a conceituação de vida e morte dos seres humanos.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica** – para uma teoria dogmática da justiça. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer** – o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poteli. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. (Estado de Sítio)

ALBUQUERQUE, Newton. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. A paixão do labirinto: Norberto Bobbio nos lindes entre direito e política. **PENSAR: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza: Universidade de Fortaleza. v.17, n.2, jul/dez.2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Ângela Mendes. **A república de Weimar e a ascensão do nazismo**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

ALMEIDA, Eneá de Stutz . Indivíduo, pessoa e direitos da personalidade: reflexões. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de (Org). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010.

ANDERY, Maria Amália Pio Abib et al. **Para compreender a ciência**: uma perspectiva histórica. 9. ed. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo. São Paulo: EDUC, 2000.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos de personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**, n.24, enero-junio-2013, pp.81-111. Disponível em: < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2305362](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2305362)>. Acesso em: 04set.2013.

AMBROSINI, Diego Rafael; FERREIRA, Gabriela Nunes. Os juristas e o debate sobre “país legal” e “país real” na República Velha. In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (Coord). **Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (1850-1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré (IDESP–FAPESP–EDUC), 1997. (Série Justiça).

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.



\_\_\_\_\_. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

\_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p.121-29, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>>. Acesso em: 04set.2013.

ASSIEUR-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AXT, Gunter; SCHULER, Fernando Luís (Org). **Fronteiras do pensamento**: ensaios sobre cultura e estética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (ed). **The Constitution in 2020**. Oxford University press, 2009.

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições brasileiras**: 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centros de Estudos Estratégicos, 1999.

BARAK, Aharon. **The judge in a Democracy**. Princeton University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Hermeneutics and constitutional interpretation. ROSENFELD, Michel (ed). **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy** – theoretical perspectives. London: Duke University Press, 1994.

BARBER, Sotorios A. **The constitution of judicial power**. Baltimore: The John Hopkins University press, 1993.

BARREIRA, Irllys. O lugar do indivíduo na sociologia: sob o prisma da liberdade e dos constrangimentos sociais. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza: UFC, v. 34, 2003, p.51-63

BARRETTO, Vicente de Paulo; MELLO, Luís Fernando Moraes. Ética, Biopoder e sociedade tecnocientífica. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de (Org). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Opinião Jurídica**: Revista do curso de Direito da Unichristus, Fortaleza, ano III, n. 06, 2005, p. 211-252. Disponível em: <[http://www.fchristus.com.br/index.php?option=com\\_flippingbook&view=book&id=37:revista-opinio-juridica-nd-3&catid=3:revista-opinio-juridica](http://www.fchristus.com.br/index.php?option=com_flippingbook&view=book&id=37:revista-opinio-juridica-nd-3&catid=3:revista-opinio-juridica)>. Acesso em: 05out.2013.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO. Luís Roberto; BARCELLOS. Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em:

<[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775075/DLFE-46628.pdf/Revista57Doutrina\\_pg\\_305\\_a\\_344.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775075/DLFE-46628.pdf/Revista57Doutrina_pg_305_a_344.pdf)>. Acesso em: 18jul.2013.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. São Paulo: Nova fronteira, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. eBooksBrasil.com. Fonte digital <[www.jahr.org](http://www.jahr.org)>.

BEDÊ, Fayga Silveira. O público e o privado: deslizamentos e rupturas. **NOMOS**, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v.28 – jan/jul – 2008.1.

BENJAMIN, Walter. **Magia, Técnica, Arte e Política** – Ensaio sobre literatura e história da cultura. Obras escolhidas. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A Construção social da Realidade**. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOMENY, Helena Maria Bousquet; COSTA, Vanda Maria Ribeiro; SCHWARTZMAN, Simon. **Tempos de Capanema**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

\_\_\_\_\_. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Küher. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Brasília, Distrito Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20ago.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Acórdão. Brasília. Distrito Federal. ADIN nº 4277. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 12jul.2013.

BRILHANTE, Tércio Aragão. Ativismo Judicial e a importância da lei. **Opinião Jurídica**: Revista do Curso de Direito da Unichristus, Fortaleza, ano X, n. 14, 2012, p.352-380. Disponível em: <

[http://www.fchristus.com.br/downloads/opiniao\\_juridica/revista\\_opiniao\\_juridica\\_14\\_edt.pdf](http://www.fchristus.com.br/downloads/opiniao_juridica/revista_opiniao_juridica_14_edt.pdf)  
> . Acesso em: 04out.2013.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. O Direito e os direitos da personalidade. Disponível em: <[http://www.4shared.com/office/1VvqCr1D/CAMPOS\\_Diogo\\_Leite\\_de\\_-\\_O\\_dire.html](http://www.4shared.com/office/1VvqCr1D/CAMPOS_Diogo_Leite_de_-_O_dire.html)>. Acesso em: 04.set.2013.

\_\_\_\_\_. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. Disponível em: <[http://www.4shared.com/office/W2fPADBD/CAMPOS\\_Diogo\\_Leite\\_de\\_-\\_Os\\_dir.html](http://www.4shared.com/office/W2fPADBD/CAMPOS_Diogo_Leite_de_-_Os_dir.html)>. Acesso em: 04.set.2013.

CANDIOTTO, Cesar. Cuidado da vida e dispositivos de segurança. In: CASTELO BRANCO, Guilherme; VEIGA-NETO, Alfredo. **Foucault: Filosofia e Política**. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASTELO BRANCO, Guilherme; VEIGA-NETO, Alfredo. **Foucault: Filosofia e Política**. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

CASTORIADIS, Cornelius. A ascensão da insignificância. **As encruzilhadas do labirinto V**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. IV.

\_\_\_\_\_. O mundo fragmentado. **As encruzilhadas do labirinto**. São Paulo: Paz e Terra, 1987-1992. v. III.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal e Ministério das Ciências e Tecnologias, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v.6).

CHAVES, Antônio. Direitos de personalidade – Direito à vida, ao corpo e as partes do mesmo (transplante), esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”, direito ao cadáver a as partes do mesmo. Disponível em: <[http://www.4shared.com/office/7VUcC3X9/CHAVES\\_Antonio\\_-\\_Direitos\\_de\\_p.html](http://www.4shared.com/office/7VUcC3X9/CHAVES_Antonio_-_Direitos_de_p.html)>. Acesso em: 06set.2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA PORTO, Walter. **Constituições brasileiras: 1937**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centros de Estudos Estratégicos, 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v.4).

COSTA, Reginaldo da. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

CREVELD, Martin Van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEL PRIORE, Mary. **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DÍAZ, Esther. **A Filosofia de Michel Foucault**. São Paulo: Unesp, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico** – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil**, 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DWORKIN, Ronald A. Natural Law revisited. **University of Florida Law Review**, Florida, v. XXXIV, number 2, 1982.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

\_\_\_\_\_. **O processo civilizador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. v.1.

\_\_\_\_\_. **A solidão dos moribundos**, seguido de envelhecer e morrer. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ESTATUTO DO NASCITURO. Câmara dos Deputados, Brasília, Distrito Federal.

Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=443584](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584)>. Acesso em: 17ago.2013.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder** – a formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FARIA, José Eduardo (Org). **Direito e Justiça: a função Social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

FEITOSA, Gustavo Raposo. Direito à vida, ciência e pesquisa com células-tronco embrionárias: construção argumentativa no julgamento da ADIn 3.510/05. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de (org). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990.

FLEINER, Thomas. FLEINER, Lidija Basta. **Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World**. Disponível em: <  
[http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/Lehrstuhl/Constitutional\\_democracy.pdf](http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/Lehrstuhl/Constitutional_democracy.pdf)>.  
Acesso em: 01out.2013.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: a vontade de saber**. 19. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. 28. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FREI, Norbert. People's community and war: Hitler's popular support. In: MOMMSEN, Hans (ed). **The Third Reich between vision and reality: new perspectives on German history -1918-1945**. Oxford-New York, Berg, 2002.

FRUET, Gustavo Bonato et alii (Org). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – parte geral**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 88: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **Porque tenho medo dos juízes** – a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. **Argumentação e decisão judicial** – uma introdução. Manuscrito fornecido pelo autor. [s.n.t].

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

\_\_\_\_\_. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

\_\_\_\_\_. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HEILBRONER, Robert. **A História do Pensamento Econômico**. 6. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Economistas).

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1991.

HOBSBAWM, Eric. **A Era das Revoluções – 1789-1848**. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Era do Capital – 1848-1875**. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do homem**. 16. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

HUNT, Lynn. **A nova história cultural**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **A invenção dos direitos humanos** – uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERSTING, Wolfgang. Democracia e educação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

- LAPLANTINE, François. **Aprender Antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEITE, George Salomão. Ensaio sobre bioética constitucional. In SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.
- LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LIMA LOPES, José Reinaldo. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: teoria geral do Direito Civil**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2003.
- LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LOIS, Cecília Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. **Revista Sequência**, Florianópolis, nº 52, p. 257-278, jul.2006.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila et alii. Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. **NOMOS**, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v.28 – jan/jul – 2008.1.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas?. **Opinião Jurídica**: Revista do curso de Direito da Unichristus, Fortaleza, ano X, n. 14, 2012, p. 231-252. Disponível em: <  
[http://www.fchristus.com.br/downloads/opiniaio\\_juridica/revista\\_opiniaio\\_juridica\\_14\\_edt.pdf](http://www.fchristus.com.br/downloads/opiniaio_juridica/revista_opiniaio_juridica_14_edt.pdf)  
> . Acesso em: 04out.2013.
- LOUREIRO, João Carlos. Habermas e *O Futuro da Natureza Humana*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.
- LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis: Vozes, 2003.
- MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACHADO, Lia Zanotta. Gênero, um novo paradigma?. **Cadernos Pagu - nº11**– São Paulo, Núcleo de Estudos de Gênero – Unicamp. 1998, p.117-125
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.



MAGNOLI, Demétrio (Org). **História da Paz**: os tratados que desenharam o planeta. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2012.

MAINGUENEAU, Dominique. **Análise de textos de comunicação**. Trad. Camila P. de Souza-e-Silva e Décio Rocha. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

MAISKI, I. **Quien ayudo a Hitler**. Editorial Progreso, Moscu. [s/d].

MARANINI, Giuseppe. **Il mito dela costituzione**. Roma: Ideazione editrice srl, 1996.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATIAS, João Luís Nogueira. Em busca de uma sociedade livre, justa e solidária: a função ambiental como forma de conciliação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio. In: MATIAS, João Luís Nogueira (coord). **Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais**. Curitiba: CRV, 2013.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MATURANA, Humberto R.. VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento – as bases biológicas da compreensão humana**. 6. ed. São Paulo: Palas Athenas, 2007.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **O direito e a política – teoria da Democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAZIÈRE, Francine. **A análise do discurso**: história e práticas. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2007.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

MENEZES, Joyceanne Bezerra de (Org). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010.

MÉSZÁROS, István. A crise estrutural do capital. Disponível em: <[http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/04/out4\\_02.pdf](http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/04/out4_02.pdf)>. Acesso em: 18jul.2013.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org). **Pesquisa social – teoria, método e criatividade**. 14. ed. São Paulo: Vozes, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed, rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. 4.

MOMMSEN, Hans. **The rise and fall of Weimar democracy**. The University of North Caroline press – Chapel Hill and London, 1996.



- MOMMSEN, Hans (ed). **The Third Reich between vision and reality: new perspectives on German history -1918-1945**. Oxford-New York, Berg, 2002.
- MORAES, Maria Lygia Quartim de. Usos e limites da categoria gênero. **Cadernos Pagu - nº11**– São Paulo, Núcleo de Estudos de Gênero – Unicamp, 1998, p. 99-105.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **O socialismo brasileiro**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. (Coleção Pensamento Social-democrata).
- MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (Coord). **Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (1850-1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schimitt Caccia (Coord). **Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (1930-dias atuais)**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOTA, Carolina. Brazil under Vargas: a análise jurídica de Karl Loewenstein sobre o regime de 1937. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schimitt Caccia (Coord). **Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (1930-dias atuais)**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MÜLLER, Ingo. **Hitler's Justice – The Courts of the Third Reich**. London: I.B. Tauris&co Ltd Publishers, 1991.
- NEVES, Marcelo. **Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 08, n.2, p. 09-41, ago/dez.2000.
- NOGUEIRA, Christiane Vieira. Direito e gênero: transexuais e retificação do registro civil. **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza: Faculdade Farias Brito, ano 1, n. 01, p. 37-57, jan/jul.2002.
- NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.
- NOVAES, Adauto (Org). **O homem-máquina: a ciência manipula o corpo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

O'BRIEN, Patrícia. A história da cultura de Michel Foucault. In: HUNT, Lynn. **A nova história cultural**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

OPPENHEIM, Felix. Relativism, absolutism and democracy. In: **The American Political Science Review**, v. 44, n. 4, pp. 951-960, dec.1950. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1951296?uid=2&uid=4&sid=21102191902023>>. Acesso em: 30jun.2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre diversidade biológica**, de 1992. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf\\_chm\\_rbbio/arquivos/cdbport\\_72.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/arquivos/cdbport_72.pdf)>. Acesso em: 28set.2013.

ORLANDI, Eni P. **Análise do discurso: princípios e procedimentos**. 7. ed. Campinas-SP: Pontes, 2007.

PAIVA, Antônio Cristian Saraiva. A conjugalidade homossexual no sistema de gênero e para além: micropolíticas homoeróticas. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v.37, n.1, p.63-76, 2006.

PAXTON, Robert. **Anatomia do fascismo**. Trad. Patrícia Zimbres e Paula Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosofia e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Verbena Laranjeira. Gênero: dilemas de um conceito. In: STREY, Marlene et al.(Org). **Gênero e Cultura: questões contemporâneas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. (Coleção Gênero e Contemporaneidade).

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PISARELLO, Gerardo. **Un largo Thermidor – la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Madrid: editorial Trotta, 2011. (Colección Estructuras y proceso; Serie Derecho).

PLANCK, Max. **¿Adónde va la ciencia?**. Disponível em: <<http://4grandesverdades.files.wordpress.com/2009/12/planck-max-adonde-va-la-ciencia.pdf>>. Acesso em: 22ago.2013.

POMPEU, Gina Marcílio. Acesso à educação, condição essencial para o efetivo exercício dos direitos de personalidade. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de (Org). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010.

QUIRK, William J.; BRIDWELL, R. Randall. **Judicial dictatorship**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1995.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Brasília: Ática, 2000. (Coleção Pensamento Social-Democrata).

RIBEIRO, Darcy. **Confissões**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

RÍO, Josefina Alventosa Del (diretora). Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo. **Cuadernos de derecho judicial**. v. XXVI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial – Centro de documentación judicial, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES JÚNIOR. Adail Sebastião. Análise crítica do discurso: modismo, teoria ou método?. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1984-63982009000100006&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-63982009000100006&lang=pt)>. Acesso em: 09ago.2013.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2007.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica – Introdução a uma leitura externa do Direito**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A Crise do Judiciário e a visão dos Juízes. **Revista USP - Dossiê Judiciário**, São Paulo, n.21, p. 34-45, mar/mai, 1994.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos direitos fundamentais. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

\_\_\_\_\_. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortéz, 2007.

\_\_\_\_\_. **Refundación del Estado en América Latina – perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Seguridad, 2010.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. Porto: Afrontamentos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; LEITE, George Salomão (Org). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

SCAVONE, Lucila. Estudos de gênero: uma sociologia feminista?. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v.16, n.1, p. 173-186, jan/abr, 2008.

SCHWARCZ, Lilian Moritz. **O Espetáculo das raças** – Cientistas, Instituições e questão racial no Brasil. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SIATTA, Antonio. **Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della corte costituzionale**. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **Revista Latino Americana de Estudos constitucionais**, Belo Horizonte: Del Rey, n.1, jan/jul, 2003.

SIMON, Dieter. **La independencia del juez**. Barcelona: Ariel, 1985.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

\_\_\_\_\_. **A construção intelectual do Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

SOUZA, Laura de Melo de. **O diabo e a Terra de Santa Cruz**: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil Colônia. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SOUZA, Rubens Hess Marins de. Discurso decisório e democracia: uma perspectiva retórica. In: CLÊVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Constituição, democracia e justiça**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus** – ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Pubblicazioni della Università di Pavia – nuova serie, Padova: CEDAM, 1975. v.3.

\_\_\_\_\_. **Uma simples verdade** - O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

- VENANCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.
- VERDU, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- VIARO, Renne Volpato. VALORE, Luciana Albanese. **Método, análise e verdade em psicologia: análise institucional do discurso**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932011000400005&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000400005&lang=pt)>. Acesso em: 09ago.2013.
- VILA, Marisa Iglesias. **El problema de la discreción judicial** – una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999.
- VIOTTI DA COSTA, Emília. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006.
- WOLKMER, Antônio Carlos. MELO, Milena Petters (Org). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série IDP).