



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PPGD



VINÍCIUS SILVA PIMENTEL

**INTERPRETAÇÃO, RACIONALIDADE E RETÓRICA DA
OBJETIVIDADE NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO
HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: UM EXAME DO
RACIOCÍNIO ESTRATÉGICO DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de Mestrado

Recife
2017

VINÍCIUS SILVA PIMENTEL

**INTERPRETAÇÃO, RACIONALIDADE E RETÓRICA DA
OBJETIVIDADE NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO
HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: UM EXAME DO
RACIOCÍNIO ESTRATÉGICO DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de pesquisa: 3. Linguagem e Direito

Grupo de pesquisa: 3.1. Retórica e pragmatismo no direito

Orientadora: Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves

Recife
2017

Catalogação na fonte
Bibliotecário Wagner Carvalho CRB/4-1744

P644i

Pimentel, Vinícius Silva

Interpretação, racionalidade e retórica da objetividade no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar: um exame do raciocínio estratégico dos tribunais estaduais e do Supremo Tribunal Federal / Vinícius Silva Pimentel – Recife: O Autor, 2017.

206 f. : il.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Juliana Teixeira Esteves

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2017.

Inclui referências e apêndices.

1. Hermenêutica (direito) - Brasil. 2. União homoafetiva - Brasil. 3. Poder judiciário - Brasil. 4. Retórica da objetividade. 5. Razão jurídica. 6. Supremo Tribunal Federal - Brasil. I. Esteves, Juliana Teixeira (Orientador). II. Título.

Vinícius Silva Pimentel

“Interpretação, Racionalidade e Retórica da Objetividade no Reconhecimento da União Homoafetiva como Entidade Familiar: Um Exame do Raciocínio Estratégico dos Tribunais Estaduais e do Supremo Tribunal Federal”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Orientador: Prof^a. Dr^a. Juliana Teixeira Esteves

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. **Torquato da Silva Castro Júnior** (Presidente/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Glauco Barreira Magalhães Filho** (1º Examinador externo/UFC)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Alexandre Ronaldo da Maia de Farias** (2º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 30 de junho de 2017.

Coordenadora Prof^a. Dr^a. **Juliana Teixeira Esteves**.

Para Laura, Roberto, Márcia e Thomaz.

AGRADECIMENTOS

A Laura, minha amada esposa, encorajadora e auxiliadora de cada linha que já escrevi ou escreverei.

Aos meus pais, Roberto e Márcia, sempre antecipadamente orgulhosos de cada passo dado e sempre prontos a estender a mão a cada tropeço, do primeiro dia até aqui.

Ao meu irmão, Thomaz, pela ajuda indispensável na organização dos dados coletados e na elaboração dos gráficos.

Ao Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva, não só porque este trabalho lhe deve suas principais inspirações teóricas e metodológicas, mas também pelo exemplo de pesquisador meticoloso e professor dedicado que me legou durante a orientação e o estágio de docência.

À Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves, pela orientação na fase final deste trabalho e pela paciência nos percalços enfrentados.

A todos os professores, servidores e demais funcionários do PPGD, na pessoa do Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Jr., pelo ensino, amizade e incentivo à pesquisa em direito.

Aos colegas de pós-graduação, na pessoa de Cristiano Araújo Luzes, Ítalo José da Silva Oliveira e Renato Silva Fraga, pelas valiosas críticas e sugestões bibliográficas, quase sempre regadas a bom café.

A equipe do escritório Duarte Advogados, na pessoa de Ronnie Preuss Duarte, pelo estímulo constante ao aperfeiçoamento intelectual e à conjugação do saber teórico com as preocupações eminentemente práticas da advocacia; e de Iago Melo Torres, não só pelo auxílio na organização dos dados coletados e pelo generoso esforço de suprir minhas ausências, mas sobretudo pela amizade, cumplicidade e encorajamento diários.

Aos membros da Comissão de Assistência Social e da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco, pelo apoio e compreensão nas muitas ausências.

Aos amigos do Núcleo Althusius de Estudos em Cosmovisão Cristã, cujo ambiente fértil de leituras e discussões foi a mais grata surpresa no curso desta pós-graduação.

Por fim, ao Conselho e a todos os membros da Igreja Presbiteriana da Aliança, na pessoa dos Revs. Paulo Henrique Brasil e Sousa e Doug Leaman, bem como dos Presbíteros Manoel Sales Canuto e Joselias Zacarias Santos, pelas orações, pelo apoio e pela paciência nas muitas ocasiões em que esta dissertação consumiu o tempo, a força e a alegria que eu quisera dedicá-lhes.

A todos, minha sincera gratidão.

A hermenêutica é teológica, visto que a interpretação de textos em geral apoia-se em crenças sobre Deus e a humanidade. De maneira específica, as crenças que têm que ver com Deus, o mundo e nós mesmos estão implícitas nas perspectivas que os intérpretes adotam sobre a natureza do autor, do texto e do leitor. [...] A crença de que há algo “no” texto, uma presença que não foi criada pelo leitor, é uma crença em transcendência. Ler para encontrar alguma coisa além do mero jogo dos signos é, para usar uma expressão de Steiner, uma “aposta” na transcendência e uma esperança em uma possibilidade de transformação.

(Kevin Vanhoozer)

Em ti permanecem estáveis as causas de todas as coisas instáveis, permanecem imutáveis os princípios de todas as coisas mutáveis, permanecem eternas as razões de tudo o que é temporal e irracional.

(Agostinho de Hipona)

RESUMO

O presente trabalho examina, de uma perspectiva observacional, o raciocínio estratégico e a argumentação em torno das escolhas interpretativas na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que julgou procedentes a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a ação por descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 132 e afirmou o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como nas decisões dos tribunais estaduais brasileiros sobre o mesmo tema, proferidas até o julgamento da ADPF 132. Parte-se da premissa, formulada por Gustavo Just, de que as decisões interpretativas são discursos orientados à objetividade, os quais têm a pretensão de se apresentarem, se justificarem e se perceberem como o resultado de critérios neutros e impessoais, e não como a expressão da arbitrariedade ou das preferências subjetivas do julgador. Investiga-se a hipótese de que toda escolha interpretativa tem um impacto na persuasão e na objetividade da decisão que está sendo proferida e, também, um reflexo potencial sobre o poder do intérprete na prolação de futuras decisões; em consequência, um dos fatores de influência das escolhas interpretativas é o raciocínio estratégico que pondera os benefícios e sacrifícios de determinada decisão. A análise das decisões concentra-se em dois níveis de recursos discursivos empregados pelos juristas com o fito de se desincumbirem de seu ônus para com a retórica da objetividade: a justificação da decisão interpretativa, mediante o emprego de formas argumentativas aceitas na comunidade jurídica como aptas a fundamentar escolhas interpretativas; e a invocação de argumentos não “codificados” pela cultura jurídica, como aqueles encontrados na literatura filosófica, política ou econômica. O caráter irregular (e em grande medida caótico) das estruturas argumentativas concretamente empregadas indica que o discurso judicial brasileiro é marcado pela pessoalidade e por uma estrutura de agregação de opiniões, e não por uma racionalidade institucional; entretanto, essa constatação é insuficiente para se concluir pela inexistência do direito brasileiro como um campo social diferenciado e autônomo, pois esse arranjo institucional apresenta relativa funcionalidade e os discursos jurídicos nele produzidos mantêm o compromisso com a retórica da objetividade, ainda que não atendam às exigências de modelos normativos pensados em tradições estrangeiras. Constata-se nas decisões coletadas que esse raciocínio estratégico orientado à objetividade se expressa (1) no relativo prestígio que possuem os métodos clássicos de interpretação (especialmente o gramatical e o sistemático), a despeito das fortes críticas que lhe são feitas no plano teórico; (2) na utilização fluida dos princípios jurídicos, sem apego aos esforços metodologizantes das teorias pós-positivistas; (3) no emprego comedido (e com função meramente ornamental) da argumentação não juridicamente codificada; e (4) na afirmação limitada da dimensão criadora da atividade do intérprete, quase sempre contrabalanceada por um discurso de deferência à concepção tradicional da separação de poderes.

Palavras-chave: Teoria da decisão judicial. Hermenêutica jurídica. Razão jurídica. Retórica da objetividade.

ABSTRACT

This work examines, from an observational perspective, the strategic reasoning and the argumentation involved in the interpretative choices taken by the Brazilian Supreme Court in the decision that judged the direct unconstitutionality suit, (ADI) 4,277 and the claim for non-compliance of a fundamental precept (ADPF) 132 and recognized same-sex unions as family entities, and also the in the interpretative choices taken by Brazilian state courts on the same subject, in decisions rendered until the judgment of the ADPF 132. The analysis is based on the premise, formulated by Gustavo Just, that interpretative decisions are objectivity-oriented discourses, intended to be presented, justified and perceived as the result of neutral and impersonal criteria, not as the expression of the arbitrariness or subjective preferences of the one who takes the decision. The work investigates the hypothesis that each interpretive choice has an impact on the persuasion and objectivity of the current decision, but also a potential impact on the interpreter's power in rendering future decisions; consequently, one of the factors influencing the interpretive choices is the strategic reasoning that weighs the benefits and sacrifices of a given decision. The decisions are analyzed with focus on two levels of discursive resources used to discharge the judges' rhetorical duty of objectiveness: the justification of the interpretative decision, by resorting to forms of argumentation accepted in the legal community as apt to support interpretive choices; and the resort of arguments not "codified" by legal culture, such as those found in philosophical, political or economic literature. The irregular (and largely chaotic) character of the argumentative structures concretely employed indicates that the Brazilian judicial discourse is marked by a personalist character and a structure of aggregation of opinions, not by an institutional rationality; however, this finding is insufficient to conclude that Brazilian law does not exist as a differentiated and autonomous social field, since this institutional arrangement presents relative functionality and the legal discourses produced within it maintain a commitment to rhetorical objectivity, even though they do not meet the requirements of normative models conceived in foreign traditions. The collected decisions shows that this strategic reasoning oriented to objectivity is expressed (1) in the relative prestige of the classical methods of legal interpretation (literal and systematic, mainly), despite the strong criticisms made on the theoretical plane; (2) in the fluid use of legal principles, without attachment to the methodological efforts of post-positivist theories; (3) in the modest employment (and with merely ornamental function) of not legally codified arguments; and (4) in the limited recognition of the creative dimension of interpretation, very often counterbalanced by a deference to the traditional conception of separation of powers.

Keywords: Legal decision theory. Legal interpretation. Legal reasoning. Rhetorical objectivity.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|--|-----|
| Figura 1 – Número de decisões relevantes por ano | 84 |
| Figura 2 – Número de decisões relevantes por tribunal | 85 |
| Figura 3 – Resultado das decisões relevantes por ano..... | 86 |
| Figura 4 – Resultado das decisões relevantes por tribunal..... | 86 |
| Figura 5 – Formação da decisão colegiada (por unanimidade ou por maioria) por tribunal.... | 88 |
| Figura 6 – Materiais jurídicos utilizados | 127 |
| Figura 7 – Formas de justificação empregadas por decisão | 135 |

LISTA DE QUADROS

| | |
|--|-----|
| Quadro 1 – Argumentos gramaticais na interpretação “n1” dos tribunais estaduais: a distinção semântica entre “homem” e “mulher” e a função sintática da conjunção “e” | 93 |
| Quadro 2 – Argumentos históricos na interpretação “n2” dos tribunais estaduais: interpretação comparativa/evolutiva do art. 226 da Constituição | 101 |
| Quadro 3 – Argumentos sistemáticos na interpretação “n1” dos tribunais estaduais: a conversibilidade da união estável em casamento e sua impossibilidade na união homoafetiva..... | 106 |
| Quadro 4 – Argumentos de integração na interpretação “n1” dos tribunais estaduais: impossibilidade do raciocínio analógico | 109 |
| Quadro 5 – Argumentos de integração na interpretação “n2” dos tribunais estaduais: a prevalência da analogia como estratégia argumentativa | 110 |
| Quadro 6 – Rejeição da atividade criadora nos tribunais estaduais “n1” | 141 |
| Quadro 7 – Afirmação da atividade criadora nos tribunais estaduais “n2” | 142 |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 13 |
| 1 APORTE TEÓRICO: DIREITO, LINGUAGEM E A DECISÃO JUDICIAL ENQUANTO DISCURSO ORIENTADO À OBJETIVIDADE | 18 |
| 1.1 A DECISÃO JURÍDICA COMO DISCURSO: O DIREITO APÓS A GUINADA INTERPRETATIVA | 20 |
| 1.1.1 Entre racionalismo e intencionalismo: a linguagem como objeto da filosofia | 20 |
| 1.1.2 A linguagem no centro da filosofia do direito: entre cognitivismo e ceticismo... | 27 |
| 1.2 O DISCURSO JUDICIAL COMO FORMA DE EXERCÍCIO E DE MISTIFICAÇÃO DO PODER..... | 35 |
| 1.2.1 A crise de indeterminação do direito como ponto de partida para a “tese da mistificação”..... | 35 |
| 1.2.2 Foucault e Fairclough: dos sistemas de exclusão do discurso às operações ideológicas da linguagem | 39 |
| 1.2.3 Kennedy e a fenomenologia de esquerda: o trabalho jurídico e o poder de criar e desfazer a indeterminação | 45 |
| 1.3 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE | 48 |
| 1.3.1 Weber e a construção da retórica da objetividade na legitimação legal-racional | 49 |
| 1.3.2 Bourdieu e a piedosa hipocrisia dos juristas: a retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade | 52 |
| 1.4 POR UMA PERSPECTIVA TEMPERADA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO, LINGUAGEM E PODER | 57 |
| 2 APORTE METODOLÓGICO: PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO PARA UMA COMPREENSÃO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO NOS CASOS DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR | 60 |
| 2.1 ELEMENTOS PARA UMA PERSPECTIVA OBSERVACIONAL DO RACIOCÍNIO JURÍDICO NA DECISÃO JUDICIAL | 61 |

| | | |
|----------------|---|------------|
| 2.1.1 | A pesquisa empírica em direito, no mundo e no Brasil | 61 |
| 2.1.2 | Contra o reducionismo formalista: a pesquisa empírica e a (in)distinção entre razão descritiva e prescritiva..... | 66 |
| 2.1.3 | Contra o reducionismo sociologista: o raciocínio jurídico e a tomada de decisão como objeto da pesquisa | 70 |
| 2.2 | O RACIOCÍNIO JURÍDICO NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: ALTERNATIVAS METODOLÓGICAS E PROTOCOLO DE PESQUISA..... | 73 |
| 2.2.1 | A pesquisa empírica em direito e o interesse na temática da união homoafetiva: alternativas metodológicas..... | 73 |
| 2.2.2 | Descrição do protocolo de pesquisa: desafios na coleta e análise dos dados..... | 79 |
| 3 | RESULTADOS: A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES E OS ARGUMENTOS NÃO CODIFICADOS NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR | 84 |
| 3.1 | ASPECTOS GERAIS: FORMAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS | 84 |
| 3.2 | AS FORMAS DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS..... | 88 |
| 3.2.1 | O uso residual dos brocados interpretativos | 90 |
| 3.2.2 | O uso dos métodos clássicos: prestígio prático e argumentação híbrida | 92 |
| 3.2.2.1 | Interpretação gramatical | 92 |
| 3.2.2.2 | Interpretação histórica | 100 |
| 3.2.2.3 | Interpretação sistemática e integração por analogia..... | 104 |
| 3.2.2.4 | Interpretação teleológica | 115 |
| 3.2.3 | As metodologias pós-positivistas e o uso retórico dos princípios | 120 |
| 3.2.3.1 | Aspectos conceituais | 120 |
| 3.2.3.2 | Usos “metódico” e “retórico” dos princípios | 123 |
| 3.3 | OS ARGUMENTOS NÃO JURIDICAMENTE CODIFICADOS | 126 |
| 4 | DISCUSSÃO DOS RESULTADOS: O PODER DA INTERPRETAÇÃO E A RACIONALIDADE JUDICIAL COMO RETÓRICA DA OBJETIVIDADE | 131 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 4.1 | FOTOGRAFANDO NUVENS? UM RETRATO APARENTEMENTE CAÓTICO DA RACIONALIDADE E DAS FORMAS ARGUMENTATIVAS UTILIZADAS PELOS TRIBUNAIS | 131 |
| 4.2 | O PODER INTERPRETATIVO NAS FORMAS DE JUSTIFICAÇÃO: O PRESTÍGIO PRÁTICO DOS MÉTODOS CLÁSSICOS E O USO RETÓRICO DOS PRINCÍPIOS | 134 |
| 4.3 | NATURALIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES?: O DISCURSO JUDICIAL SOBRE A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO | 140 |
| 4.4 | A PESSOALIDADE E O CARÁTER RADICAL DA OBJETIVIDADE RETÓRICA NA RACIONALIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.... | 146 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 151 |
| | REFERÊNCIAS | 153 |
| | APÊNDICE A – COLETA DE DADOS..... | 161 |
| | APÊNDICE B – DECISÕES CONSIDERADAS RELEVANTES | 182 |
| | APÊNDICE C – ANÁLISE DOS DADOS: FORMAÇÃO DA DECISÃO | 184 |
| | APÊNDICE D – ANÁLISE DOS DADOS: MATERIAL JURÍDICO | 186 |
| | APÊNDICE E – ANÁLISE DOS DADOS: FORMAS DE JUSTIFICAÇÃO | 204 |

INTRODUÇÃO

Um dos aspectos mais significativos da teoria jurídica contemporânea é o deslocamento do seu “centro de gravidade” do momento legislativo para o da aplicação, da tomada da decisão jurídica e, também, da sua justificação. Essa guinada “interpretativista” reflete a perplexidade na qual vive o jurista hodierno: a crise de indeterminação do direito o conduz a uma percepção mais aguda da pluralidade de interpretações e das práticas interpretativas, impelindo-o a concentrar suas reflexões na atividade decisória; ao mesmo tempo, os influxos da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica sobre a teoria do direito tendem a torná-lo ainda mais cético de que seja possível controlar racionalmente a atividade do julgador.

Devido ao seu compromisso radical com a tomada de uma decisão que ponha fim ao conflito de interesses (promovendo, assim, a “segurança jurídica” ou a “paz social”, como se queira), a primeira tentação do jurista parece ser formular “teorias” de interpretação, da decisão ou da argumentação que prescrevam algum método pelo qual se possa chegar – se não à única solução correta, esperança que a crise de indeterminação cuidou de enterrar – a uma solução “racional”, muito embora em geral se confira uma ideia deflacionada de racionalidade e/ou científicidade a tais teorias (por exemplo, mediante a distinção aristotélica entre raciocínios analíticos ou lógico-formais – *ἐπιστήμη* – e raciocínios dialéticos ou retóricos – *τέχνη* –, enquadrando-se o direito nesta segunda categoria).

Por outro lado, uma concepção mais voluntarista (ou realista) da atividade decisória, em vez de prescrever os passos metódicos para uma decisão “justa”, “correta” ou “racional”, tentará descrever exatamente aquilo que escapa ao método – ou melhor, aquilo que se esconde por trás do método –, as ideologias do julgador, seus preconceitos, seus vieses, sua pré-compreensão, as premissas ocultas do entimema (forma por excelência do raciocínio jurídico).

De toda sorte (e já num esforço por transcender a querela entre cognitivistas e céticos), quaisquer que sejam as motivações reais para se decidir, e sejam quais forem os processos mentais que levem à tomada dessa decisão, ela não será tida por “jurídica” a menos que apresente uma justificação. E, embora não seja preciso assumir qualquer modelo de racionalidade disponível no mercado das ideias filosóficas, é certo que o jurista não tem liberdade irrestrita para justificar-se como queira; ele deve utilizar-se de um (ou vários) dos modelos disponíveis e que, naquela sua determinada situação histórico-cultural, sejam considerados aceitáveis, aptos a apresentarem a sua conclusão como o resultado da adoção de

critérios neutros e impessoais que a tornem objetivamente conforme ao direito, e não como expressão da arbitrariedade ou das suas preferências subjetivas. Assim, a decisão é um exercício de poder, mas um poder limitado por constrangimentos decorrentes do controle público da linguagem e que se revelam com maior força no momento da justificação.

Na modernidade secularizada – marcada pela legitimação racional-legal, segundo a tricotomia weberiana –, esse controle público da justificação decisória assume uma forma qualificada, na medida em que o exercício da autoridade se acata não pela tradição ou pelo carisma do líder, mas porque também ele está (ou se apresenta) submisso à autoridade duma lei ou norma. Ao desenvolver suas ideias sobre a formação do campo jurídico, a sociologia de Bourdieu descreveu um processo contínuo de racionalização do direito, pelo qual tanto os que impõem a sua aplicação como os que a ela se submetem passam a ver o sistema jurídico como totalmente independente do sistema de forças que lhe dão origem e o qual ele mantém. Esse trabalho de racionalização constitui uma **retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade** e se expressa por um “*habitus de lector*”: o jurista (sobretudo o juiz) age como mero intérprete ou “boca-da-lei” e tenta dissimular todo o seu papel criativo na aplicação do direito.

Embora o caráter criador da interpretação jurídica seja amplamente reconhecido no âmbito da filosofia do direito, sobretudo pelos influxos da filosofia hermenêutica (se bem que Kelsen já descrevera a interpretação como um ato de vontade, em vez dum ato de conhecimento); e quanto a criação judicial do direito seja aceita no plano da dogmática jurídica (variando-se essa aceitabilidade segundo o ramo do direito do qual se cuide: fala-se em cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, ilícitos atípicos, normas abertas, discricionariedade etc.); o ônus do jurista para com essa **retórica da objetividade** parece impeli-lo ao uso de formas argumentativas e estratégias linguísticas que encubram e dissimulem a sua atividade criadora e apresentem a decisão como o resultado do emprego técnico, rigoroso, talvez asséptico, do conhecimento jurídico à sua disposição.

O objeto conceitual deste trabalho, então, é a **decisão jurídica enquanto discurso orientado à objetividade**. Não se pretende propor qualquer modelo de controle racional da atividade decisória, mas também não se rejeita *a priori* a possibilidade de um controle desse tipo; ao contrário, independentemente da querela entre cognitivismo e ceticismo, propõe-se uma investigação das práticas argumentativas concretamente adotadas pelos profissionais do direito com o objetivo de identificar e compreender as estratégias, técnicas e ferramentas que lhes possibilitam desincumbirem-se desse ônus para com a retórica da objetividade.

Seguindo a proposta de Just (2016), podem-se distinguir quatro níveis de recursos discursivos empregados pelos profissionais do direito com esse fim: a **decisão interpretativa** (atitude de atribuir, ao texto normativo tido por relevante, uma interpretação que se presume ter validade geral); a **justificação** (pela qual se expõem as razões para a escolha de uma interpretação possível, em detrimento de outras que pudessem ser defendidas naquele caso, mediante recurso a formas de raciocínio ou argumentação geralmente aceitas por aquela comunidade jurídica particularizada no tempo e no espaço como aptas a fundamentar escolhas interpretativas); a **invocação de argumentos não codificados** (por exemplo, extraídos da literatura filosófica, política ou econômica); e, por fim, a própria **estrutura argumentativa do discurso** (manejo de um complexo conjunto de mecanismos linguísticos destinados a comunicar a pretendida certeza, neutralidade e objetividade).

Trata-se de uma pesquisa na interseção entre as “ciências” social e filosófica do direito, na tricotomia proposta por Souto (1992): de um lado, busca-se fazer “ciência social do direito” com o emprego dos métodos e técnicas de pesquisa empírica (baseada na observação controlada dos fatos) para compreender o fenômeno social jurídico em correlação com a realidade social; de outro, parte-se desse conhecimento empírico para reflexões teóricas no âmbito do “não comprovável”, o que é próprio duma “ciência filosófica do direito”. No primeiro momento, mapeiam-se as ferramentas interpretativas, linguísticas e retóricas disponíveis ao intérprete e observam-se quais delas são mais utilizadas ou consideradas mais aceitáveis. Depois, passa-se à análise mais especulativa das práticas identificadas na perspectiva “cartográfica”: o que tais práticas revelam acerca do comportamento argumentativo do jurista? Que fatores explicam as suas escolhas interpretativas e argumentativas? Que consequências essas escolhas acarretam?

A fim de “testar” as premissas teóricas adotadas (primeira: a interpretação é uma forma de poder; segunda: o poder da interpretação é inseparável do ônus do jurista para com a retórica da objetividade) e explorar o potencial comprehensivo da pesquisa empírica proposta por Just (2016), escolheu-se como *corpus* a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, que à unanimidade julgou procedentes a ação direta de constitucionalidade (ADI) 4.277 e a ação por descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 132 e afirmou o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem

como as decisões dos tribunais estaduais brasileiros sobre o mesmo tema, proferidas até o julgamento da ADPF 132.¹

A escolha desse conflito específico se deve ao fato de que, por se tratar de uma decisão amplamente considerada “criativa” ou “ativista”, vislumbrava-se o potencial de compreender se (e em que medida) os julgadores assumem o caráter criador da sua atividade, ou se o dissimulam mediante o emprego dos recursos discursivos já mencionados, que lhes possibilitam desincumbirem-se do seu ônus para com a retórica da objetividade. Essa conjectura inicial tornou relevante perquirir se (e de que modo) as justificações adotadas buscam lidar com o problema da separação de poderes, uma vez que, segundo o esquema tradicional, a legitimidade racional-legal dos juízes repousaria na sua submissão e obediência à vontade política previamente cristalizada no texto legislado.

O trabalho, então, se organiza em quatro capítulos. No primeiro, investigam-se os elementos teóricos e filosóficos que enformam a pesquisa. Nele, inicialmente, discutem-se as interações entre direito e linguagem com o fito de justificar a perspectiva, aqui adotada, da decisão judicial enquanto discurso. Debate-se também a premissa de que a interpretação é uma forma de poder e, a partir das reflexões de Weber e Bourdieu sobre a racialização, perscruta-se a premissa de que o poder da interpretação jurídica é inseparável do ônus dos juristas para com a retórica da objetividade.

O segundo capítulo, ainda preparatório, propõe os pilares teóricos para uma metodologia de pesquisa jurídica empírica que não caia num reducionismo sociologista. Defende-se uma perspectiva interdisciplinar de pesquisa em direito, com a confluência das três “ciências jurídicas básicas” de Souto (1992) – formal, social e filosófica – e dos saberes da filosofia e das demais ciências especiais para um aprofundamento da compreensão do jurídico em correlação com os demais aspectos da experiência humana.

No terceiro capítulo, apresentam-se os resultados da pesquisa observacional; descreve-se em particular como os tribunais estaduais e o STF empregam concretamente os recursos de **justificação** das decisões interpretativas – os brocados, os cânones clássicos e as metodologias pós-positivistas –, bem como os **argumentos não codificados**, enfatizando-se, de um lado, as variações quase caóticas no discurso judicial, mas também, de outro, as regularidades que possibilitam identificar uma preocupação, ainda que deficiente, em apresentar o resultado da

¹ Doravante, far-se-á menção apenas à ADPF 132, e não à ADI 4.277, não apenas porque ambas as ações foram julgadas conjuntamente, mas ainda porque a ação direta de constitucionalidade foi conhecida e julgada também como arguição por descumprimento de preceito fundamental.

decisão interpretativa como uma operação em alguma medida objetiva, neutra, impessoal e, enfim, racional.

No quarto capítulo, os resultados são discutidos em sua conexão com três preocupações teóricas. Primeiro, indaga-se se os dados coletados corroboram a tese de Krell (2014) segundo a qual os **cânone s clássicos de interpretação** ainda gozam de grande prestígio na prática decisória, a despeito do “desdém” com que são tratados pelos juristas teóricos. Segundo, perquire-se se procede a afirmação de Jakab (2009) de que o **uso dos princípios** no âmbito da justificação se dá com caráter meramente retórico, e não segue com coerência nem integridade as prescrições das metodologias “pós-positivistas” mais difundidas (Alexy e Müller, especialmente). Terceiro, discute-se, seguindo as provocações de Rodriguez (2013) a existência ou inexistência (nos limites dos dados pesquisados) de um **modelo de racionalidade institucional** e de uma **naturalização da separação de poderes** no modo como o judiciário justifica suas decisões em face de uma potencial crítica de “ativismo”. Ao final, essas três direções da reflexão teórica convergem para se compreender de que modo os juristas raciocinam estrategicamente, empregando toda essa variedade de recursos discursivos com vistas não apenas a dissimular o poder exercido na decisão, mas a conservar e ampliar seu poder para as decisões futuras.

1 APORTE TEÓRICO: DIREITO, LINGUAGEM E A DECISÃO JUDICIAL ENQUANTO DISCURSO ORIENTADO À OBJETIVIDADE

O objeto desta pesquisa é, seguindo a proposta de Just (2016, p. 578), a decisão judicial enquanto discurso orientado à objetividade. Por essa expressão se designa a atividade argumentativa desempenhada por um órgão judicante (singular ou colegiado) com o fito de apresentar a sua decisão como resultado da adoção de critérios neutros e impessoais que a tornam objetivamente conforme ao direito, e não como expressão da arbitrariedade ou das preferências subjetivas do julgador.

Os esforços da teoria jurídica contemporânea se concentram em dois polos: de um lado, há os que buscam desenvolver modelos de controle racional das decisões judiciais; de outro, os que se dedicam a problematizar (e, eventualmente, rejeitar) a própria possibilidade de um controle desse tipo. Em vez de tomar parte nessa querela entre cognitivismo e ceticismo, Just (2016, p. 579) propõe uma investigação das práticas argumentativas concretamente adotadas pelos profissionais do direito (juízes, advogados públicos e privados, membros de Ministério Público, “doutrinadores”) com o objetivo de identificar/descrever e compreender/analisar as estratégias, técnicas e ferramentas que lhes possibilitam desincumbirem-se desse ônus para com a retórica da objetividade.

Podem-se distinguir, inicialmente, quatro níveis de recursos discursivos empregados pelos profissionais do direito (ou juristas praticantes) passíveis de estudo. O primeiro consiste na **decisão interpretativa**, a atitude de atribuir, ao texto normativo tido por relevante (“aplicável”), uma interpretação que se presume ter validade geral. O segundo nível é a **justificação** dessa decisão interpretativa, pela qual se expõem as razões para a escolha de uma interpretação possível, em detrimento de outras que tenham sido (ou pudesse ser) defendidas naquele caso. Para tanto, o jurista deve recorrer a formas de raciocínio ou argumentação geralmente aceitas por aquela comunidade jurídica (particularizada no tempo e no espaço) como aptas a fundamentar escolhas interpretativas. O terceiro nível de recursos discursivos “promotores” de objetividade consiste na **invocação de argumentos não codificados**, como aqueles encontrados na literatura filosófica, política ou econômica e que não foram explicitamente absorvidos pela cultura jurídica. O quarto corresponde à própria **estrutura argumentativa do discurso**, pela qual o jurista praticante mobiliza (conscientemente ou não) um complexo conjunto de mecanismos linguísticos destinados a comunicar a pretendida certeza, neutralidade e objetividade (JUST, 2016, p. 579-580).

Segundo o autor, uma pesquisa de tal sorte, que toma por objeto a decisão judicial enquanto discurso, pode ser feita de duas perspectivas. Uma delas, preponderantemente **observacional**, consiste em mapear as ferramentas interpretativas, linguísticas e retóricas disponíveis ao intérprete (numa espécie de “cartografia” dos padrões hermenêuticos) e verificar quais delas são mais utilizadas ou consideradas mais aceitáveis (seja na comunidade jurídica como um todo, seja num determinado tribunal ou num ramo específico do direito). A outra, mais **especulativa**, corresponde à análise dessas práticas identificadas na primeira perspectiva, com o objetivo de responder a uma variedade de indagações:

o que essas práticas revelam acerca do comportamento argumentativo do jurista? Que fatores podem ajudar a explicar as escolhas interpretativas e argumentativas feitas por aqueles engajados na aplicação do direito? Em contrapartida, que consequências essas escolhas acarretam? (JUST, 2016, p. 580-581).²

Trata-se, portanto, de uma proposta de **pesquisa empírica**, na medida que o ponto de partida das reflexões teóricas é a observação metodologicamente controlada dos fatos da experiência humana, ou, mais precisamente, do fenômeno jurídico. (É preciso, porém, advertir que essa perspectiva observacional a que se alude não deve ser confundida com as pretensões e aspirações elevadas de qualquer forma de empirismo. No capítulo seguinte, serão exploradas com maior detalhe tanto a fecundidade quanto os limites da pesquisa empírica em direito.)

Em todo caso, os resultados duma pesquisa de tal sorte podem servir tanto aos interessados na prescrição de métodos de controle racional da decisão como àqueles dedicados a problematizar tais métodos no plano da especulação filosófica. Aos primeiros, um estudo deste tipo pode identificar as práticas argumentativas mais comumente utilizadas e, então, permitir o confronto dessas práticas com o padrão de racionalidade tido por mais adequado por esta ou aquela teoria. Aos célicos ou realistas, a “cartografia” e subsequente análise do discurso judicial podem confirmar a impossibilidade de um controle racional das decisões, mas podem também desafiar as conjecturas iniciais e provocar a revisão ou o refinamento de suas teorias.

Just (2016, p. 581) expõe então as duas premissas de uma pesquisa destinada a investigar a decisão judicial enquanto discurso e a mapear e analisar as práticas argumentativas do jurista operacional. Primeira: a interpretação jurídica é uma forma de poder; e o intérprete exerce esse poder não apenas ao escolher uma interpretação entre várias consideradas possíveis, mas também porque dispõe de várias justificativas para uma mesma escolha interpretativa e porque

² No original: “*What do these practices unveil about lawyer’s argumentative behaviour? What factors might help explain the interpretative and argumentative choices made by those engaged in the application of law? Conversely, what consequences do these choices have?*”.

suas escolhas têm impacto direto e coercitivo sobre outrem. Segunda: esse poder da interpretação é inseparável do ônus do jurista para com a retórica da neutralidade e da objetividade, pois o direito, enquanto poder simbólico, não existe à parte de sua capacidade de dissimular o que possui de subjetivo ou arbitrário.

A partir dessas premissas, o autor propõe a hipótese de que toda escolha interpretativa influencia a persuasão e a objetividade da decisão que está sendo proferida, mas também tem um impacto potencial sobre o poder do intérprete na prolação de futuras decisões. Em consequência, conjectura-se, um dos fatores de influência das escolhas interpretativas é o raciocínio estratégico que pondera os bônus e os ônus de determinada escolha, tanto sobre a objetividade e persuasão da decisão que se está a proferir como das futuras (JUST, 2016, p. 581).

Este primeiro capítulo investiga os elementos teóricos e filosóficos que enformam a pesquisa. Primeiro, discutem-se as interações entre direito e linguagem com o fito de justificar a perspectiva, aqui adotada, da decisão judicial enquanto discurso. Segundo, debate-se a premissa de que a interpretação é uma forma de poder. Terceiro, a partir sobretudo de Weber e Bourdieu, perscruta-se a premissa de que o poder da interpretação jurídica é inseparável do ônus dos juristas para com a retórica da objetividade. Por fim, esses elementos são mobilizados criticamente de modo aclarear a hipótese central da pesquisa com respeito à relação entre decisão interpretativa, persuasão, poder simbólico e raciocínio estratégico.

1.1 A DECISÃO JURÍDICA COMO DISCURSO: O DIREITO APÓS A GUINADA INTERPRETATIVA

1.1.1 Entre racionalismo e intencionalismo: a linguagem como objeto da filosofia

A relação entre direito e linguagem é, segundo Haft (2002, p. 303), “um tema clássico da filosofia do direito”. Tal se deve não apenas ao fato de que o jurista se vale da linguagem como um meio para compreender e descrever os objetos do mundo empírico (mormente na experiência moderna, em que o panorama das “fontes do direito” praticamente se reduz a textos escritos); mas, sobretudo, à circunstância de que a própria linguagem é um dos objetos centrais do seu trabalho. Não obstante, embora questões relativas à linguagem tenham desde há muito

integrado as preocupações teóricas dos juristas,³ a compreensão do direito como um fenômeno propriamente linguístico ou discursivo se deve, sobretudo, à incorporação pela teoria do direito das especulações oriundas da filosofia da linguagem desenvolvida ao longo do século XX. Foi durante esse período que, segundo Haft (2002, p. 310), a linguagem deixou de ser considerada “meio da investigação” filosófica e se tornou ela própria objeto da perquirição, a partir de uma percepção renovada de diversos problemas que assolam o fenômeno linguístico (por exemplo, o paradoxo).

Inicialmente, tais reflexões tomam uma **direção racionalista**, buscando-se livrar a linguagem de suas equivocidades e inexatidões. Essa vertente se construiu, sobretudo, a partir das contribuições do Círculo de Viena (STRECK, 2004, p. 161), destacando-se a lógica da linguagem de Carnap, o empirismo lógico de Wittgenstein no “*Tractatus logico-philosophicus*”⁴ e a linguística estrutural de Saussure (HAFT, 2002, p. 312). A tônica dessas reflexões do neopositivismo lógico é, segundo Streck (2004, p. 161), a redução da filosofia à epistemologia e desta, à semiótica; sua preocupação central consiste no rigor discursivo, pois “fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo”. Por exemplo, o racionalismo do “primeiro” Wittgenstein se apresenta numa concepção “instrumentalista-

³ Kaufmann (2002, p. 224) enumera uma série de tópicos de que a filosofia do direito costuma se ocupar sob a rubrica “direito e linguagem”: “a relação entre a linguagem do direito e a cultura jurídica; o estilo da linguagem jurídica; a relação entre a linguagem jurídica do especialista e a linguagem corrente; a diferença entre a linguagem da lei e a linguagem da jurisprudência, assim como do discurso judicial; os problemas sintáticos, semânticos e hermenêuticos da linguagem jurídica; a compreensão linguística do normativo; a sociologia da linguagem jurídica (a relação entre linguagem jurídica, sociedade e cultura); a linguagem jurídica, como tema de uma ciência estrutural do direito (como funciona a linguagem jurídica?); a possibilidade de formalizar a linguagem jurídica (emprego do processamento eletrônico de dados)” (no original: “*la relación entre el lenguaje del derecho y la cultura jurídica; el estilo del lenguaje jurídico; la relación entre el lenguaje jurídico del especialista y el lenguaje corriente; la diferencia entre el lenguaje de la ley y el lenguaje de la jurisprudencia, así como el discurso judicial; los problemas sintácticos, semánticos y hermenéuticos del lenguaje jurídico; la comprensión lingüística de lo normativo; la sociología del lenguaje jurídico (la relación entre lenguaje jurídico, sociedad y cultura); el lenguaje jurídico, como tema de una ciencia estructural del derecho (¿cómo funciona el lenguaje jurídico?); la posibilidad de formalizar el lenguaje jurídico (empleo del procesamiento electrónico de datos)*”).

Haft, por sua vez, observa que, antes dessa incorporação da filosofia da linguagem pela teoria do direito, a especulação jusfilosófica já se ocupava da problemática entre direito e linguagem, porém o fazia mormente sob a ótica estilística. Nessa ordem de preocupações teóricas, costumam-se formular críticas aos “floreados” dos juristas, que, com frequência cada vez maior, abandonam as “velhas virtudes da simplicidade na linguagem, da concisão e da brevidade”, entregando-se a um “estilo jurídico de ‘chancelaria’”, (HAFT, 2002, p. 305). Embora os juristas frequentemente ponham na complexidade do mundo moderno a culpa por sua prolixidade típica, a real causa do problema seria o surgimento de um “domínio dos peritos”, que produzem normas complicadas as quais somente eles podem compreender, interpretar e escoliar (HAFT, 2002, p. 308). Outro exemplo de problema estilístico que por vezes ocupa a reflexão teórica é a necessidade de escolha entre modelos linguísticos mais abstratos – que possuem grande extensão conceitual, mas possuem intensidade fraca do ponto de vista do conteúdo – ou mais concretos – nos quais ocorre o exato oposto (HAFT, 2002, p. 309).

⁴ Segundo Streck (2004, p. 164), o racionalismo de Wittgenstein em sua primeira fase corresponde a uma concepção “instrumentalista-designativa-objetivista da linguagem”: buscava-se o ideal da linguagem perfeita, espelho do real, que reproduzisse com exatidão a “estrutura ontológica do mundo”.

designativa-objetivista da linguagem”, pela qual se buscava o ideal da linguagem perfeita, espelho do real, que reproduzisse com exatidão a “estrutura ontológica do mundo” (STRECK, 2004, p. 164). Essa ideia corresponde à chamada “teoria pictórica da linguagem”, pela qual “a proposição é considerada como sendo realmente um tipo de figuração, onde os elementos da figuração e daquilo que é afigurado se correspondem isomorficamente” (ARRUDA JR., 2017, p. 57).

Em Saussure (2006, p. 10), por sua vez, essa tendência racionalista se revela na preocupação de “constituir a verdadeira ciência da Linguística” (em oposição aos esforços anteriores da “gramática comparativa”, que ele considera fracassados no que se refere à constituição duma linguística científica) pela delimitação do seu objeto de estudo, pressuposto indispensável ao estabelecimento dum método apto à observação controlada do objeto. A ciência linguística se constituiria então duma tríplice tarefa: primeiro, descrever uma história geral das línguas, com a identificação das famílias de línguas e a reconstituição das línguasmães de cada família; segundo, identificar as leis gerais e as forças que atuam “de modo permanente e universal” em todas as línguas em todos os contextos históricos; terceiro, como tarefa propedêutica, cabe à linguística “delimitar-se e definir-se a si própria” (SAUSSURE, 2006, p. 13). Estabelecido esse programa de investigação, Saussure (2006, p. 23) define a língua em termos estritamente lógico-relacionais: constitui-se ela “num sistema de signos onde, de essencial, só existe a união do sentido e da imagem acústica”.⁵

Embora parte da literatura secundária defenda haver, em Saussure, o reconhecimento da historicidade do fenômeno linguístico,⁶ tal percepção não desfaz de per si a tendência

⁵ Na teoria saussuriana, “a linguagem é um sistema de signos. [...] O signo é a união de uma forma que significa, à qual Saussure chama *signifiant* ou significante, e de uma idéia [sic] significada, o *signifié* ou significado. Embora possamos falar de significante e significado como se fossem entidades separadas, elas só existem como componentes do signo. O signo é o fato central da linguagem” (CULLER, 1979, p. 14).

⁶ Para Culler (1979, p. 28), por exemplo, são improcedentes as críticas de que Saussure teria falhado em reconhecer a historicidade radical das línguas ao distinguir os seus estudos sincrônico e diacrônico, que se diferenciariam exatamente pela desconsideração, no caso da perspectiva sincrônica, do aspecto histórico da evolução da língua no tempo. O paradoxo, segundo o autor, se resolve tendo em conta que “num certo sentido, a idéia [sic] de estado sincrônico é uma ficção metodológica”, sem a qual não seria possível definir os elementos duma língua, por ser esta uma entidade “totalmente histórica, sempre aberta à mudança” (CULLER, 1979, p. 29-30).

A historicidade da língua estaria enfatizada, em Saussure, na ideia de **arbitrariedade do signo**, princípio fundamental de sua teoria segundo o qual “o significante é imotivado, isto é, arbitrário em relação ao significado, com o qual não tem nenhum laço natural na realidade” (SAUSSURE, 2006, p. 83). Em decorrência desse princípio, inexiste qualquer elo “natural ou inevitável entre o significante e o significado” (CULLER, 1979, p. 14). Não são apenas os significantes que variam duma língua para outra, permanecendo inalterados os conceitos a que eles se referem; também os significados são arbitrários, e não entidades portadoras de algum tipo de essência anistórica. Na verdade, “cada língua articula ou organiza o mundo diferentemente” por meio de conceitos que são mutáveis e contingentes, variando não apenas “espacialmente” entre as diferentes línguas, mas também temporalmente, em cada estado de “evolução” de determinada língua (CULLER, 1979, p. 16-18).

racionalista aqui mencionada, a qual diz respeito à possibilidade dum saber objetivo e universal sobre a língua. E, nesse particular, Saussure mantém em larga medida as grandes aspirações do racionalismo, pois defende, como já se aduziu, ser tarefa da ciência linguística “procurar as forças que estão em jogo, de modo permanente e universal, em todas as línguas e deduzir as leis gerais às quais se possam referir todos os fenômenos peculiares da história” (SAUSSURE, 2006, p. 13). Mais do que isso, ao tratar do plano da semântica, Saussure mantém a verdade como condição de sentido, de sorte que um enunciado será tido por “semanticamente significativo” se e somente se for empiricamente verificável (STRECK, 2004, p. 162). Mantém-se, na teoria saussuriana, as elevadas expectativas positivistas da linguagem como “espelho do mundo” e da verdade como correspondência com a realidade empírica.

Segundo Haft (2002, p. 314), a crise desse projeto racionalista levou a uma **reação intencionalista** na filosofia da linguagem; para Eco (*apud* STRECK, 2004, p. 163), “os resultados do neopositivismo foram fecundos para as ciências exatas, mas enganadores (ou até perigosos para as ciências humanas”. É paradigmática, no tocante à percepção dessa crise, a mudança na obra do próprio Wittgenstein, que, reconhecendo haver sérios erros na teoria exposta em seu *Tractatus*, propôs desenvolver uma “filosofia da linguagem comum”.⁷ Com suas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein se tornou um crítico da “filosofia da consciência” e, ao negar a existência dum mundo em si, independente da linguagem, erigiu a linguagem ao patamar de “condição de possibilidade” para a própria constituição do conhecimento (STRECK, 2004, p. 164). Importante, para ressaltar o intencionalismo nesta “segunda fase” de Wittgenstein, é a concepção de que a significação das palavras depende dos contextos de ação em que elas são usadas: o filósofo usa o termo “jogo de linguagem” para “salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 35).⁸

Essa preocupação contextual ou pragmática do segundo Wittgenstein, no que se refere à busca duma filosofia da linguagem ordinária, guarda diversas aproximações com a abordagem

⁷ Em vez de aduzir simplesmente a uma “crise”, Kaufmann (2002, p. 231) se refere às duas **direções** tomadas pela filosofia da linguagem no século XX, cada qual representada por uma das fases da obra de Wittgenstein, a do *Tractatus* e a das *Investigações filosóficas*. Segundo o autor, como até o presente não se revelou uma síntese possível entre essas duas direções, fala-se em “bidimensionalidade”: a linguagem se desenvolve num plano horizontal ou linear, no qual se preocupa com a clareza lógico-formal e a exatidão; e num plano vertical ou transcendental, cujas preocupações se voltam para o caráter intencional, metafórico e analógico da linguagem corrente.

⁸ No original: “the term ‘language-game’ is meant to bring into prominence the fact that the speaking of language is part of an activity, or of a form of life”.

da chamada Escola de Oxford e a teoria dos atos de fala⁹ introduzida por Austin (1962), segundo os quais o significado de uma declaração só pode ser apreendido pragmaticamente, no contexto dum a situação concreta (HAFT, 2002, p. 316-317)¹⁰. Segundo Austin (1962, p. 3, 6-7), uma aproximação inicial das elocuções utilizadas na linguagem ordinária permite distinguir entre sentenças “constativas” – aquelas que visam descrever ou estabelecer fatos – e “performativas” – nas quais o objeto da elocução não é simplesmente “dizer algo”, mas executar uma ação (*to perform an action*). A partir dessa distinção, o autor elabora a ideia de “força ilocutória”, pela qual pretendia designar “a propriedade que distingue um ato de fala de outro” (HARE, 2003, p. 28) – atos “veriditivos”, “exercitivos”, “comissivos”, “comportamentais” e “expositivos”, na sua classificação original (AUSTIN, 1990, 123) –, sendo que essa propriedade, embora presente no ato de fala, com frequência pertence à ordem do não expresso e só pode ser identificada no contexto (STEGMÜLLER, 2012, p. 537).

A ênfase aspecto pragmático da comunicação se apresenta como reflexo da já mencionada direção intencionalista tomada pela filosofia da linguagem. O que possibilita o “entendimento” ou a “compreensão” entre os participantes do discurso não é o fato de que todos eles conhecem o significado das palavras utilizadas (semântica) e as regras para combiná-las (sintaxe), mas sim o compartilhamento de “uma maneira de pensar, uma forma de vida” a qual “nos implica num [sic] mundo de objetos, intenções, metas, procedimentos, valores etc. que-já-estão-no-seu-respectivo-lugar” (FISH, 1992, p. 192). Este voluntarismo não significa, para autores como Fish (1992, p. 194), que haja uma “imposição” de significados ao talante de qualquer dos atores do discurso; em vez disso, o que se defende é que as normas constitutivas da linguagem e da compreensão não estão na língua, mas pertencem a uma “estrutura institucional dentro da qual as pessoas ouvem os enunciados como já organizados com referência a certos propósitos e metas previamente assumidos”. O foco da filosofia pragmática da linguagem está, pois, nas “formas de vida” (Wittgenstein) ou na “ambiente institucional” (Fish), isto é, nas formas de controle público da linguagem, em vez de na linguagem “em si”.

Se, no mundo anglo-saxão, prevaleceu a direção contextualista da filosofia da linguagem ordinária, no mundo continental a forma dominante desse intencionalismo se

⁹ A tradução portuguesa de Haft (2002) contém “teoria da declaração”, todavia, optou-se por utilizar a forma “atos de fala”, mais precisa e já consolidada no vocabulário técnico, para traduzir a expressão inglesa “*speech acts*”.

¹⁰ Warat (*apud* STRECK, 2004, p. 167) identifica no interior da filosofia da linguagem ordinária duas grandes correntes: a primeira, cujos expoentes são Waismann e Malcom, se desenvolveu em torno das ideias de Wittgenstein, ao passo que a segunda corresponde à Escola de Oxford, com Austin, Hare, Hart, Ryle e Strawson.

apresentou na filosofia hermenêutica, movimento teórico que, desde Schleirmacher e Dilthey a Heidegger e Gadamer, gradativamente alçou a interpretação ao posto de ideia-chave dum projeto epistemológico de separar as ciências naturais da metodologia das ciências do espírito. A tradição gadameriana elevou a ideia de compreensão ao patamar de “problemática central da especulação filosófica” (JUST, 2014, p. 25) e a concebeu como o modo fundamental de existir do ser (“pré-sença” ou *Dasein*) em sua finitude e historicidade (GADAMER, 1997, p. 16).

A partir das reflexões de Heidegger sobre a “angústia do *Dasein* situado, limitado e finito”, a tradição gadameriana defende que essa historicidade radical, em vez de deformar a compreensão, constitui a sua própria condição de possibilidade (JUST, 2014, p. 25). Gadamer (2001, p. 332) atribui à ideia heideggeriana do círculo hermenêutico, construída a partir da temporalidade do *Dasein*, um “sentido ontológico positivo”; e defende que uma hermenêutica verdadeiramente histórica (isto é, sensível à finitude e à historicidade humanas) deve proceder a “uma drástica reabilitação do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos” (GADAMER, 1997, p. 416). Um dos elementos centrais dessa reabilitação do preconceito legítimo é a afirmação do **caráter antecipador da interpretação**: “o movimento da compreensão vai constantemente do todo à parte e desta ao todo”, diz Gadamer (1997, p. 436), uma ideia por vezes evocada mediante a metáfora do “vai-e-vem do olhar”. O intérprete parte de uma antecipação de sentido que guia a compreensão do texto e que é, por sua vez, condicionada pela “comunhão” do intérprete com a tradição. Ao mesmo tempo, essa antecipação é ela mesma instaurada e determinada pela compreensão, fechando-se o círculo hermenêutico, assim, num “processo de contínua formação” (GADAMER, 1997, p. 439-440). A compreensão, portanto, advém de “preconceitos” ou **pré-compreensões** que “antecipam a realidade observada com um ponto de vista próprio, um ‘horizonte’ próprio que deve aspirar a fundir-se com o do objeto, do texto por interpretar, com o nosso interlocutor” (PALOMBELLA, 2005, p. 303).

Não obstante, para Gadamer (1997, p. 442-443), o círculo hermenêutico não corresponde à descoberta dum procedimento de compreensão – como se permitisse ao intérprete controlar metódicamente seus preconceitos –; antes, esclarece as condições sob as quais ela se dá. O intérprete não está em posição de discernir de antemão suas pré-compreensões; em vez disso, tal distinção ocorre na própria compreensão. Segundo Kaufmann (2002, p. 98-100), desde Schleiermacher a hermenêutica há de ser considerada não tanto um método, mas uma “filosofia transcendental”, na medida em que perquire “as condições de possibilidade da

compreensão de sentido em geral”¹¹ e investiga “sob quais pressupostos se pode compreender algo em seu sentido”.¹² A hermenêutica se opõe ao conceito objetivo de conhecimento e o esquema sujeito-objeto: a ideia do conhecimento como “reflexo” do objeto na consciência, sem a mescla com a subjetividade, é substituída pela perspectiva da compreensão enquanto fenômeno simultaneamente objetivo e subjetivo.

A recusa à objetividade do conhecimento abre caminho para um dos elementos mais prolíficos da filosofia gadameriana: a afirmação da radical **pertinência histórico-cultural das ciências humanas**, pela qual a tradição hermenêutica pode criticar não apenas a possibilidade, mas o próprio ideal dum conhecimento objetivo, pelo qual caberia ao intérprete “a tarefa de fazer abstração de sua própria situação hermenêutica, de seu próprio horizonte, para poder obter uma compreensão objetiva do passado” (JUST, 2014, p. 26-27). A experiência humana é historicamente situada e limitada por um horizonte, aquele “âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto” (GADAMER, 1997, p. 452); e o movimento de compreensão consiste numa tensão contínua entre o presente e o texto, naquilo que Gadamer (1997, p. 457-458) denomina **fusão de horizontes**. Assim, embora resulte da finitude do *Dasein*, essa distância histórica entre o autor e o intérprete assume uma conotação positiva, pois tal hiato é preenchido pela continuidade histórica e pela tradição:

o tempo já não é mais, primariamente, um abismo a ser transposto porque divide e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. A distância de tempo não é, por conseguinte, algo que tenha de ser superado. Esta era, antes, a pressuposição ingênua do historicismo, ou seja, que era preciso deslocar-se ao espírito da época, pensar segundo seus conceitos e representações em vez de pensar segundo os próprios, e somente assim se poderia alcançar a objetividade histórica. Na verdade trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido (GADAMER, 1997, p. 445, ênfase acrescida).

Dessa ideia de fusão de horizontes, com sua perspectiva positiva da historicidade, Gadamer (1997, p. 459) retorna ao problema da distinção, comum na “velha tradição da hermenêutica”, entre conhecimento (*subtilitas intelligendi*), interpretação (*subtilitas explicandi*) e aplicação (*subtilitas applicandi*), para afirmar a inseparabilidade dessas três instâncias da compreensão. Para o autor, “na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete”, de sorte que “a aplicação é um momento do processo hermenêutico, tão essencial e integrante como a compreensão e a

¹¹ No original: “*las condiciones de la posibilidad de comprensión de sentido en general*”.

¹² No original: “*bajo cuáles presupuestos alguien puede comprender algo en su sentido*”.

interpretação” (GADAMER, 1997, p. 460). E, ao recorrer à história da tríade hermenêutica – teológica, filológica e jurídica –, afirma que a compreensão-aplicação sempre envolve um caráter criador: o texto “tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira **nova e distinta**” (GADAMER, 1997, p. 461, ênfase acrescida). Chega-se, pois, à mesma conclusão de Zaccaria (*apud* JUST, 2014, p. 28), ao afirmar que são três os postulados fundamentais do paradigma hermenêutico: (1) a inseparabilidade entre conhecimento e interpretação; (2) a inseparabilidade entre interpretação e aplicação e (3) o caráter criador da interpretação.

Essa “guinada interpretativa” promovida pela filosofia hermenêutica, no âmbito da tradição continental, ladeia-se à “virada linguístico-pragmática” da tradição analítica no papel de tornar as questões relativas à linguagem centrais para a especulação filosófica do século XX – “denominado, com alguma justiça, o século da linguagem” (HAFT, 2002, p. 310).¹³

1.1.2 A linguagem no centro da filosofia do direito: entre cognitivismo e ceticismo

Tal movimento de passagem da “filosofia da consciência para a filosofia da linguagem” (STRECK, 2004, p. 160), por seu turno, projetou-se quase verticalmente sobre as preocupações teóricas dos juristas e instigou formulações jusfilosóficas eminentemente linguísticas. Em grande medida, a antítese entre tendências racionalistas e intencionalistas na filosofia da linguagem foi replicada nas teorias do direito que se pretenderam sensíveis a esse movimento filosófico mais geral, expressando-se com maior agudez na querela entre **cognitivismo** e **ceticismo** na interpretação. Para os efeitos deste trabalho, o que distingue as concepções

¹³ Com alguma frequência, a filosofia da linguagem desenvolvida a partir de Wittgenstein e, mais especificamente, a analítica da Escola de Oxford têm sido descritas como radicalmente opostas a outra vertente do intencionalismo a que ora se alude: a hermenêutica filosófica de inspiração heideggeriana, especialmente a obra de Hans-Georg Gadamer. Segundo Zaccaria (2004, p. 147-148), as tradições de pensamento que fundam a filosofia analítica e a hermenêutica teriam entre si uma “incompatibilidade radical” e suas metodologias de investigação, se levadas ao extremo, teriam de ser vistas em “insanável contraposição”. Essa oposição revelaria uma verdadeira “geografia da cultura”, pois espelharia a preferência anglo-saxônica pelo empirismo e pelo nominalismo, em contraste com a tônica existencialista e subjetivista da filosofia continental.

Não obstante, o próprio Zaccaria (2004, p. 148) vislumbra aproximações entre a analítica e a hermenêutica, as quais se apresentam desde as especulações mais gerais de cada uma das tradições até as investigações mais concretas levadas a cabo no interior de cada corrente. Na verdade, o próprio Gadamer se refere de maneira positiva à ideia dos jogos de linguagem de Wittgenstein e aponta para uma convergência natural desse “Wittgenstein tardio” com a sua própria abordagem fenomenológica da linguagem (GADAMER, 2001, p. 19, nota 12; 2002, p. 12-13). Para o filósofo alemão, o trabalho de Wittgenstein nas “Investigações filosóficas” pode se qualificar como “hermenêutico” porque procede a uma crítica da metafísica e da linguagem a partir de um “processo hermenêutico levado a cabo por uma historicidade interna” (GADAMER, 2002, p. 367).

interpretativas cognitivistas das célicas é a pretensão, naquelas, de estabelecer critérios e/ou procedimentos de **controle racional das interpretações** (JUST, 2014, p. 64).

Há de ressalvar, com Just (2014, p. 64-70), que ambos os antagonismos (racionalismo e intencionalismo na filosofia da linguagem, cognitivismo e ceticismo na interpretação) são **relativos e ambíguos**. Relativos, porque tais conceitos metateóricos são passíveis de “redefinições estipulativas” (BARBERIS *apud* JUST, 2014, p. 65) e a sua utilização se presta, sobretudo, para que o pesquisador disponha as diversas posições teóricas uma em relação às outras (para afirmar, por exemplo, que a filosofia de Saussure é menos racionalista que a de Carnap, porém mais do que a do segundo Wittgenstein). Esses antagonismos são também ambíguos, porque podem ser empregados como critérios distintivos de uma variedade de problemas teóricos; segundo Just (2014, p. 66), chamam-se de cognitivistas/racionalistas ou célicas/intencionalistas não apenas as teorias que se debruçam (1) sobre o problema da controlabilidade racional das interpretações, mas também (2) o da racionalidade dos juízos morais (“sua aptidão a serem qualificados de verdadeiros ou falsos”) e (3) o da própria concepção do predicado de verdade. Para o autor,

a ambiguidade consiste mais precisamente no fato de que as concepções da interpretação são condicionadas por essas duas questões, sem que exista, porém, uma correspondência linear entre os graus relativos de ceticismo ou de cognitivismo obtidos em cada um desses três planos (a teoria da interpretação, a ética e a teoria da verdade) (JUST, 2014, p. 66).

Em virtude dessa ambiguidade, podem-se reputar cognitivistas as teorias da interpretação geralmente esposadas no âmbito da **jurisprudência hermenêutica**,¹⁴ muito embora seus adeptos tenham sido diretamente influenciados pela filosofia gadameriana – cujas investigações, como se viu, levaram a resultados célicos quanto à possibilidade de “depuração” racional da linguagem. Por jurisprudência hermenêutica se designa o movimento (não um sistema teórico unitário) situado espacial e temporalmente na Alemanha, a partir da década de 1950, que se engajou com protagonismo na “nova querela metodológica” e tem entre seus mais expressivos proponentes Josef Esser, Karl Larenz, Friedrich Müller, Arthur Kaufmann, Konrad Hesse e Peter Häberle. Just (2014, p. 71) o define mais precisamente como

¹⁴ A expressão é proposta por Just (2014, p. 71-72) em lugar doutras designações empregadas, tais como “jurisprudência das valorações” (que traduz o alemão *Wertungsjurisprudenz*), “teoria jurídica hermenêutica” ou “hermenêutica jurídica”. Essa última expressão, usada por Haft (2002, p. 315), tem o inconveniente da ambiguidade, uma vez que por ela se designa aquela disciplina ou corpo de conhecimentos (chame-o filosofia, ciência, técnica, arte etc.) que “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1), mas que não necessariamente incorpora os aportes da filosofia hermenêutica desenvolvida ao longo da segunda metade do século XX.

uma vasta corrente teórica em cujo âmbito as diversas indagações que compõem a teorização contemporânea da interpretação [...] foram objeto de um tratamento nitidamente estruturado a partir de noções oriundas da filosofia hermenêutica, especialmente em sua versão gadameriana.

Decerto, as concepções da jurisprudência hermenêutica no tocante à interpretação são comparativamente céticas, quando contrastadas com as teorias positivistas desenvolvidas anteriormente às duas Guerras Mundiais. A situação histórica do segundo pós-guerra foi marcada por um antiformalismo, ao qual Just (2014, p. 77-79) atribui dois aspectos: de um lado, a crítica ao modelo formalista de raciocínio, que concebe a atividade decisória a partir de “um raciocínio puramente dedutivo, axiologicamente neutro”; de outro, a crítica à própria epistemologia do formalismo e seu projeto de “fundar uma ciência jurídica conforme ao paradigma lógico-empírico”. Nesse panorama, as preocupações metodológicas da tradição germânica, sobretudo as questões relativas à práxis decisória, se encontram com a filosofia hermenêutica e, a partir de um processo intenso de recepção e assimilação do pensamento gadameriano após a publicação de “Verdade e Método”, em 1960, condicionam historicamente o surgimento da jurisprudência hermenêutica (JUST, 2014, p. 80). As reflexões teóricas sobre o direito daí resultantes passam a descrever a ciência jurídica como um “conhecimento interpretativo”, e não apenas como um “conhecimento do interpretativo” (JUST, 2012, p. 11). Esse fenômeno, comumente designado “guinada interpretativa”, se refere assim tanto ao fato de que a interpretação assume o eixo central da reflexão jurídica quanto à crescente influência do conceito filosófico de interpretação sobre as teorias do direito.

A influência da tradição gadameriana fornece à jurisprudência hermenêutica um intencionalismo relativo, rejeitando-se a “ideologia da subsunção” em face do entendimento de, no processo de aplicação do direito, a subjetividade do decisor-aplicador exerce um “papel conformador ativo”, pois “todo direito é algo relacional, encontra-se nas relações dos homens entre si e com as coisas”¹⁵ (KAUFMANN, 2002, p. 100). Segundo Haft (2002, p. 315-316), tal intencionalismo pode ser sintetizado em três teses fundamentais. Primeiro, defende-se que a subsunção é um dogma a ser abandonado e que a lei é somente a “possibilidade do direito”, o qual se torna real apenas na solução ao caso concreto, momento em que o juiz não simplesmente aplica, mas cria direito. Segundo, diz-se que o direito é um fenômeno histórico e, como tal, não é possível submetê-lo a um “pensar conceitual” (“sim-não”), mas apenas a um “pensar tipológico” (“mais-ou-menos”); daí porque não se pode falar numa correção objetiva do direito,

¹⁵ No original: “*todo derecho es algo relacional, se encuentra en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas*”.

isto é, não há respostas corretas únicas para os problemas concretos sobre os quais os juristas se debruçam. Terceiro, a partir das assertivas anteriores, só se pode concluir que a única correção (ou racionalidade) possível à decisão jurídica é aquela obtida por meio da argumentação e do consenso; e, para tanto, é indispensável “tornar claras as estruturas de pré-compreensão” do intérprete-aplicador (HAFT, 2002, p. 315-316).

A despeito desses influxos céticos da hermenêutica filosófica, os adeptos da jurisprudência hermenêutica preservaram – ou melhor, tentaram edificar sobre novas bases – o ideal de controlabilidade racional da atividade do intérprete. Com efeito, segundo Just (2014, p. 133-134), a **aptidão das interpretações à racionalidade** constitui um postulado, um pressuposto dos autores da jurisprudência hermenêutica; a sua rejeição da concepção puramente dedutiva do raciocínio jurídico não conduz a uma negação do caráter vinculado das decisões, mantendo-se como um axioma a “impossibilidade de reduzi-las à mera subjetividade do aplicador”. A tese de Just (2014, p. 151) é de que tal ambiguidade na jurisprudência hermenêutica reflete sua situação histórica, na medida em que suas preocupações teóricas foram dominadas não apenas pelos influxos da hermenêutica filosófica, mas também pelo constitucionalismo da Lei Fundamental de Bonn, para o qual ela teria servido “à causa, tanto política quanto metodológica, do controle de constitucionalidade, isto é, de seu domínio técnico e de sua legitimidade”. A esse respeito, o vetor cognitivista e racionalista da jurisprudência hermenêutica

contribui de modo significativo para que a atividade da Corte Constitucional se dote de um enquadramento técnico, de uma estabilidade e de uma sofisticação (e mesmo de uma objetividade) conceituais que não podem deixar de confortá-la em sua pretensão a um exercício douto e enquanto tal legítimo da jurisdição constitucional (JUST, 2014, p. 137-138).

Assim, mesmo informada pela filosofia gadameriana, radicalmente crítica de concepções objetivas da linguagem e do conhecimento nas ciências do espírito, a jurisprudência hermenêutica desenvolveu-se em contornos preponderantemente cognitivistas, impulsionada por expectativas inflacionadas de controle racional da interpretação, ao passo que seu potencial para uma “definição hermenêutica” (e comparativamente cética) do direito restou atrofiado (JUST, 2014, p. 153). Nesse sentido, a jurisprudência hermenêutica mantém em comum com a teoria padrão da argumentação jurídica¹⁶ – conquanto sobre bases teóricas bem distintas – o ideal de objetividade e racionalidade da decisão judicial.

¹⁶ A expressão é de Atienza (2014b, p. 20) e designa a concepção de argumentação que se desenvolveu a partir dos trabalhos de Wróblewski, Alexy, MacCormick, Peczenick e Aarnio. Alguns dos elementos preponderantes

Diversamente, outros tantos trabalhos em teoria e filosofia do direito incorporam os desenvolvimentos da filosofia da linguagem do século XX numa direção preponderantemente cética. Dar conta da pluralidade dessas concepções é tarefa impertinente aos limites desta pesquisa; não obstante, é preciso examinar em que medida esses influxos intencionalistas contribuem para a perspectiva, ora adotada, de que o discurso jurídico e a argumentação jurídica interpretativa não consistem simplesmente num discurso de saber, fundado num conhecimento objetivo ou racionalmente controlável, e sim no exercício duma forma sofisticada de poder (simbólico).

Os aportes da hermenêutica filosófica inspiraram uma diversidade de reflexões no campo mais especulativo da teoria e da filosofia do direito. Por exemplo, a ênfase na historicidade do ser aparece na obra de Saldanha (2005, p. 11), para quem a importância de uma visão histórica da teoria jurídica reside no fato de que “referir-se a problemas históricos é aludir aos problemas mais reais do pensamento jurídico”. Para o autor, as teorizações sobre o direito são elaboradas sob certas “condições culturais”, com as quais, embora não estabeleçam uma relação de causa e efeito, podem-se vislumbrar diversas conexões de sentido que “transformam as figuras históricas em algo interpretável” (SALDANHA, 2005, p. 11-12). Assume-se, outrossim, que a contribuição principal da tradição hermenêutica é a afirmação de que “**o saber social é sempre hermenêutico**” (SALDANHA, 2005, p. 98, ênfase acrescida). A partir de semelhante perspectiva, Just (2014, p. 20) entende que “a inteligência das teorias [da interpretação] fica assim subordinada à busca das conexões de sentido entre suas formulações e o seu sentido histórico-cultural, e não à sua abstração recíproca”. Essa contextualização radical do saber jurídico em sua historicidade e em sua estrutura compreensiva – “antecipadora, limitada, situada e finita” (JUST, 2014, p. 27-28) – decorre dos três postulados fundamentais do paradigma hermenêutico (a inseparabilidade entre conhecimento e interpretação, a

dessa teoria padrão da argumentação jurídica, no que interessa a este trabalho, são “a importância que se concede à interpretação que é vista, mais que como resultado, como um processo racional e harmonizador do Direito”, “a importânciaposta na necessidade de tratar de justificar racionalmente as decisões e, portanto, o raciocínio jurídico – como característica essencial da sociedade democrática” e “a convicção de que existem critérios objectivos (como o princípio da universalidade ou o da coerência ou integridade) que conferem carácter racional à prática da justificação das decisões, ainda que não ser aceite a tese de que existe uma resposta correcta para cada caso” (ATIENZA, 2014b, p. 72-73).

Kaufmann (2002, p. 103) observa que as teorias da argumentação partilham com a hermenêutica duas premissas gerais: primeiro, a de que o direito é um sistema aberto, ou, na sua formulação mais cética, de que não há sistema algum e resta ao jurista apenas o “pensamento problemático”; segundo, a de que não existe um rol taxativo de métodos de interpretação: há um número ilimitado de argumentos possíveis e todos devem ser admitidos na esfera do discurso racional. Porém, as similitudes vão até aí: os teóricos da argumentação veem a hermenêutica como uma metafísica irracional e preservam uma forma mitigada do esquema sujeito-objeto.

inseparabilidade entre interpretação e aplicação e o caráter criador da interpretação) afirmados por ZACCARIA (*apud* JUST, 2014, p. 28).

Em outra direção, o intencionalismo na teoria do direito se apresenta em diversos trabalhos que propuseram afastar o raciocínio e a argumentação jurídica do âmbito da lógica dedutiva. Com Viehweg (1979, p. 24-25), propõe-se um resgate da **tópica** como uma técnica de pensar por problemas, a partir da distinção aristotélica entre a *apodexis* e o raciocínio dialético; o caráter tópico do direito se revela no fato de que seus raciocínios não são dedutivos, antes, possuem “muito de arbítrio amorfo e muito pouco de demonstração rigorosa”. Na “nova retórica” de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2014), também há uma ressurgência de Aristóteles com a distinção entre raciocínios analíticos ou lógico-formais e raciocínios dialéticos ou retóricos (ATIENZA, 2014a, p. 58); sendo que a argumentação jurídica, sendo espécie desses últimos não estabelece suas conclusões por necessidade, mas por razoabilidade, sendo o “razoável” uma via intermediária entre o racional e o arbitrário. Pretende, assim, colocar o direito numa via média entre concepções radicalmente rationalistas ou voluntaristas, embora críticos como Atienza (2014a, p. 87) tenham por confusa e ambígua a noção de razoabilidade do autor. No Brasil, uma concepção distintamente retórica do direito é defendida por Ferraz Jr. (2007, p. 84-85; 2015, p. 139), para quem os discursos no âmbito do direito dogmaticamente organizado têm por critério definidor da “decidibilidade”, e não a verdade; a racionalidade jurídica – mesmo a da “doutrina” – consiste, assim, apenas “um corpo de fórmulas **persuasivas** que influem no comportamento dos destinatários, mas sem vinculá-los, salvo pelo apelo à razoabilidade e à justiça, tendo em vista a **decidibilidade** de possíveis conflitos”.

Semelhante direção é tomada pela **retórica metódica desestruturante** desenvolvida por Adeodato (2010; 2011), a partir de um diálogo crítico com a obra de Ottmar Ballweg, mediante a confluência de três elementos centrais: o **historicismo**, o **ceticismo** e o **humanismo** (ADEODATO, 2010, p. 58-60). Recusando a concepção ontológica da linguagem – que a postula como “um meio para expressar uma realidade objetiva, coisas (*res*) e termos equivalentes” –, o autor parte dum “princípio da autonomia do discurso” para afirmar que “a linguagem não tem outro fundamento além de si mesma, não há elementos externos a ela (fatos, objetos, coisas, relações) que possam legitimá-la” (ADEODATO, 2013, p. 297). Sua teoria retórica enfatiza o que há de contingente, de irrepetível, na observação da realidade, o que explica a adoção da etnologia (“pensar por problemas) como método de inquirição. A desconfiança para com verdades universalizantes e o reconhecimento do peso da historicidade se revelam na afirmação radical de que a única realidade que existe para o homem é a

linguagem. O autor defende abertamente uma espécie de solipsismo e uma antropologia filosófica que enxerga o homem como um “ser pobre”, ao afirmar que “o ser humano é linguisticamente fechado em si mesmo, em um universo de signos, sem acesso a qualquer ‘objeto’ para além dessa circunstância” (ADEODATO, 2011, p. 18).

A noção de retórica, em Adeodato (2011, p. 13), é tomada em um sentido peculiar e tripartida em retóricas material (método), estratégica (metodologia) e analítica (métódica). Em seu primeiro sentido, o material ou existencial, considera-se que tudo o que se chama “realidade” consiste tão somente em um “relato vencedor”. Não significa apenas dizer que o conhecimento do mundo é intermediado pela linguagem, mas que “a própria realidade é retórica”: **a linguagem é constitutiva da realidade.**¹⁷ Na dimensão estratégica, a retórica corresponde às metodologias utilizadas para interferir sobre a retórica material e conformá-la a determinadas diretrizes e objetivos (ADEODATO, 2011, p. 20). É nesse nível que reside a dogmática jurídica, entendida basicamente no sentido atribuído por Ferraz Jr. (2007, p. 84, 88-91) de um “saber tecnológico” com vistas à decidibilidade de conflitos. A retórica analítica, por sua vez, consiste na própria métodica apresentada e, no direito, corresponderia a uma atitude zetética, uma abordagem predominantemente descritiva¹⁸ e cujas afirmações permanecem sujeitas a questionamentos (ADEODATO, 2011, p. 21).¹⁹

No que concerne à “ciência do direito”, a perspectiva retórica defende que ideias de verdade e justiça unívocas são “ilusões altamente funcionais”, “acordos precários da linguagem” temporários, autodefinidos e circunstanciais, os quais constituem “tudo o que pode ser chamado de racionalidade jurídica” (ADEODATO, 2011, p. 17). Ao mesmo tempo, essa compreensão retórica do mundo não se quer fazer subjetivismo, pois “o maior ou menor grau de ‘realidade’ de um relato vai exatamente depender dos outros seres humanos, da possibilidade de **controles públicos da linguagem**” (ADEODATO, 2011, p. 18, ênfase acrescida). Aqui se revela o intencionalismo radical do autor, na medida em que recusa aos mecanismos de controlabilidade da retórica estratégica as adjetivações de “racional” ou mesmo “razoável”; tudo o que há são formas de controle intersubjetivas “condicionadas, circunstanciais e tanto

¹⁷ “Tudo aquilo que se chama de ‘realidade’, a sucessão temporal de eventos únicos e irrepetíveis, consiste em um **relato vencedor**, um fenômeno linguístico cuja apreensão é retórica” (ADEODATO, 2011, p. 18, ênfase no original).

¹⁸ Diz-se que a retórica analítica é “predominantemente descritiva” porque a própria distinção entre proposições descritivas e prescritivas não está imune a críticas e é, ela mesma, um “relato vencedor” correspondente à retórica material (ADEODATO, 2011, p. 22).

¹⁹ A dicotomia entre abordagens dogmáticas e zetéticas é exposta a partir da teoria de Theodor Viehweg em FERRAZ JR. (2007, 31-51).

mais mutáveis e ambíguas quanto mais complexo e diferenciado seja o meio social” (ADEODATO, 2011, p. 19).

Ao propor uma “retórica da interpretação jurídica”, Adeodato (2011, p. 256, ênfase no original) parece adotar um ceticismo moderado, pois inicialmente defende que “a interpretação de um aplicador do direito parece ficar a meio caminho entre a tarefa descriptiva de **verificação** de significado (*Bedeutungsfeststellung*) e a tarefa prescritiva de **fixação** de significados (*Bedeutungsfestsetzung*)”. Todavia, suas reflexões abraçam as contribuições de Bourdieu, Passeron e Foucault no sentido de reconhecer no direito uma “violência simbólica” (a cujo respeito se discorrerá adiante) pela qual o intérprete trabalha dissimulando o que há de manipulador e arbitrário na fixação (imposição) desses significados linguísticos, de modo que, ao fim, como afirma o próprio Adeodato (2011, p. 265-267), sua teoria da interpretação se aproxima de propostas comparativamente mais céticas, como a de Michel Troper.

Troper, aliás, é um dos autores que aborda o problema da interpretação e aplicação do direito sob perspectiva mais intencionalista e anti-cognitivista.²⁰ A sua “teoria realista da interpretação” consiste na afirmação de três postulados básicos: (1) a interpretação é **ato de vontade**, não de conhecimento; (2) a interpretação não tem por objeto “normas”, mas enunciados ou fatos; e (3) a interpretação confere ao que a exerce um poder específico (TROPER, 2006, p. 282). Pressuposto dessa tese é a afirmação de que “não há realmente nos textos qualquer sentido a descobrir”, ou, no mínimo, de que “não se dispõe de qualquer interpretação que permita estabelecer este verdadeiro sentido [da lei]” (TROPER, 2006, p. 283). A atividade do intérprete – e Troper (2006, p. 283) tem em mente o órgão investido de autoridade para dar a “interpretação autêntica” no sentido kelseniano, aquela dotada do “monopólio da validade”²¹ – não consiste em revelar um sentido oculto no texto, mas em produzir um significado por meio de um ato de vontade e, portanto, do exercício de “um poder considerável” (TROPER, 2006, p. 290; cf. JUST, 2014, p. 161-162). Esse poder e essa liberdade do intérprete, porém, não significam a total ausência de determinismos, pois o direito mobiliza um conjunto de pressões, a que se pode chamar **coação jurídica** (TROPER, 2006, p. 296): o comportamento de quem interpreta “é na verdade limitado por diferentes espécies de fatores cogentes (constricções, *contraintes*), que determinam de que modo ele exercerá sua liberdade

²⁰ Just (2014, p. 158) aduz que “na literatura crítica adjetivos como ‘radical’ ou ‘extremo’ são frequentemente empregados a propósito de seu ceticismo interpretativo”.

²¹ Segundo Just (2014, p. 168), “o **titular** do poder de interpretação é toda autoridade competente para dar uma interpretação **que não pode ser contestada** e que, por isso, se incorpora ao texto. (É o que quer dizer, em última análise, a definição da interpretação autêntica como aquela à qual o ordenamento jurídico confere eficácia.”).

jurídica para dar ao texto determinado significado em detrimento de outro” (JUST, 2014, p. 168).

Conquanto fragmentário e parcial, este panorama dos influxos da filosofia da linguagem sobre as teorias do direito ressalta o deslocamento do centro de interesse dos juristas teóricos (motivada pela crescente consciência do caráter radicalmente indeterminado da aplicação do direito) do momento legislativo para o momento decisório (OLIVEIRA PP, 2012, p. 218-219). Evidencia, ainda, o antagonismo (muito embora relativo e ambíguo) entre as tentativas cognitivistas de controlar racionalmente a interpretação e o desencanto cético que rejeita inteiramente essa possibilidade e, em vez disso, enfatiza a atividade do intérprete como uma função de sua vontade e, portanto, como exercício dum poder. Assim, ao fenômeno da guinada interpretativa, sobretudo em sua direção mais intencionalista ou cética, segue-se uma consciência crescente da impossibilidade de controlar racionalmente a interpretação, ao que corresponde a chamada **crise de indeterminação do direito**. É a partir do problema da indeterminação, e geralmente em torno dele, que se formulam as reflexões mais agudas sobre o nexo entre o direito e as relações de poder ou dominação.

1.2 O DISCURSO JUDICIAL COMO FORMA DE EXERCÍCIO E DE MISTIFICAÇÃO DO PODER

1.2.1 A crise de indeterminação do direito como ponto de partida para a “tese da mistificação”

Em alguma medida, mesmo nas teorias positivistas mais difundidas, as de Hart e Kelsen, há o reconhecimento da relativa indeterminação da norma jurídica, ou melhor, da indeterminabilidade potencial da interpretação e aplicação do direito. Embora a interpretação ocupe um lugar singelo na teoria pura do direito, ao abordá-la, Kelsen (1986, p. 390) reconhece que o único resultado possível da atividade interpretativa é a fixação de uma “moldura”, a delimitação das várias interpretações possíveis, todas de igual valor, não havendo um método científico ou objetivo de determinar ou descobrir qual delas deve prevalecer. Ao refletir brevemente sobre a posição do intérprete, o autor conclui que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas

possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor” (KELSEN, 1986, p. 390).

Também em Hart, o momento da aplicação do direito se mostra ameaçado pela potencial indeterminação. Tomando de Waismann o conceito da **textura aberta**,²² Hart (1986, p. 139-141) considera que toda comunicação normativa (aquele destinada a prescrever padrões de comportamento) padece dos limites inerentes à linguagem natural e pode guiar a conduta humana “apenas de um modo incerto”. A facilidade com que se decide a maioria dos conflitos jurídicos se deve ao fato de que, nesses casos simples ou familiares, há um acordo geral sobre a “aplicabilidade dos termos classificatórios”. Porém, permanece a “incerteza na linha da fronteira” e, sempre que o significado de um enunciado normativo seja questionado, surge o problema da indeterminação; nesses casos, é inevitável que a aplicação do direito se faça mediante uma **escolha** entre “alternativas abertas”.

Ao reconhecer este componente volitivo na aplicação do direito nos casos fronteiriços, Hart (1986, p. 142) se afasta de certo tipo de formalismo ou “conceitualismo”, a que acusa de “disfarçar e minimizar” a tomada de decisão enquanto ato de vontade. Não obstante, o autor não pretende ceder ao ceticismo do extremo oposto, que exagera a indeterminação do direito, e mantém que os sistemas jurídicos são capazes de prover técnicas que limitam o alcance dessa indeterminação. Para ele, “mesmo com padrões muito gerais, haverá exemplos claramente indiscutíveis daquilo que os satisfaz ou não” e, nesses casos, a aplicação da regra será sempre identificável *a priori* (HART, 1986, p. 144). Somente nos casos difíceis é que se pode considerar que não haja uma única resposta correta e, por conseguinte, nesses casos sobressai o poder discricionário do julgador. Assim, a textura aberta é um componente relevante apenas na “franja”, na zona de penumbra, nas fronteiras do direito, nas situações em que a indeterminabilidade do significado dos enunciados jurídicos constitui um dado relevante e justifica a (excepcional) atividade criadora do intérprete-aplicador.

Porém, apesar desses momentos célicos e voluntaristas, os positivismos de Kelsen e de Hart podem ser assim considerados apenas relativamente, quando defrontados com teorias jurídicas as quais, profundamente arraigadas nos dogmas da completude sistêmica e do legislador racional, reconheciam a atividade criadora do juiz somente nos casos de antinomia

²² Por “textura aberta”, Waismann (1945, p. 122) designa o “potencial de vaguença” de todos os conceitos empíricos, em virtude da impossibilidade incontornável de delimitá-los em todas as direções possíveis. Segundo Struchiner (2002, p. 16), para Waismann “os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre o seu significado”.

real ou de lacuna da lei. Ambos os autores afirmam a possibilidade de algum controle racional da atividade interpretativa: em Kelsen, o ato de vontade que escolhe uma das várias interpretações possíveis é precedido de um ato de conhecimento, a “interpretação cognoscitiva”, pela qual se estabelece a moldura dos significados possíveis, excluindo-se as interpretações impossíveis à luz do ordenamento (KELSEN, 1986, p. 394). Em Hart, o próprio sistema jurídico proporciona técnicas que permitem distinguir os casos fáceis daqueles situados na zona de penumbra. Suas teorias, sob essa perspectiva, não tomam a indeterminação do direito como um dado problemático, nem se ocupam de analisar se (e como) a própria colocação do binário determinação-indeterminação faz parte da atividade do intérprete e é, por isso mesmo, também um ato de vontade.

Assim, embora esses autores estejam cônscios das questões mais abrangentes no tocante à indeterminação do direito, não se pode atribuir-lhes a perspectiva que posteriormente se convencionou chamar de **tese da indeterminação** (SOLUM, 1987, p. 462).

Segundo Bix (2003, p. 281), por “(in)determinação do direito” se designa o problema a respeito da (in)existência de respostas certas (e respostas certas únicas) para todas as questões jurídicas, incluindo as mais difíceis. Esse problema, por sua vez, é comumente tratado com relação a três indagações mais gerais: primeiro, se existem respostas certas unívocas para questões morais; segundo, se a linguagem é radicalmente indeterminada; terceiro, qual é a conexão entre direito e poder e como essa relação afeta a interpretação jurídica e o processo de tomada de decisão judicial.

Numa aproximação inicial e provisória desses problemas, pode-se dizer que aderir à “tese da indeterminação” significa negar a existência de respostas unívocas (se não a todas as questões morais, ao menos no direito); afirmar que a linguagem é indeterminada (ao menos nos casos fronteiriços); e fazer corresponder o processo de interpretação e aplicação do direito a uma forma de opressão, ou, no mínimo, de manutenção de estruturas de dominação existentes numa dada realidade social. Para Solum (1987, p. 462-463), por exemplo, as duas premissas fundamentais dos estudos jurídicos críticos (*critical legal studies*, doravante CLS) – corrente teórica para a qual a tese da indeterminação é basilar – são (1) a de que a indeterminação “sempre caracteriza apropriadamente o fenômeno jurídico”²³ e (2) a de que “o discurso jurídico dissimula e reforça relações de dominação”.²⁴

²³ No original: “[the indeterminacy thesis] always accurately describes legal phenomena”.

²⁴ No original: “legal discourse conceals and reinforces relations of domination”.

Porém, tal descrição pode servir apenas em caráter provisional, pois, na literatura sobre a indeterminação do direito, as respostas a essas indagações tomam direções as mais diversas. O próprio Solum (1987, p. 463) reconhece a diversidade entre os autores da CLS e menciona, por exemplo, a posição de Duncan Kennedy, o qual apresenta uma forma “muito cautelosa e limitada” de indeterminação jurídica. Há, portanto, versões “fortes” e “fracas” dessa teoria: nas primeiras, defende-se que no direito existem apenas casos difíceis, de modo que qualquer resultado ou decisão pode ser obtido a partir de um mesmo conjunto de normas jurídicas (SOLUM, 1987, p. 470). Já as versões fracas costumam seguir um de dois modelos: num deles, embora se reconheça que a indeterminação não é uma propriedade de todos os casos jurídicos, reivindica-se que “todos os casos interessantes ou importantes são indeterminados”²⁵ (SOLUM, 1987, p. 488-489); no outro, diz-se apenas que não é possível deduzir, em nenhum caso particular, resultados **necessários** a partir de qualquer conjunto de regras jurídicas (SOLUM, 1987, p. 491-492).

Contudo, mesmo as teorias fracas da indeterminação, entre os adeptos da CLS, não se confundem com as observações esparsas de outros autores (como Kelsen ou Hart) sobre o caráter indeterminado do direito. O que distingue a tese da indeterminação, nos estudos jurídicos críticos, é o seu nexo com a chamada **tese da mistificação**: a teoria de que “as regras jurídicas mistificam estruturas de dominação”²⁶ (SOLUM, 1987, p. 467-468).

A partir dos estudos de John Thompson, Solum (1987, p. 468) afirma que, para os adeptos da tese da mistificação, o discurso ideológico (e, como espécie deste, o discurso jurídico) sustenta estruturas de dominação de três maneiras características – **legitimização, dissimulação e reificação**. O direito legitima estruturas sociais existentes pelo recurso a um tipo de autoridade tradicional-carismática, pois canaliza os conflitos sociais para cenários carregados de simbolismos rituais e autoritários; dissimula a manutenção dos interesses de um grupo (“classe”) dominante pelo recurso à neutralidade da lei; e reifica escolhas políticas que reforçam o *status quo*, “representando um estado de coisas transitório, histórico ou contingente como se fosse permanente e natural”²⁷ (SOLUM, 1987, p. 468-469).

Para a CLS, a mistificação estaria ligada à indeterminação de duas maneiras. Primeiro, a própria aparência de neutralidade, de que as regras jurídicas conduzem a resultados

²⁵ No original: “*all interesting or important cases are indeterminate*”.

²⁶ No original: “*legal rules mystify structures of domination*”.

²⁷ No original: “*representing a transitory, historical, or contingent state of affairs as if it were permanent and natural*”.

determinados, é uma forma de legitimar o direito; nesse sentido, “o mito da determinação é um exemplo específico de mistificação”.²⁸ Segundo, o sistema jurídico funciona de modo a reforçar relações de dominação social e econômica, ao mesmo tempo em que mantém a aparência de autonomia e neutralidade; a independência do direito – especialmente em relação à política – é apenas um mito. O **poder do direito** reside no fato de que ele reflete, constitui e legitima relações sociopolíticas de dominação, “sem a necessidade ou a aparência de controle externo e por meio de atores sociais que creem amplamente em sua própria neutralidade e no mito do raciocínio jurídico” (KAIRYS *apud* SOLUM, 1987, p. 470).

1.2.2 Foucault e Fairclough: dos sistemas de exclusão do discurso às operações ideológicas da linguagem

A ideia de indeterminação do direito, inicialmente problematizada a partir dos influxos da filosofia da linguagem sobre a reflexão teórica dos juristas, favoreceu uma concepção mais aguda da interpretação e da aplicação do direito como funções da vontade e tornou problemática a distinção entre o discurso de poder, próprio à política, e a aparente racionalidade adotada na linguagem do direito e da decisão judicial. Não obstante, o caráter indeterminado dos textos jurídicos normativos não explica, de per si, os modos pelos quais o jurista mantém, no discurso e por trás dele, um tipo peculiar de dominação e poder.

A ideia de uma “mistificação” do poder no discurso tem raízes na ênfase marxista nas **ideologias** como formas de criar e conservar entre os grupos oprimidos uma “falsa consciência”, pela qual a classe dominante logra manter os dominados em silêncio. Para Marx, o fenômeno ideológico inclui a política, a moral, a religião, a metafísica e também o direito (KOYZIS, 2014, p. 21). Mais especificamente, são os contributos posteriores de Foucault e da chamada “Escola de Frankfurt” que promovem uma ênfase na conexão entre ideologia e discurso, impulsionando uma variedade de estudos sociais “críticos” que têm em comum a concepção do discurso como instância fundamental na qual o poder é alcançado, exercido e reforçado. A tese da mistificação surge assim como projeção, na teoria do direito, da tradição de crítica da ideologia de linha foucaultiana e frankfurtiana (SOLUM, 1987, p. 468).

Segundo Foucault (2014, p. 8), “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos”,

²⁸ No original: “*the myth of indeterminacy is a specific instance of mystification*”.

aos quais denomina **sistemas de exclusão**, e que “têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”. Entre os procedimentos de exclusão tipificados pelo autor, destaca-se – por sua relevância ao tema deste trabalho – a **oposição do verdadeiro e do falso**. Foucault (2014, p. 13-14) reconhece que conceber o binômio verdadeiro-falso como sistema de exclusão é um passo arriscado e que, sob um ponto de vista interno ao discurso, a análise da verdade ou falsidade de uma proposição não é “nem arbitrária, nem modificável, nem institucional, nem violenta”; porém, duma perspectiva externa, seria possível identificar essa oposição como um sistema de exclusão discursiva historicamente constituído, o qual se constitui em torno da **vontade de saber** ou de verdade.

Ao unir paradoxalmente “vontade” e “verdade”, Foucault obnubila a distinção – cara, sobretudo, à teoria do direito e à hermenêutica jurídica de inclinação cognitivista – entre conhecimento e desejo, saber e volição. A ideia de “vontade de saber” explicita o caráter contingente e historicamente situado de todo conhecimento e, com isso, enfatiza o que há de arbitrário e coercivo na oposição discursiva entre o verdadeiro e o falso. A vontade de verdade, enquanto sistema de exclusão, é erigida sobre um “suporte institucional” que a promove e reforça, e por meio do qual ela exerce sobre os outros discursos “uma espécie de pressão e como que um poder de coerção” (FOUCAULT, 2014, p. 17). Todavia, o desejo e o poder que se exercem por meio da vontade de saber são, ao mesmo tempo, dissimulados pela própria ideia de verdade: “a vontade de verdade, essa que se impõe a nós a bastante tempo, é tal que a verdade que ela quer não pode deixar de mascará-la”. Aqui se revela o germe da tese da mistificação na teoria do direito, pois, para o autor, a “verdade” se presta a mascarar a exclusão discursiva sob a aparência de sua “riqueza, fecundidade, força doce e insidiosamente universal” (FOUCAULT, 2014, p. 19).

Ao lado desses procedimentos externos de controle discursivo, que visam dominar os poderes inerentes ao discurso, Foucault (2014, p. 34-35) enumera procedimentos internos, destinados a “conjurar os acasos de sua aparição”, e outros que se prestam ao controle subjetivo do discurso, com o fito de “impôr aos indivíduos que os pronunciam certo número de regras e assim de não permitir que todo mundo tenha acesso a eles”. Esta terceira categoria de “rarefação” discursiva geralmente se apresenta na forma de rituais de entrada e de permanência em certas “regiões do discurso” mais restritas; e o discurso jurídico, enquanto modalidade exemplar desse tipo de região discursiva fortemente impermeável, não pode ser compreendido

à parte desse “ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos” (FOUCAULT, 2014, p. 37).

Essa descrição foucaultiana da “ordem do discurso” se presta, enfim, a um propósito bem delineado: expor como a “apropriação social dos discursos” é condicionada pelas oposições e lutas sociais. E, a partir dessa concepção, propõe-se um duplo horizonte de investigação dos discursos. De um lado, o aspecto “crítico” de análise, que visa a uma compreensão das formas de exclusão, limitação e apropriação do discurso, bem como dos “sistemas de recobrimento do discurso”; de outro, a análise “genealógica”, destinada a investigar “como se formaram, através, apesar, ou com o apoio desses sistemas de coerção, séries de discursos; qual foi a norma específica de cada uma e quais foram suas condições de aparição, de crescimento, de variação” (FOUCAULT, 2014, p. 57, 65).

Esse programa de análise dos discursos se espalhou pelos mais diversos segmentos das ciências humanas e sociais, originando uma variedade de estudos e pesquisas geralmente identificáveis pelo uso do adjetivo “crítico(a)”: teoria social “crítica”, estudos jurídicos “críticos”, e assim por diante. Porém, muito embora essas teses mais gerais de Foucault tenham alcançado alguma projeção direta sobre a pesquisa jurídica de caráter mais teórico ou especulativo, no que se refere à pesquisa empírica em direito, essa influência tem sido geralmente mediada pelas reflexões da escola de estudo crítico da linguagem (*critical language study*).

Fairclough (1989, p. 12-13), um dos expoentes dessa escola, reconhece a importância de Foucault para uma teoria social que leva em consideração o papel da linguagem na constituição, manutenção e mudança nas relações de poder, especialmente na modernidade. Porém, assim como no caso de Habermas e das teorias da ideologia em geral, essas contribuições permaneceram limitadas ao plano meramente teórico, o que tornaria necessária uma abordagem crítica que procedesse à análise de exemplos e instâncias particulares de discurso.

Outrossim, para Fairclough (1989, p. 1-2), além de simplesmente descrever como certas convenções linguísticas resultam em relações desiguais de poder, é preciso explicar essas convenções também com resultado de relações e lutas de poder. Há, portanto, um vínculo bidirecional entre as convenções sociolinguísticas e as relações de poder. E, no que se refere ao modo como a linguagem contribui para criar e reforçar as estruturas de dominação, recorre-se à já mencionada ênfase marxista/foucaultiana/frankfurtiana na ideologia, aqui concebida como uma forma de legitimação de relações sociais desiguais que se executa pelo recurso ao senso

comum, a modos familiares de comportamento nos quais essas diferenças de poder são presumidas, mas não explicitadas. A sociedade moderna constitui uma “época linguística” na qual o poder é alcançado e exercido, sobretudo, pela ideologia e, mais particularmente, “pelas operações ideológicas da linguagem”²⁹ (FAIRCLOUGH, 1989, p. 2).³⁰ A partir dessas premissas, a abordagem crítica da linguagem se propõe a expor os vínculos, normalmente ocultos ao olhar “ordinário”, entre as interações sociais com seus elementos linguísticos e os fatores determinantes desse sistema de relações.³¹

Ao explorar especificamente a relação entre discurso e poder, Fairclough distingue o “poder no discurso” (*power in discourse*) do “poder por trás do discurso” (*power behind discourse*). Um aspecto interessante de sua abordagem do poder no discurso é a ideia de “poder oculto” presente nas situações em que os participantes do discurso estão separados no espaço e/ou no tempo (em oposição aos discursos face-a-face).³² Segundo Fairclough (1989, p. 49), há dois caracteres centrais nessa forma de comunicação: primeiro, a sua **unilateralidade**, dado que há uma nítida distinção entre os produtores de conteúdo e os seus intérpretes (em contraste com o discurso face-a-face, no qual os participantes alternam entre essas duas posições); segundo, o discurso é destinado a um **sujeito ideal**, a uma massa indeterminada de intérpretes, de modo que os efetivos ouvintes, leitores ou espectadores precisam estabelecer um relacionamento não apenas com o produtor do discurso, mas também com esse sujeito ideal.

Por conta de sua natureza distinta, nesse discurso “remoto” se apresenta uma forma particularmente forte de poder, dado que os produtores do discurso determinam, sozinhos, (1) o que deve ou não ser conteúdo da comunicação, (2) como os eventos são representados e (3) as posições subjetivas de sua audiência (FAIRCLOUGH, 1989, p. 50). Todavia, esse poder se

²⁹ No original: “the exercise of power, in modern society, is increasingly achieved through ideology, and more particularly through the ideological workings of language” (ênfase acrescida).

³⁰ Apesar da ênfase no exercício da dominação pelo discurso, Fairclough (1989, p. 3-4) busca evitar o reducionismo e reconhece que o poder é tanto exercido pela **coerção** (cuja forma mais pura é a violência física) como pela produção do **consentimento** – este, sim, diretamente ligado à ideologia.

³¹ Esse desvelamento, embora desenvolvido no plano teórico, tem objetivos práticos evidentes. Fairclough (1989, p. 4-5) se identifica pessoalmente como um socialista e como alguém comprometido com a emancipação dos grupos oprimidos; sua obra visa ajudar as pessoas a verem “em que medida a linguagem delas repousa sobre pressuposições do senso comum e os modos pelos quais essas pressuposições de senso comum podem ser ideologicamente moldadas por relações de poder” (no original: “[this means helping people to see] the extent to which their language does rest upon common-sense assumptions, and the ways in which these common-sense assumptions can be ideologically shaped by relations of power”). Uma crescente consciência das maneiras pelas quais relações sociais de exploração se constituem e se reforçam na linguagem e pela linguagem é, para o autor, um meio de promover resistência social e mudança.

³² Embora neste ponto Fairclough (1989, p. 49) esteja peculiarmente interessado no discurso midiático, suas observações se aplicam à linguagem escrita em geral, o que inclui a maior parte do discurso jurídico, com exceção, pelo menos, da linguagem utilizada no âmbito de audiências e sessões de julgamento.

exerce de modo oculto e implícito, por meio de diversos procedimentos discursivos; por exemplo, pela **nominalização** (um processo ou ação se expressa como substantivo, como se fosse uma entidade), o produtor do discurso pode deixar de identificar o causador/agente da ação ou outros detalhes do processo (FAIRCLOUGH, 1989, p. 51). Ainda, o poder discursivo se oculta em formas indiretas de demanda: sentenças imperativas (“escreva-me esta carta e me entregue às cinco horas”) podem ser substituídas por **formas interrogativas** que dissimulam mais ou menos a exigência (“você pode me escrever esta carta e a entregar às cinco horas?”, “será que você poderia me escrever esta carta e a entregar às cinco horas?”, “será que eu poderia lhe pedir para me escrever esta carta e a entregar às cinco horas?”), ou, ainda, por **marcadores linguísticos de sugestão** (“eu gostaria de que esta carta fosse entregue às cinco horas”).

Para além dessas formas de ocultar o poder no próprio discurso, Fairclough enfatiza três modos pelos quais o poder se esconde por trás do discurso. O primeiro deles é a própria **padronização** da língua, que o autor concebe como um nítido processo de constituição e manutenção de relações de poder, pelo qual um “dialeto de classe” (a emergente classe média *bourgeoisie*) aspirava tornar-se a linguagem nacional, pertencente a todas as classes e setores da sociedade; e aqueles que dominavam esse uso correto da língua adquiriam para si um “capital cultural” análogo ao capital econômico (FAIRCLOUGH, 1989, p. 56-58).³³

A segunda forma de ocultação do poder por trás do discurso consiste na formação de um certo tipo particular de discurso como um efeito do poder. Com isso Fairclough pretende designar certas **convenções sociais** que incorporam relações desiguais de poder. Embora o autor use o exemplo um tanto pitoresco do discurso travado entre um ginecologista e sua paciente, a sua tipologia de convenções discursivas que surgem como efeito do poder se aplicam também ao discurso jurídico, especialmente aquele travado no âmbito do processo judicial. São três as espécies de constrangimentos do discurso dessa categoria: (1) constrangimentos quanto ao **cenário** do discurso (discursos ginecológicos ocorrem apenas em “espaços médicos”; discursos judiciais ocorrem apenas em salas de audiências, tribunais etc.); (2) constrangimentos quanto aos **sujeitos** que podem dele participar: há um “elenco” limitado de posições a serem ocupadas (no discurso ginecológico, médicos, enfermeiros, pacientes; no discurso jurídico, juízes, promotores, advogados, partes, testemunhas etc.) e severas restrições a quem pode ocupá-las,

³³ Segundo Fairclough (1989, p.56-58), o processo de formação dum norma padrão ou “culto” do inglês estaria atrelado a um fenômeno mais amplo de colonização e de unificação econômica, política e cultural da Grã-Bretanha e de passagem da sociedade feudal ao capitalismo. À medida que avançava esse processo, o inglês padrão era associado às principais instituições sociais (administração governamental, direito, educação, literatura, religião); emergia como a linguagem do poder político e cultural e, em contraste com outros dialetos taxados de “vulgares” e “inferiores”, passava a ser tratado como o inglês “correto”.

o que inclui até mesmo regras de vestuário; e (3) constrangimentos quanto ao **conteúdo** do discurso (diversas questões de cunho sexual estão excluídas do âmbito de possibilidades do discurso médico ginecológico; semelhantemente, há diversas limitações quanto ao que se pode dizer e discutir no processo judicial) (FAIRCLOUGH, 1989, p. 58-62).

O terceiro aspecto do poder por trás do discurso diz respeito ao **acesso** ao discurso – quem tem acesso a quais discursos, e quem tem poder de impor sobre outrem e fazer cumprir tais restrições de acesso. Segundo Fairclough (1989, p. 62-63), o acesso ao discurso é distribuído de forma desigual na sociedade, constituindo uma forma de “capital cultural”, e, geralmente, aqueles que formam o bloco dominante em termos econômicos são também os que ocupam as principais posições de poder discursivo. Uma das principais formas de constrangimento de acesso é, segundo o autor, a imposição de **formalidades**. Uma situação social formal impõe constrangimentos sobre o conteúdo, os sujeitos e as relações do discurso e, ao exigir dos participantes habilidades distintas do discurso médio ou ordinário, impede o acesso da maior parte da população e ainda gera nessa parcela excluída um senso de respeito e admiração (FAIRCLOUGH, 1989, p. 65-66).

Em todas as suas manifestações, o poder no discurso e por trás do discurso não se apresenta de modo estático e inquestionável. Aqueles que detêm o poder precisam constantemente reafirmá-lo, e aqueles que não o possuem podem sempre tentar adquiri-lo. Seja no nível dos discursos particulares, das instituições sociais ou da sociedade como um todo, o poder é “conquistado, exercido, conservado e perdido no curso da luta social” (FAIRCLOUGH, 1989, p. 68).³⁴ Todavia, por meio dos recursos discursivos já mencionados, essa luta social pelo poder é frequentemente oculta, e o modo mais eficaz de mascaramento (ou mistificação) dessas relações desiguais de poder, para a classe dominante, é o “senso comum ideológico”. Para Fairclough (1989, p. 88-89), as práticas linguísticas e ordens de discurso existentes devem ser concebidas como o reflexo de lutas ideológicas passadas, com suas vitórias e derrotas, e ao mesmo tempo como marcos sobre os quais se desenvolvem as lutas ideológicas presentes. Porém, o objetivo último de um discurso dominante é aquilo a que Fairclough (1989, p. 91), a partir de Bourdieu, chama efeito de **naturalização**: as convenções sociais e pressuposições de uma determinada ideologia deixam de ser vistas como arbitrárias e, incorporando-se ao senso comum, passam a ser concebidas como naturais e legítimas. A naturalização é um efeito

³⁴ No original: “[power at all these levels is] won, exercised, sustained, and lost in the course of social struggle”.

ideológico poderoso, pelo qual a ideologia se dissimula e se torna ainda mais eficaz (FAIRCLOUGH, 1989, p. 107).

1.2.3 Kennedy e a fenomenologia de esquerda: o trabalho jurídico e o poder de criar e desfazer a indeterminação

As contribuições da teoria social crítica e do neomarxismo, ao lado da influência da filosofia da linguagem do século XX, possibilitaram à CLS vincular o caráter indeterminado do direito à função mistificadora dos sistemas jurídicos. Pode-se dizer que, enquanto o fenômeno mais amplo da “guinada interpretativa” deu aos estudos jurídicos críticos a consciência do caráter interpretativo do direito – e, portanto, do direito enquanto discurso –, a teoria crítica da linguagem lhes possibilitou conceber a linguagem (e, particularmente, a linguagem ou o discurso jurídico) como uma forma de manter e reforçar estruturas sociais de dominação.

Para Kennedy (2008, p. 155), além de usarem a palavra “determinação” de modo confuso, tanto Hart como Kelsen erram ao considerar que a adjetivação dos casos (fáceis/difíceis) ou dos significados na moldura (possíveis/impossíveis) seria uma operação automática e independente de esforço. O problema de ambos os positivistas está no fato de suas teorias da interpretação pressuporem que todo caso **ou** está na área de determinação **ou** na zona de penumbra **ou** na moldura de possibilidades; nenhum deles se ocupa da questão de como esse enquadramento é feito pelo intérprete no momento da aplicação. O autor propõe-se então a problematizar esse ato inicial do jurista, de classificar um caso no binário fácil-difícil e, a partir daí, valer-se de ferramentas diferentes para chegar à decisão.

O elemento central dessa fenomenologia capaz de dar conta do problema da indeterminação é o conceito de **labor** ou **trabalho jurídico** (*legal work*), que consiste na “transformação de uma apreensão inicial (Husserl) do que é exigido pelos materiais jurídicos que constituem o sistema, por um ator que persegue um alvo ou uma visão do que eles deveriam exigir” (KENNEDY, 2008, p. 158).³⁵ Trata-se de um trabalho estratégico, pelo qual o jurista, após uma apreensão inicial de qual seria a solução jurídica exigida pelo sistema de normas (o “valor de face” da interpretação jurídica, pode-se dizer), esforça-se por transformar essa

³⁵ No original: “[the] transformation of an initial apprehension (Husserl) of what the legal materials making up the system require, by an actor who is pursuing a goal or a vision of what they should require”.

apreensão inicial, de modo que ela corresponda às suas preferências subjetivas, à sua ideologia ou visão de como o direito deveria responder àquele caso em particular.

A atividade interpretativa, segundo Kennedy (2008, p. 158), começa com uma apreensão inicial dos fatos e das normas e com uma aplicação “autoinconsciente” (*unself-conscious*) do direito ao caso concreto: o intérprete adquire uma imagem global da situação, na qual uma certa norma incide independentemente da vontade do aplicador, restando às partes discutir se estão presentes estas ou aquelas circunstâncias de fato que ensejam uma ou outra consequência jurídica. Todavia, o jurista praticante nem sempre se conforma a essa apreensão inicial do caso; com frequência, ele labora para transformá-la de modo que o resultado da decisão esteja de acordo com seus interesses ou preferências ideológicas. Assim, em vez de assumir a determinação ou indeterminação como um dado *a priori*, o labor jurídico consiste precisamente num comportamento interpretativo estratégico com vistas a **criar ou desfazer a indeterminação**. Às vezes, o jurista simplesmente trabalha para que se atribua à norma uma interpretação determinada distinta da interpretação inicialmente apreendida, como quando se argumenta que há uma exceção à norma aparentemente aplicável, ou quando se defende que o significado da norma é diferente do cogitado a princípio. Outras vezes, porém, o jurista labora para transpor a interpretação do núcleo para a penumbra, argumentando que, embora pareça tratar-se dum caso fácil, a situação concreta apresenta peculiaridades que conferem ao juiz uma variedade de soluções possíveis. Há, ainda, momentos em que o jurista faz o exato oposto e argumenta que um caso aparentemente difícil tem, na verdade, uma única solução correta, não havendo alternativas na franja do direito nem espaço para a atuação discricionária do juiz; o caso é movido da penumbra para o núcleo (KENNEDY, 2008, p. 159).

Em todas essas formas, o labor jurídico pressupõe um meio a que Kennedy (2008, p. 159-160) denomina “material jurídico”. É irrelevante, para o autor, quais desses materiais são oficialmente considerados “fontes” do direito; o que importa é verificar quais deles são de fato utilizados no trabalho de justificação, de defesa desta ou daquela interpretação – seja o dicionário, o dicionário jurídico, a doutrina, os textos legislados, os princípios gerais, os debates legislativos ou os precedentes. O jurista praticante se vale desses materiais para convencer que a apreensão inicial estava errada e deve dar lugar a outra decisão interpretativa, mas, ao mesmo tempo, esses materiais constrangem e limitam o labor jurídico. Assim, segundo o autor, a posição da CLS acerca da indeterminação do direito consiste, sim, em rejeitar tanto a determinação global (sempre há uma única resposta correta, embora possa ser difícil alcançá-la) como a indeterminação global (o direito é sempre indeterminado); mas, sobretudo, rejeita-

se “a ideia de que a determinação ou a indeterminação sejam ‘qualidades’ ou ‘atributos’ inerentes à norma, independentemente do labor do intérprete” (KENNEDY, 2008, p. 160).³⁶

E, como não há nenhuma garantia prévia de que a audiência será de fato convencida do argumento, o jurista raciocina estrategicamente, indagando se o esforço necessário para transformar a apreensão interpretativa inicial vale a pena, diante da maior ou menor expectativa de êxito. O empenho na realização do trabalho jurídico tem a ver com os interesses do jurista no resultado; esses interesses podem ser materiais (o benefício no êxito da demanda, para as partes) ou ideais (a “justiça”), na distinção de Weber (KENNEDY, 2008, p. 161). O sucesso no labor jurídico é uma função do tempo, da estratégia, da habilidade e dos atributos “objetivos” da regra que se pretende transformar (KENNEDY, 2008, p. 160); é, portanto, sempre um resultado contingente e historicamente situado. Para Kennedy (2008, p. 161), esse trabalho estratégico do jurista não é ilegítimo, nem sequer quando realizado pelo juiz. Ao contrário, constitui seu mister laborar na interpretação dos materiais à sua disposição (no que geralmente se concorda) e, nesse sentido, praticar um tipo de “ativismo” judicial. A atitude de neutralidade, que se pretende não ideológica, é eticamente implausível; mais do que isso, o juiz age ilegitimamente quando se recusa a trabalhar para que o direito posto corresponda à sua ideia pessoal de justiça (KENNEDY, 2008, p. 162-163). O “direito válido” é, sob essa ótica, o resultado do trabalho jurídico realizado por uma variedade de juristas comprometidos com projetos ideológicos distintos:

nessa perspectiva, o conjunto do direito válido, isto é, o direito que é considerado pelos trabalhadores jurídicos em seu encontro inicial como os materiais como núcleos ou molduras, é melhor entendido, primeiro, como um produto do trabalho histórico de advogados, juristas e juízes que têm perseguido (em parte do tempo; consciente ou inconscientemente) projetos ideológicos conflitantes ([...]), e, segundo, como estando sempre, porém imprevisivelmente, sujeito a desestabilização por futuras estratégias de trabalho ideologicamente orientadas (KENNEDY, 2008, p. 165).³⁷

Como se nota, essa “fenomenologia de esquerda” não rejeita de per si que os materiais jurídicos exerçam influência sobre o resultado, mas afirma que essa influência é mediada pela atividade interpretativa, que não é cognitiva, e sim estratégica. Ainda, a sua afirmação do caráter historicamente condicionado da interpretação prescinde da aceitação duma tese de

³⁶ No original: “[CLS] rejects the idea that determinacy and indeterminacy are ‘qualities’ or ‘attributes’ inherent in the norm, independently of the work of the interpreter”.

³⁷ No original: “in this view, the body of valid law, that is law that is regarded by legal workers in their initial encounters with the materials as core or frames, is well understood, first, as an historical work product of lawyers, jurists and judges who have pursued (some of the time; consciously or unconsciously) conflicting ideological projects ([...]), and, second, as always but unpredictable subject to destabilization by future ideologically oriented work strategies”.

indeterminação global; em vez disso, essa vertente de estudos críticos sustenta que as regras jurídicas, sendo concessões (*compromises*) e não um sistema coerente, estão sujeitas a desestabilização pelo labor jurídico do intérprete, trabalho este que é orientado pelos seus “vieses” e sua ideologia (KENNEDY, 2008, p. 166-168). Apenas se pode falar numa “resposta certa” na interpretação e aplicação do direito no sentido de que o jurista, tendo trabalhado com o tempo e os recursos à sua disposição, não logrou encontrar uma alternativa à apreensão inicial da solução jurídica para o caso. “Em outras palavras”, afirma Kennedy (2008, p. 170), “a ‘resposta certa’ é aquela produzida por um argumento dotado do ‘efeito de necessidade’”.³⁸

1.3 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE

A CLS, ao acrescentar à tese da indeterminação a ideia de mistificação, contribui para uma compreensão de como os juristas exercem poder no discurso e por trás dele. O conceito de trabalho jurídico também se mostra útil para uma análise de como esse exercício de poder não é mera dominação do grupo social mais forte, pois o direito se torna palco de uma disputa de ideologias, sendo imprevisível, a princípio, se o resultado dessa disputa será a manutenção do poder entre aqueles que já o têm ou a conquista de poder por aqueles que o aspiram. Não obstante, e apesar da recorrente menção de que se busca uma perspectiva não reducionista, em alguma medida a CLS e outros os adeptos da tese da mistificação falham em apreciar o que há de próprio ao discurso jurídico. Levadas às últimas consequências, as teses da CLS tornam suas análises muito semelhantes às das teorias críticas especializadas noutros campos da vida social; visto como mero labor estratégico com fins ideológicos, o discurso jurídico não parece distingível do político.

Defende-se aqui que a CLS, a despeito da menção mais ou menos frequente a esses autores, falha em absorver a contribuição verdadeiramente peculiar de Max Weber e de Pierre Bourdieu a uma compreensão sociológica da racionalidade, especialmente no seu potencial de análise da razão jurídica moderna. O que se propõe, então, é um resgate de ambos os autores e uma preterição da “tese mistificadora” da CLS em favor da “tese retórica” desenvolvida por Bourdieu a partir de Weber. Espera-se, com isso, identificar os aspectos contingentes (temporal e espacialmente) pelos quais o ônus do jurista para com a neutralidade, a impessoalidade e a

³⁸ No original: “In other words [...] the ‘right answer’ is the one that is produced by an argument having the ‘effect of necessity’”.

universalidade se apresenta de maneira mais radical e pungente com a emergência da modernidade ocidental.

1.3.1 Weber e a construção da retórica da objetividade na legitimação legal-racional

Segundo Weber (2016, p. 543-544), o exercício do poder ou da “dominação” se legitima nas sociedades mediante três “tipos puros” ou “ideais”:³⁹ o carismático, o tradicional e o legal. A dominação carismática é aquela em que a obediência ocorre “em virtude da devoção afetiva à pessoa do senhor e a seus dotes sobrenaturais (carisma) e, particularmente, a faculdades mágicas, revelações ou heroísmo, poder intelectual ou de oratória” (WEBER, 2016, p. 550-551); ao passo que, na tradicional, a submissão se dá a partir da “crença na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais de há muito tempo existentes” (WEBER, 2016, p. 546).

Já na dominação legal, a legitimidade de quem exerce o poder não reside na própria pessoa, mas numa regraposta, “que estabelece ao mesmo tempo quem e em que medida se deve obedecer” (WEBER, 2016, p. 544). É da natureza da dominação legal que a obediência não se dá em relação à pessoa que exerce a autoridade, mas se estabelece em torno de propósitos impessoais ou “funcionais”. Ademais, aquele que domina se apresenta também como dominado; quem exige obediência também professa obedecer aos ditames da ordem normativa que alegadamente constituiu; o ocupante do mais alto cargo do governo civil se afirma o “primeiro servo” do estado (WEBER, 1946, p. 198-199). Portanto, o próprio discurso que legitima o poder “legal” ou burocrático⁴⁰ pressupõe que o seu exercício pode se dar de maneira impessoal, neutra, objetiva e racional. Segundo Weber (2016, p. 545),

o seu ideal é o seguinte: proceder *sine ira et studio* [sem ódio nem preconceito], ou seja, sem a menor influência possível de motivos pessoais e sem a influência de sentimentos de qualquer espécie que sejam, portanto, livres de arbítrio e capricho, e, particularmente, “sem consideração à pessoa”; portanto, de maneira estritamente formal segundo regras racionais ou, no caso em que elas falham, segundo pontos de vista de conveniência “objetiva”.

Essa objetividade significa que o ofício burocrático é desempenhado “sem consideração à pessoa”, mas, também, que a burocacia se pode exercer mediante “regras calculáveis”. Para

³⁹ Segundo Adeodato (2012, p. 153), a metodologia weberiana dos tipos ideais consiste em empregar, na descrição de fenômenos sociais, formas generalizadas e que não existem na realidade, “mas parecem inevitáveis ao funcionamento do pensar humano”.

⁴⁰ Para Weber (2016), a dominação burocrática não é a única forma de dominação legal; porém, sendo o seu “tipo mais puro” (p. 544), e não havendo relevância em minudenciar as diversas formas de legitimidade legal neste trabalho, os adjetivos “legal” e “burocrático” serão tratados como sinônimos.

o autor, a possibilidade de calcular (prever) resultados é uma peculiaridade da cultura moderna, especificamente de sua base econômica e tecnicista; e a crescente “desumanização” da organização burocrática tem como alegada virtude eliminar da atividade oficial “o amor, o ódio e todos os elementos puramente pessoais, irracionais e emocionais que escapam à mensuração”⁴¹ (WEBER, 1946, p. 216).

Daí porque, embora reconhecendo haver outros exemplos de dominação legal, Weber (2016, p. 545, 546), afirma que “as associações políticas modernas constituem os representantes mais conspícuos do tipo” e que “toda a história do desenvolvimento do Estado moderno, particularmente, identifica-se com a da moderna burocracia e da empresa burocrática”. Alhures, o autor afirma que a burocracia “está plenamente desenvolvida nas comunidades políticas e eclesiásticas apenas no estado moderno”⁴² (WEBER, 1946, p. 196). Esse paralelo entre modernidade e legitimação legal se explica pela crescente complexidade e especialização da cultura moderna, que torna necessária a figura do *expert* neutro e subjetivamente distanciado.

Ao aplicar sua sociologia da dominação à sociologia do direito⁴³ (e que, de certo modo, contém elementos de uma sociologia da decisão jurídica), Weber (1946, p. 216) oferece três tipos ideais. Primeiro, há a “justiça *kadi*”,⁴⁴ na qual a decisão é tomada a partir da tradição ou, na ausência de uma resposta tradicional clara, por meio de revelação (oráculos ou ordálias) ou de um “julgamento informal” a partir de valorações éticas e de ordem prática. Segundo, há a “justiça empírica”, pela qual a decisão é tomada pela construção de analogias com casos concretos anteriores (precedentes). Em nenhum dos dois tipos, para o autor, a decisão é tomada a partir de fundamentos que pudesse ser considerados racionais. O terceiro tipo ideal de decisão é a interpretação jurídica racional, obtida pela subsunção a conceitos estritamente formais. Esse modelo decisório emergiu nas culturas modernas, sobretudo, pela necessidade de

⁴¹ No original: “*love, hatred, and all purely personal, irrational, and emotional elements which escape calculation*”.

⁴² No original: “[Bureaucracy] is fully developed in political and ecclesiastical communities only in the modern state”.

⁴³ A discussão sobre a sociologia weberiana do direito neste item concentra-se, unicamente, no lugar da racionalidade como distintivo do direito moderno. Para uma abordagem mais ampla da perspectiva de Weber sobre o direito, cf. Trubek (2007).

⁴⁴ SHAPIRO (2013, p. 194) alerta para o fato de que a referência weberiana ao *kadi* não deve ser vista como resultado de uma pesquisa empírica sobre como os magistrados islâmicos realmente decidem, mas como uma imagem vívida destinada a contrastar a tomada de decisão no modelo racional-legal com aquela produzida sob inspiração religiosa: “como muitos dos construtos de Weber, ‘justiça *kadi*’ era para ele um ‘tipo ideal’, cujo valor repousa em sua utilidade analítica e não em sua correspondência ao comportamento real de qualquer conjunto particular de pessoas em qualquer sociedade em particular” (no original: “*like so many of Weber’s constructs, ‘kadi justice’ was for him na ‘ideal type’, whose value lay in its analytical usefulness rather than its correspondence to the actual behavior of any particular set of people in any particular society*”).

atribuir a um corpo de *experts*, treinados na “razão” (formados em universidades e doutos no direito romano), a função judicante. Segundo Weber (1946, p. 218),

esse treinamento era necessário porque a crescente complexidade dos casos jurídicos concretos e a economia crescentemente racionalizada exigiam um procedimento racional de produção de provas, em vez da determinação da veracidade dos fatos por meio da revelação concreta ou da afirmação sacerdotal, que eram, obviamente, os meios de prova mais comuns e primitivos.⁴⁵

Embora fatores econômicos próprios ao surgimento do capitalismo tenham sua influência sobre a formação desse modelo racional de decisão jurídica, para Weber, o aspecto econômico é insuficiente para explicar, por exemplo, as notórias diferenças entre a “justiça empírica” prevalecente na Inglaterra e a racionalidade do modelo de decisão germânico em seu tempo. Essas diferenças se explicam melhor, segundo o autor, pelo desenvolvimento distinto das estruturas de dominação em cada uma dessas culturas. O que caracteriza esse tipo de decisão jurídica racional, que emerge do desenvolvimento de um corpo técnico de experts (burocracia), é a formação de um sistema de “razões passíveis de debate racional” (*rationally debatable reasons*) por trás de todo ato burocrático, seja o ato administrativo (no qual prevalece o raciocínio pela ponderação de meios e fins), seja a judicatura (em que se raciocina por subsunção de fatos a normas) (WEBER, 1946, p. 220).

Para Weber, o direito moderno (europeu) se configurava numa atividade altamente diferenciada, separada de outros aspectos da vida social e com pretensão à **autonomia, generalidade e universalidade**. Esses três caracteres correspondem à conjugação de dois elementos, a formalidade e a racionalidade. A primeira confere ao direito à sua autonomia e se refere à capacidade do sistema jurídico de empregar critérios de decisão que lhe são intrínsecos. Já a racionalidade identifica a medida com que um determinado sistema jurídico está apto a formular, promulgar e aplicar regras universais, o que lhe confere os atributos de generalidade e universalidade. Como apenas no direito moderno se verifica a racionalidade lógico-formal, somente nele as “decisões concretas eram baseadas na aplicação de regras universais e a tomada de decisão não estava sujeita à constante intervenção política” (TRUBEK, 2007, p. 155-159). Ainda segundo o autor,

o pensamento jurídico é racional, pois remete a alguma justificativa que transcende o caso concreto e se baseia em regras existentes e claramente definidas; é formal, pois os critérios de decisão são intrínsecos ao sistema de direito; e lógico, pois as regras e

⁴⁵ No original: “*this training was necessary because the increasing complexity of practical legal cases and the increasingly rationalized economy demanded a rational procedure of evidence rather than the ascertainment of true facts by concrete revelation or sacerdotal guarantee, which, of course, are the ubiquitous and primeval means of proof*”.

os princípios são deliberadamente construídos por formas especializadas de pensamento jurídico, baseados em uma classificação altamente lógica; também porque as decisões de casos específicos são tomadas por meio de processos lógico-dedutivos especializados que partem de princípios ou regras previamente estabelecidos (TRUBEK, 2007, p. 160).

Weber se mostra ciente de que essa objetividade do direito racional, embora esteja intimamente associado à legitimação legal, não é uma propriedade intrínseca da legitimidade burocrática; tampouco a enxerga como uma virtude que a torne superior às demais espécies de dominação. Numa observação parentética, mas de grande significância para a compreensão de sua doutrina da dominação legítima, Weber (2016, p. 553) afirma que a confiança na legitimidade formal é uma **crença** tão “inveterada” quanto a fidelidade à tradição ou a devoção ao líder carismático. Porém, essa ideia não é tomada à maneira de Marx, como que para justificar a mistificação do poder nas ideologias; ao contrário, segundo Trubek (2007, p. 154), Weber rejeita o determinismo econômico marxista e sustenta que, ao lado de fatores econômicos, são as “necessidades internas da profissão jurídica” e “as necessidades de organização política” que justificam a formação do direito moderno em sua acepção europeia. E, o que é mais importante, essa confiança na legitimidade formal do direito torna-se o princípio de sua diferenciação:

quando o “direito”, de maneira genérica, torna-se direito racional, ele também se torna seu próprio princípio de legitimação e a base de toda dominação legítima. Esta é a natureza característica do direito “moderno” e, portanto, do “estado moderno” (TRUBEK, 2007, p. 162).

1.3.2 Bourdieu e a piedosa hipocrisia dos juristas: a retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade

Mas é na sociologia do campo jurídico de Bourdieu, e não na teoria weberiana, que a racionalidade do direito é mais claramente descrita como uma retórica atrelada ao exercício dum poder simbólico. Novamente, como em Weber, aqui não se refere a “poder” na conotação economicista de Marx, mas sim no sentido das relações de força específicas que conferem ao direito a sua estrutura enquanto sistema simbólico (CAPELLER, 2015, p. 17-18).

Bourdieu (2009, p. 209) critica a dicotomia, presente nos debates de seu tempo, entre concepções formalistas e instrumentalistas do direito. Duma perspectiva formalista, o saber jurídico é descrito como um “sistema fechado e autônomo” em relação ao mundo social; seus defensores creem ser possível “construir um corpo de doutrinas e de regras completamente

independentes dos constrangimentos e das pressões sociais”, tendo no próprio direito o seu fundamento.

Por outro lado, o autor não se satisfaz com a concepção oposta, a que chama instrumentalista, pela qual o direito é visto como mera imagem das relações de poder havidas no mundo social, seja em termos de um determinismo econômico, seja na forma teórica mais sofisticada que o descreve como “instrumento de dominação”. Essas concepções de influência marxista se contentam em descrever as funções das ideologias, mas são incapazes de compreender (na verdade, ignoram totalmente) a estrutura dos sistemas simbólicos e, especificamente, do discurso jurídico. Até mesmo algumas teorias ditas historicistas, embora reconheçam que o direito está enraizado “no lugar profundo das forças históricas”, falham em perceber quais as especificidades e contingências históricas que possibilitam a produção e o exercício do discurso jurídico num dado universo social (BOURDIEU, 2009, p. 210-211).

Para Bourdieu (2009, p. 211), o elemento decisivo para se compreender o fenômeno jurídico consiste em perceber as práticas e o discurso jurídicos como um campo, um

universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.

A “lógica específica” do campo jurídico se determina de duas formas. A uma, pelas **relações de força** específicas que dão estrutura e orientam os “conflitos de competência” (ou “lutas de concorrência”) no seu seio. A duas, pela **lógica interna** das obras jurídicas, que em cada situação histórica circunscreve o “universo das soluções propriamente jurídicas” ou o “espaço dos possíveis” (BOURDIEU, 2009, p. 211).

Ao conceber o direito como campo, Bourdieu (2009, p. 212) rejeita tanto a ilusão formalista de uma autonomia absoluta do saber jurídico quanto a de sua completa submissão às relações econômicas ou de dominação. A relativa independência do direito em face das pressões externas se explica pela constituição de um lugar de concorrência entre atores reconhecidos como capazes de interpretar um *corpus* de textos que estabelecem a visão legítima e justa da vida social. Em tais conflitos de competência, esses atores (os profissionais ou “juristas praticantes”, na linguagem adotada aqui) vão-se distinguindo dos demais (os profanos) por um trabalho de **racionalização**, pelo qual fazem parecer que o direito opera de fato como um sistema autônomo e fechado, totalmente independente das relações de força que compõem o tecido social.

A racionalização, portanto, consiste em dissimular o que há de arbitrário no direito e apresentar como um puro “saber” aquilo que, ao menos em parte, consiste dum “querer”. Segundo Bourdieu (2003, p. 4), o jurista apresenta como se houvesse fundamentado *a priori*, por dedução, uma decisão (em sentido amplo) que na verdade foi tomada *a posteriori*, empiricamente e sempre à luz dum caso específico, historicamente situado no tempo e no espaço. Pelo modo como se organiza o campo jurídico, o seu sistema de normas e práticas se apresenta como alicerçado, ao mesmo tempo, na “lógica positiva da ciência” e na “lógica normativa da moral” e, com isso, o direito pretende “impôr-se universalmente ao reconhecimento por uma necessidade simultaneamente lógica e ética” (BOURDIEU, 2009, p. 213).

Esse **efeito de apriorização**, que caracteriza a racionalidade do direito, é alcançado por meio de construções linguísticas comuns à comunicação dos juristas, como a combinação da linguagem comum com “elementos estranhos ao seu sistema”. Esse uso peculiar da linguagem produz dois outros efeitos: o de **neutralização**, obtido por uma sintaxe que privilegia a voz passiva e frases impersonais; e o de **universalização**, ao qual se chega pelo uso do indicativo, mesmo para enunciar normas, e pelo recurso a “verbos atestivos” na terceira pessoa do singular, além do uso de pronomes indefinidos e do “presente intemporal” e do “futuro jurídico”. Com a neutralização, o enunciador transmuda-se em sujeito universal, “imparcial e objetivo”, e, com a universalização, o direito se apresenta em sua pretensa generalidade e “onitemporalidade” (BOURDIEU, 2009, p. 215-216).

Bourdieu recusa tachar essa **retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade** de um mero simulacro ideológico. Ao contrário, para o autor se trata da própria expressão do campo jurídico enquanto espaço relativamente autônomo da vida social e, também, do “trabalho de racionalização” no sentido weberiano e freudiano. Essa “postura universalizante” seria o próprio direito de entrada no campo jurídico e, também, o elemento de convergência entre os juristas praticantes, já que toda a variedade de profissões jurídicas, apesar das muitas diferenças, tem em comum uma forma específica de raciocínio (“juízo”), “que se baseia na dedução consequente a partir de um corpo de regras sustentado pela sua coerência interna” (BOURDIEU, 2009, p. 216). Os diversos prestadores de serviços jurídicos (juízes, promotores, advogados etc.), embora concorrentes e adversários sob diversos aspectos, são cooperadores numa sutil divisão do trabalho e comungam dum mesmo *habitus*, uma postura de *lector*, “de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la” (BOURDIEU, 2009, p. 219).

Todavia, dizer que há tal dissimulação não é afirmar que o jurista esteja sempre cônscio dessa “piedosa hipocrisia”, tampouco que aja ele sempre com dolo ou má-fé. Em Bourdieu (2009, p. 212), o efeito primeiro da racionalização é uma espécie de autoengano, que faz “com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra”. A fé do jurista na racionalidade e na coerência do direito são, assim, fundamentais à sua própria existência enquanto campo:

A violência simbólica, neste caso, consiste em fazer parecer fundamentadas numa autoridade transcendente, situada além dos interesses, das preocupações etc. de quem as formula, proposições, normas que dependem em parte da posição ocupada em um campo jurídico por quem as enuncia. A análise da violência simbólica permite dar conta do efeito próprio do direito: o efeito de autolegitimação por universalização, ou melhor, por des-historicização.

Não obstante, para conseguir esse efeito de legitimação há que se pagar um preço, e os juristas são de algum modo as primeiras vítimas de sua própria criação jurídica. Este é o sentido da *illusio*: só fazem crer porque eles mesmos creem. Se contribuem à influência do direito, é porque eles mesmos caíram na armadilha, em particular ao final de todo o trabalho de aquisição da crença específica no valor da cultura jurídica, trabalho que é extraordinariamente importante para se compreender o efeito que o direito exerce não apenas sobre os jurisdicionados, mas também sobre os que exercem este efeito (BOURDIEU, 2003, p. 4).⁴⁶

Como se vê, a sociologia bourdieusiana pretende superar a dicotomia entre formalismo e historicismo, por meio da ideia do direito enquanto campo social no qual se exerce um tipo especialmente forte de violência simbólica. Diferentemente dos formalistas que critica, Bourdieu reconhece que o direito se funda unicamente na história; porém, ao contrário dos historicistas (sobretudo marxistas), esforça-se por não reduzir a história à luta de classes, nem a racionalidade à ideologia. Essa perspectiva (tentativamente) não reducionista da relação entre direito e linguagem – ou, mais amplamente, como se vem buscando discorrer, entre direito e razão – passa pelo reconhecimento de que o direito se constitui, enquanto campo, de uma racionalidade e, portanto, de um conhecimento pretensamente universalizável. Porém, não se

⁴⁶ No original: “La violencia simbólica, en este caso, consiste en hacer aparecer como fundamentadas en una autoridad transcendente, situada más allá de los intereses, de las preocupaciones, etc., de quien las formula, unas proposiciones, unas normas, que dependen en parte de la posición ocupada en un campo jurídico por quienes las enuncian. El análisis de la violencia simbólica permite dar cuenta del efecto propio del derecho: el efecto de autolegitimación por universalización o, mejor, por des-historicización.

Sin embargo, para conseguir este efecto de legitimación hay que pagar un precio, y los juristas son de algún modo las primeras víctimas de su propia creación jurídica. Tal es el sentido de la illusio: sólo hacen creer porque ellos mismos creen. Si contribuyen a la influencia del derecho es porque ellos mismos han caído en la trampa, en particular al final de todo trabajo de adquisición de la creencia específica en el valor de la cultura jurídica, trabajo que es extraordinariamente importante para comprender el efecto que va a ejercer el derecho no solamente sobre los justiciables sino también sobre quienes ejercen este efecto”.

trata da racionalidade da ciência, mas dum tipo diferente de conhecimento, mais próximo daquele necessário para se jogar um jogo.

É preciso, primeiro, pagar o “direito de entrada” e conhecer as regras do jogo. Isso se refere não apenas à cultura jurídica peculiar ao profissional do direito – que inclui, além do conhecimento da dogmática e dos conceitos da teoria do direito, certos maneirismos, trejeitos e até um modo de vestir que constituem o *habitus* do jurista –, mas também às próprias limitações do campo à entrada de novos *players*. Bourdieu (2003, p. 3) fala em “competência específica”, e talvez haja uma ambiguidade proposital no uso da palavra “competência”, pois com ela se designam não apenas as habilidades e o conhecimento prático do jurista (“competência” no sentido corriqueiro ou vulgar), mas também o próprio direito de ser contado entre os juristas, seja pela aprovação num concurso para a ocupação de cargos públicos (juiz, promotor, defensor etc.), seja pela inscrição no órgão de classe dos advogados (“competência”, aqui, no sentido técnico de legitimidade para atuar, como se utiliza no direito processual para falar da competência do juiz como “medida da jurisdição”).

O segundo aspecto que aproxima o conhecimento jurídico dos jogos é a necessidade de se ter “interesse pelo jogo”. É essa disposição para jogar a que Bourdieu (2003, p. 3) denomina *illusio* e que, como já se mencionou, constitui elemento essencial à própria existência do campo jurídico: “o que um campo exige, fundamentalmente, é que se creia no jogo e que se lhe considere digno de ser jogado, que vale a pena jogá-lo”.⁴⁷

Essa crença no jogo do direito se dá, primordialmente, no que tange à sua autonomia relativa em face do universo econômico. Por se constituir num campo social, o direito se produz e se exerce de modo relativamente “desinteressado” das forças econômicas no seio da vida social, ou, mais precisamente, “os efeitos das coerções econômicas e sociais apenas se exercem de um modo mediatizado” (BOURDIEU, 2003, p. 4). As lutas, no direito, sempre se hão de lutar “segundo as regras”: os conflitos econômicos (ou de qualquer outra espécie) devem-se converter em conflitos jurídicos, e as próprias transformações do direito (“progressos”, como talvez se prefira) são alcançadas por mecanismos que transgredem as regras do jogo, ao mesmo tempo em que as obedecem.

É a essa paradoxal confluência entre transgredir e obedecer que o sociólogo chama (tomando a expressão de Bancaud) “piedosa hipocrisia”. “A piedosa hipocrisia jurídica”, diz Bourdieu (2003, p. 4), “é uma homenagem que os interesses específicos dos juristas tributam à

⁴⁷ No original: “*lo que un campo exige, fundamentalmente, es que se crea en el juego y que se le conceda al juego que merece ser jugado, que vale la pena*”.

virtude jurídica; e, de certo modo, quando se está no jogo jurídico, não se pode transgredir o direito sem reforça-lo”.⁴⁸ E é nesse paradoxo que se encontra a força do direito, pois, embora a pureza e a autonomia absoluta do direito sejam ficções, o fato de que os juristas nelas creiam e façam crer produzem na vida social efeitos deveras reais. A força social dos juristas reside no fato de que, enquanto “guardiães da hipocrisia coletiva”, eles manipulam essa “força social extraordinária” que é a crença nos universais; contudo, ao se apoderarem dessa força “nada desprezível”, os juristas se veem no espaço de possibilidades e impossibilidades que se impõe a eles próprios (BOURDIEU, 2003, p. 5).

1.4 POR UMA PERSPECTIVA TEMPERADA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO, LINGUAGEM E PODER

Este trabalho apostava na fecundidade de se proceder a uma investigação das decisões judiciais a partir do postulado de que se constituem elas numa forma de exercício de poder, o qual, porém, se encobre na retórica da objetividade. Todavia, essa apostava prescinde da aceitação dogmática das premissas teóricas exploradas neste capítulo: antes, toma-as como conjecturas iniciais e provisórias, hipóteses de trabalho que podem, ou não, se confirmar à medida que a reflexão teórica e os dados da experiência as desafiem e confrontem.

Desde o plano teórico, há uma variedade de criticismos a que se sujeitam as concepções aqui expostas no tocante à relação entre direito, linguagem e poder e seus reflexos sobre as teorias da interpretação. Embora essa crítica teórica esteja para além do objeto deste trabalho, é prudente registrar em alguma medida os questionamentos que são dirigidos à concepção aqui exposta.

Primeiro, há a acusação de **reducionismo** à concepção filosófica que simplesmente iguala direito a linguagem e esta, ao poder. O reducionismo não é simplesmente uma deficiência metodológica, mas é uma espécie de “idolatria teórica” que se produz pela **absolutização** de um dos aspectos mutuamente irredutíveis (e portanto relativos entre si) da experiência humana, pela tentação de “deificar” um desses aspectos e atribuir-lhe o caráter de origem absoluta do significado dos demais (DOOYEWEERD, 1969a, p. 16, 101-102; 1969b, p. 3-6; 2010, p. 54-

⁴⁸ No original: “la piadosa hipocresía jurídica es un homenaje que los intereses específicos de los juristas tributan a la virtud jurídica; y en cierto modo, cuando se está en el juego jurídico, no se puede transgredir el derecho sin reforzarlo”.

55). Assim, aqui se procura manter uma postura não-reducionista na concepção das relações modais entre direito, linguagem e história/poder.

Segundo, a tensão entre racionalismos e intencionalismos é, segundo Kauffmann (2002), um problema não resolvido na filosofia da linguagem, preferindo o autor falar no estabelecimento duma “bidimensionalidade”. Por sua vez, Vanhoozer, em diálogo com as contribuições filosóficas contemporâneas, aponta para o **caráter profundamente teológico da interpretação** e invoca a máxima agostiniana (*crede, ut intelligas*) represtinada por Ricœur: “você deve entender a fim de acreditar, mas tem de acreditar para entender” (RICŒUR *apud* VANHOOZER, 2005, p. 40). Assim, muito embora este trabalho seja sensível às contribuições voluntaristas e tenha afinidade com uma concepção não cognitivista da interpretação, não se reputa necessário abraçar formas mais extremas dessas teorias, como o solipsismo ou o flagrante irracionalismo.

Terceiro, nem mesmo os autores ligados à CLS estão de acordo quanto a abraçar uma concepção global da indeterminação da linguagem e do direito; podem-se reconhecer as inúmeras dificuldades que cercam a interpretação (especialmente a jurídica) sem afirmar, aprioristicamente, a impossibilidade de respostas certas para toda e qualquer questão. Assim, não se toma por dogma a equivalência entre “saber” e “vontade de saber” nem se faz necessário acatar, sem questionamentos, a tese de que a linguagem se reduz a um meio de exercer dominação ideológica; em vez disso, pode-se aderir, de modo provisional, à afirmação de que o discurso jurídico, como fenômeno discursivo distinto no qual e pelo qual se exerce o poder civil, pressupõe o aspecto histórico e a existência de relações hierarquicamente desiguais. Essa abordagem para estar em consonância com à crítica weberiana ao marxismo e a rejeição bourdieusiana aos externalismos extremados.

Por fim, podem-se mencionar ainda as críticas de Solum (1987) ao “dogma da indeterminação” e a rejeição de Monti (2016) à abordagem de Kennedy com respeito ao “trabalho jurídico”. Ambas as críticas, além de desafiarem os pressupostos filosóficos e ideológicos da CLS, procuram demonstrar pragmaticamente que tal abordagem “crítica” finda por impossibilitar um verdadeiro criticismo, na medida em que a redução do direito ao poder “misticado” torna irracional qualquer questionamento sobre os resultados e as justificações adotados em quaisquer casos específicos – tudo se resume ao trabalho estratégico do jurista para vencer a resistência do resultado inicialmente conjecturado, e não há parâmetros para diferenciar esse “trabalho jurídico” duma “perversão do direito”, fenômeno pelo qual “os

poderosos [...] procuram utilizar o direito para conferir aparência jurídica a espaços de puro arbítrio" (RODRIGUEZ, 2016, p. 103).

2 APORTE METODOLÓGICO: PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO PARA UMA COMPREENSÃO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO NOS CASOS DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

No primeiro capítulo, apresentaram-se os elementos teóricos mais gerais que enformam a pesquisa. Ali se antecipou que, para além da querela entre cognitivismo e ceticismo, propõe-se um exame das práticas argumentativas concretamente adotadas pelos profissionais do direito com o objetivo de identificar e compreender as estratégias, técnicas e ferramentas que lhes possibilitam desincumbirem-se do seu ônus para com a retórica da objetividade. Trata-se, portanto, de uma proposta de pesquisa eminentemente descritiva e empírica, em vez de prescritiva e normativa.

Embora os estudos empíricos tenham, historicamente, ocupado um lugar marginal na pesquisa jurídica, há uma ressurgência no interesse pela perspectiva observacional, tanto na forma de pesquisas quantitativas como qualitativas, a qual vem sendo noticiada inclusive na imprensa jurídica especializada. Em recente crítica ao caráter “amador” da pesquisa tradicional em direito, Hartmann (2017) defende que “esse é o ponto de virada da docência e, especialmente, da pesquisa em Direito no país” e que essa mudança no paradigma do pesquisador em direito envolve um incremento no número, na qualidade e na repercussão social da pesquisa empírica. Um dos exemplos dessa crescente repercussão teria sido o veto, pela então presidente Dilma Rousseff, ao artigo 937, inciso VII, do então projeto de lei do novo Código de Processo Civil, que previa o direito de sustentação oral nos agravos internos interpostos de recursos de apelação, ordinários, especiais ou extraordinários; segundo o autor, o veto teria sido motivado por levantamento do projeto Supremo em Números, o qual mostrou que o cumprimento da regra exigiria 2.350h de sessão de julgamento por ano, inviabilizando na prática o funcionamento da Suprema Corte (HARTMANN, 2017).

A despeito desse interesse em ascensão, a pesquisa empírica em direito ainda padece de dificuldades conceituais e também práticas. Essas dificuldades se explicam, ao menos parcialmente, por certo desprezo quanto a questões teóricas e metateóricas que permeiam a investigação empírica (HARTMANN, 2017), numa espécie de reducionismo sociologista, bem como pela deficiência na formação jurídica atual, decorrente da “fragilidade dos instrumentos teóricos geralmente ensinados nas faculdades de direito” (OLIVEIRA IJS, 2016, p. 78). Mesmo no âmbito das pós-graduações em direito, há uma tendência dos trabalhos a uma “confusão epistemológica”, pela qual o pesquisador, em nome duma “perspectiva interdisciplinar”, agrega

acriticamente ao seu texto informações (ou, mais comumente, lugares-comuns extraídos de manuais de “doutrina” jurídica) pertencentes ao campo de investigação de outra ciência, nas quais não possui qualquer treinamento para manejar suas ferramentas teóricas e respectivos dados (OLIVEIRA L, 2004, p. 10).

O desafio deste trabalho, pois, consiste em superar as reconhecidas limitações de seu autor quanto ao emprego das ferramentas de investigação empírica, sem deixar de lado, com isso, o interesse pelas questões teóricas que motivam uma pesquisa em filosofia e teoria geral do direito. Adere-se, aqui, à recomendação de Adeodato (1998, p. 3) de nunca separar teoria e *praxis*, o pensar conceitual da realidade empírica, e assim dissolver, em alguma medida, a impressão de que “os juristas pouco mencionam a ‘prática’ do direito quando escrevem seus trabalhos ‘teóricos’, eles dificilmente referem-se a seus ‘trabalhos de campo’, a suas experiências práticas enquanto operadores jurídicos, para confirmar empiricamente suas teses”.

O presente capítulo, então, expõe as bases metodológicas para a investigação empírica a que se propõe. Na primeira parte, mobilizam-se os elementos para uma perspectiva observacional e compreensiva da decisão, com enfoque na **racionalidade jurisdicional**, afastando-se, por outro lado, de tendências reducionistas e sociologizantes da pesquisa empírica. Na segunda, apresentam-se o protocolo de pesquisa utilizado e as estratégias específicas que foram empregadas de modo a atingir os objetivos da investigação em torno das decisões interpretativas concernentes ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar; a metodologia então esposada será contrastada com outras abordagens empíricas sobre o mesmo tema; e, por fim, expõem-se os resultados mais gerais, de modo a tornar inteligíveis as indagações abordadas nos capítulos seguintes.

2.1 ELEMENTOS PARA UMA PERSPECTIVA OBSERVACIONAL DO RACIOCÍNIO JURÍDICO NA DECISÃO JUDICIAL

2.1.1 A pesquisa empírica em direito, no mundo e no Brasil

Segundo Garth (2016, p. 13), a pesquisa empírica em direito (ou pesquisa sociojurídica) teve início, nos Estados Unidos, na década de 1930, durante a Grande Depressão e o advento do *New Deal*. Inicialmente, os estudos empíricos estavam atrelados à corrente jusfilosófica do realismo jurídico; concentravam-se em atacar o formalismo jurídico, que consideravam

dissociado da preocupação com as consequências sociais do direito; e tinham por objetivo usar a ciência social como meio de promoção de reformas sociais progressistas, contra os oponentes conservadores do *New Deal*.

A pesquisa empírica assume nova força na década de 1960, dessa vez ligada ao movimento norte-americano dos direitos civis. A criação da Associação Direito e Sociedade (*Law and Society Association*, LSA) refletia o prestígio da sociologia nesse contexto e os estudos sociojurídicos, aliados aos movimentos sociais, vivenciaram uma breve “era dourada” até meados da década seguinte (GARTH, 2016, p. 13-14). Nos anos 1980, porém, ocorre um cisma na corrente de estudos empíricos, que Garth (2016, p. 14) atribui à força do ataque conservador contra o estado de bem-estar social e alguns aspectos do movimento de direitos civis, bem como ao crescente prestígio da ciência econômica em detrimento da sociologia. Nesse contexto, as pesquisas quantitativas passaram a buscar reconhecimento e legitimidade científica, aproximando-se do novo campo da análise econômica do direito (*law and economics*) e perdendo sua preocupação com a crítica social à ordem jurídica estabelecida. Em 2002, os adeptos da corrente *law and economics* fundam uma nova associação, denominada Estudos Jurídicos Empíricos (*Empirical Legal Studies*, ELS); posteriormente, ligados a esse mesmo grupo, surgem os estudos em direito e economia comportamental (*behavioral law and economics*), os quais “se valem especialmente da psicologia para suplementar o modelo do ator racional, fundamento da economia clássica” (GARTH, 2016, p. 14).⁴⁹

Parte dessa divisão na pesquisa empírica em direito procede de uma controvérsia fundamental acerca da relação entre ciência e política. Segundo Garth (2016, p. 14), os cientistas ligados à pesquisa quantitativa consideram os ativistas ligados à LSA excessivamente políticos e enviesados, ao passo que estes replicam que o empreendimento científico é inherentemente conservador e não mantém a necessária preocupação com a “justiça”.

No Brasil, o curso da pesquisa empírica em direito apresenta similitudes e diferenças em relação à história norte-americana. Lopes e Freitas Filho (2014, p. 92) identificam três grandes ondas dos estudos em direito e sociedade: a primeira foi composta pelos filósofos ou teóricos da sociedade do final do século XIX, os quais, a partir da obra de Herbert Spencer, compreendiam o direito como um fenômeno natural e que pertencia à abrangente ciência da sociedade; a segunda, iniciada na década de 1930 e influenciada por ideologias antiliberais (socialistas ou corporativistas), compunha-se de juristas que pretendiam tornar o direito mais

⁴⁹ No original: “[behavioral law and economics] draws especially on psychology to supplement the model of the rational actor central to classical economics”.

socialmente efetivo; a terceira onda, que dura até o presente, teve seu ponto de partida em 1972, com a Resolução n.º 3 do Conselho Federal de Educação, que tornou obrigatório o ensino de sociologia no primeiro ano dos cursos de direito de todo o país.

A “longevidade” dessa terceira onda é atribuída a uma confluência de fatores. Primeiro, durante a transição brasileira para a democracia (que começou mesmo antes do fim do regime militar, em meados da década de 1970), as aulas de sociologia nas faculdades de direito se tornaram ambientes de profícua discussão sobre o processo político em curso e as possíveis reformas a serem implantadas na ordem jurídica. Segundo, há um crescimento nas demandas judiciais envolvendo interesses difusos; os movimentos sociais passam a usar o Poder Judiciário para fazer suas reivindicações, “uma vez que os poderes Legislativo e Executivo estavam, em vários sentidos, fora do alcance dos cidadãos ordinários e de grupos que não podiam se organizar livremente” (LOPES; FREITAS FILHO, 2014, p. 92). Terceiro, esses dois fatores se relacionam ao declínio do poder político do regime militar e ao fortalecimento dos movimentos sociais, que se valiam proficuamente da linguagem dos direitos e da justiça em suas manifestações.

À medida que as normas da Resolução CFE 3/1972 são implementadas pelo país, vai-se consolidando essa terceira onda de estudos em direito e sociedade, especialmente em Recife, Brasília e São Paulo, onde se situam as três principais faculdades de direito brasileiras. Segundo Lopes e Freitas Filho (2014, p. 93-94), essas três escolas tinham escopos de pesquisa similares: uma sociologia dos cursos jurídicos e das carreiras jurídicas; a administração da justiça; e os movimentos sociais e os obstáculos ao reconhecimento dos direitos humanos e sociais. Com o advento da Constituição da República de 1988, as pesquisas também se direcionam à efetividade da ordem jurídica e surgem, a reboque de movimentos semelhantes no exterior, reflexões acadêmicas sobre o uso alternativo/crítico do direito. Durante esse período de convergência de pesquisa, os estudiosos em direito e sociedade tentaram estabelecer canais de cooperação; na década de 1990, a Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (Anpocs) criou um comitê de sociologia do direito, o qual, porém, não durou muitos anos.

Com o tempo, os pesquisadores se dispersaram e criaram suas próprias agendas de pesquisa, as quais podem ser agrupadas em quatro tópicos principais. A primeira área de pesquisa tem por objeto os debates mais amplos sobre a relação entre **teoria social e direito**, a partir de diversos matizes teóricos: há uma corrente weberiana ou “funcional-sistêmica”, que busca criticar a ingenuidade e a falta de objetividade dos juristas a partir de escolas específicas

de teoria social (por exemplo, Luhmann) e propõem um padrão ideal de objetividade a ser perseguido; uma segunda corrente propõe a análise dos problemas jurídicos a partir dos modelos econômicos de análise social; e uma terceira busca apresentar uma crítica normativa do direito brasileiro (em oposição à postura mais analítica das demais correntes), numa tentativa de expor o papel ideológico e alienante das teorias jurídicas na sociedade. Nenhuma dessas abordagens, contudo, repousa em pesquisas sociológicas de primeira mão; sua contribuição se restringe à tentativa de interação entre dados coletados por outros ramos das ciências sociais aos problemas próprios do mundo dos juristas (LOPES; FREITAS FILHO, 2014, p. 94-96). A segunda grande área é a **sociologia da profissão jurídica**, cujos estudos são predominantemente feitos por cientistas sociais (LOPES; FREITAS FILHO, 2014, p. 94). Vários desses estudos tomam por marco teórico a sociologia geral de Bourdieu e a ênfase de Dezelay nos advogados e seus ambientes intelectual e profissional; outras abordagens se concentram na análise das origens dos juristas quanto a classes sociais, gêneros etc. O terceiro grande ramo de estudos sociojurídicos concentra-se nas questões de **criminalidade e violência**, porém, segundo Lopes e Freitas Filho (2014, p. 97), nele prevalece uma abordagem teórica em vez de empírica, com trabalhos que buscam desconstruir o direito penal tradicional em favor do abolicionismo penal ou dum “direito penal mínimo”. A quarta e última área corresponde a pesquisas focadas em **reforma institucional**; os trabalhos desenvolvidos com essa perspectiva se concentram no aspecto da eficiência da burocracia jurídica, coletando dados que possibilitem o diagnóstico e solução de problemas no desempenho das instituições, inclusive mediante reformas legislativas (LOPES; FREITAS FILHO, 2014, p. 97-98). É nesse ramo que se concentram, por exemplo, os já mencionados trabalhos do projeto Supremo em Números.

Apesar na continuidade e expansão de trabalhos de caráter empírico e observacional, põe-se uma diversidade de problemas diante do pesquisador empírico. Das muitas questões que se apresentam, duas interessam peculiarmente a este trabalho. Primeiro, aponta-se que o ponto de vista radicalmente descritivo e externalista adotado na pesquisa sociojurídica – especialmente quando realizada por não juristas – promove uma “domesticção” do direito, com a legitimação da injustiça e da violência (OLIVEIRA L *apud* LOPES; FREITAS FILHO, 2004, p. 98), em vez de contribuir para um olhar crítico que possibilite uma abordagem construtiva e transformadora do direito. Tal acusação se aproxima das críticas feitas por Solum (1987) de que a escola de estudos jurídicos críticos, ao defender a tese da indeterminação global e a pretexto de desvelar a mistificação do poder na linguagem, acaba por anular a possibilidade de se construir uma crítica às práticas concretas adotadas pelos intérpretes e juristas praticantes. Com efeito, se todo o direito é apenas o palco do trabalho jurídico (Kennedy), no qual os juristas

laboram estrategicamente de modo a fazer prevalecer suas ideologias, de que ponto de vista se poderiam criticar as práticas interpretativas e decisórias que simplesmente mantêm e legitimam a injustiça, a dominação, a opressão? É preciso, portanto, agregar ao trabalho da sociologia jurídica os contributos duma teoria normativa (LOPES; FREITAS FILHO, 2014, p. 98).

A segunda ordem de questões que desafiam a pesquisa sociojurídica, e que não escapa totalmente à antes mencionada, diz respeito à “tensão epistemológica” entre o direito e as ciências sociais. Segundo Capeller (2015, p. 12-13), os cientistas sociais estão sempre em risco de, enquanto se propõem a investigar o fenômeno jurídico, colocarem à margem o próprio direito em nome duma visão autoconstruída do mundo social. Conquanto seja próprio à sociologia jurídica identificar “de que maneira o campo jurídico posiciona-se em relação ao campo do poder”, muitos cientistas sociais sem formação jurídica incorrem numa falta de consciência acerca da “importância do jurídico como objeto de estudo” e acabam por ignorar *a priori* os aspectos da construção lógico-formal do direito (CAPELLER, 2015, p. 19). No que se refere especificamente à pesquisa empírica desenvolvida por juristas, o que se propõe, então, é uma espécie de “mestiçagem disciplinar” que possibilitaria

examinar o discurso jurídico como fundamento de formas diversas de constituição e concretização social do direito, inspirar-se crítica e desconfiadamente das teorias sociais produzidas em outros contextos culturais, econômicos, políticos e sociais, [e] enxergar suas próprias realidades com novos olhos (CAPELLER, 2015, p. 23).

Decerto, essa “mestiçagem” não equivale à “confusão epistemológica” a que já se aludiu. Envolve, ao contrário, uma consciência das influências recíprocas entre o “direito”, como fenômeno social relativamente autônomo, e o “mundo social” com o qual os cientistas sociais estão acostumados a lidar. Envolve, ademais, uma consciência da importância do discurso jurídico como constitutivo da “realidade” do fenômeno jurídico. Um caminho possível de superação desses desafios, segundo a autora, envolve o resgate das abordagens de Bourdieu e de Weber, pois, de um lado, a sociologia bourdieusiana permite compreender o discurso e as práticas jurídicas como fenômenos resultantes do próprio modo de funcionamento do campo jurídico (CAPELLER, 2015, p. 17); e, de outro, a sociologia do direito comprehensiva possibilita que o olhar do pesquisador sociojurídico se volte não apenas para o modo como as esferas econômicas e sociais influenciam o direito, mas também para como a racionalização e formalização do direito geram também efeitos socioeconômicos (CAPELLER, 2015, p. 21).

Em alguma medida, o modo como esses dois conjuntos de problemas impactam o presente trabalho já foi explorado no capítulo anterior, em que se discutiram as tendências racionalistas e céticas no direito e os contributos específicos das teorias weberiana e

bourdieusiana (em sua conexão com a teoria crítica posterior, de cunho neomarxista) para uma perspectiva das relações entre o discurso jurídico e as relações sociais. Não obstante, essas questões precisam ser agora reexaminadas, sob a ótica das preocupações metodológicas que informam a coleta e análise dos dados.

2.1.2 Contra o reducionismo formalista: a pesquisa empírica e a (in)distinção entre razão descritiva e prescritiva

Embora aqui se proponha uma análise observacional – e, portanto, eminentemente descritiva e “empírica” – de decisões judiciais, este trabalho prescinde da aceitação, no plano teórico, duma cisão radical entre prescrição e descrição. Ao contrário, as premissas expostas no capítulo anterior indicam que tal dicotomia é, ela mesma, um produto da modernidade secularizada: o cientificismo erige o conhecimento científico ao patamar de única forma de saber racional e, por sua vez, o empirismo restringe ao conhecimento puramente descritivo o *status* de científicidade. Segundo Adeodato (2011, p. 13), essa separação entre “razão descritiva” e “razão prescritiva” tem origem na distinção entre ser e dever (ser), proposta inicialmente por David Hume, encampada por Kant e elevada por Kelsen⁵⁰ à condição de “intransponibilidade” dos dois mundos em seu projeto de purificação metodológica da ciência jurídica. Foi, então, o progresso promovido pelas ciências naturais que trouxe a reboque o prestígio da razão descritiva, inclusive para dentro do pensamento jurídico. Kelsen, por exemplo, postulou que

muito embora a ciência jurídica tenha por objeto um dever ser (a norma jurídica), ela é descritiva como qualquer ciência; ela descreve normas jurídicas (*Rechtsnormen*) por meio de proposições jurídicas (*Rechtssätze*), também chamadas de proposições normativas ou juízos normativos (ADEODATO, 2011, p. 15).

Não obstante o seu prestígio, tal dicotomia tem caráter meramente pragmático, já que é impossível distinguir uma proposição prescritiva duma descritiva por sua estrutura sintática, tampouco pelo critério semântico. Apenas o uso concreto (o contexto) torna possível identificar a dimensão funcional de um enunciado. Segundo Adeodato (2011, p. 14-15),

a forma sintática – a estrutura –, pela qual o enunciado se apresenta, nem sempre permite dizer com segurança se se trata de uma descrição ou prescrição, pois pode-se expressar uma prescrição normativa com o verbo “ser”, por exemplo. Da mesma

⁵⁰ “Para Kelsen, a diferença [entre ser e dever ser] é na essência da própria razão, entre o conhecer e o querer, pois o conhecimento é ‘receptivo’ e o querer é ‘produtivo’” (ADEODATO, 2001, p. 14).

maneira o critério semântico não parece suficiente. De acordo com ele, não se pode atribuir um sentido de verdadeiro ou falso aos enunciados prescritivos, mas somente aos descriptivos. Contudo, há enunciados que não podem ser ditos verdadeiros ou falsos, como os metafísicos, e nem por isso constituem prescrições. Resta o **critério pragmático**, que constitui um dos marcos teóricos da filosofia retórica sobre o direito: se não há distinção sintática ou semântica rigorosa entre as linguagens prescritiva e descriptiva é o contexto, o uso no caso concreto, que vai determinar esse sentido.

Mesmo rejeitando a cisão radical entre razões e linguagens prescritivas e descriptivas, Adeodato (2011, p. 20-21) mantém o uso da distinção ao identificar os três níveis da retórica – material, estratégica e analítica –, pois reserva apenas ao plano da retórica analítica o caráter descriptivo⁵¹ e rejeita a proposição de Viehweg de que a atitude científica do direito seria composta de um somatório das atitudes dogmática e zetética. O autor encoraja uma postura tentativamente descriptiva por parte do filósofo (retórico) do direito, pois “o retórico tem obrigação de tentar separar a abordagem analítica das abordagens normativas do mundo real e para isso precisa de uma metodologia própria” (ADEODATO, 2011, p. 22).

Neste trabalho, a consideração duma **distinção relativa** entre perspectivas descriptivas e normativas privilegia, sobretudo, um afastamento do **reducionismo formalista** que permeia o ensino e a pesquisa jurídica no Brasil. Aqui, embora se evite incorrer no erro de usar pejorativamente o adjetivo “formalista” para acusar determinadas visões (sempre opostas à do autor) de falta de sensibilidade para com a realidade social e a complexidade irredutível dos casos concretos,⁵² emprega-se a ideia de formalismo para indicar duas tendências básicas e frequentemente conexas na formação do jurista praticante: de um lado, o **legalismo**, a ideia de que a aplicação do direito consiste na subsunção de fatos a regras abstratas; de outro, o **absolutismo conceitual**, a visão de que as categorias jurídicas são dotadas de “verdade transcendente”, “seja em função de seu enraizamento e origem histórica; seja em razão de seu valor lógico ou racional” (RODRIGUEZ, 2010, p. 47-48; 2013, p. 119. A noção de absolutismo conceitual, tal como empregada por Rodriguez, pode ser tida como uma expressão, no direito, do **efeito de naturalização** referido pela crítica neomarxista da linguagem, com inspiração bourdieusiana, já explorada no capítulo primeiro.

Para Souto (1992, p. 49-50), o formalismo jurídico é expressão dum déficit de modernidade no direito. Partindo-se da definição de Bell, segundo o qual o caráter distintivo da sociedade moderna (especialmente a denominada pós-industrial) é o domínio da ciência e da

⁵¹ “Enquanto a retórica analítica é descriptiva, as retóricas estratégica e material são prescritivas (ou normativas)” (ADEODATO, 2011, p. 22).

⁵² Rodriguez (2010, p. 41-42; 2013, p. 114) atribui esse erro ao senso comum teórico dos juristas, que esvaziou a ideia de “formalismo” de qualquer significado concreto, empregando-o com o mero intuito de inflamar a plateia contra um adversário intelectual (algo semelhante às palavras “fascista” e “racista” no discurso político vulgar).

tecnologia, o autor defende que esse déficit de modernidade do formalismo se revela numa prática jurídica fechada ao científico, predominando a postura reducionista e anti-interdisciplinar. Embora não se apresente uma definição explícita de formalismo, este parece ser caracterizado, na crítica de Souto, por uma recusa dos juristas a recepcionarem os dados das ciências empíricas e de os considerarem na sua análise do direito positivo. Em todo o mundo e na América Latina, essa deficiência na formação do jurista praticante resultava, na visão de Souto (1992, p. 51), numa relação pouco fecunda dos juízes com os dados científicos à sua disposição; tais dados eram utilizados apenas eventualmente e a partir de um esforço individual (autodidata) desses profissionais. A razão disso é que

sua educação jurídica formal geralmente não os prepara para isso. Sua “ciência do direito” não [é] normalmente vista como ciência empírica do *conteúdo* social do jurídico, isto é, saber substantivo apto a basear-se na observação controlada dos fatos; mas é vista apenas como ciência formal do jurídico, isto é, saber sobretudo endereçado ao tratamento lógico da *forma* normativa dele (SOUTO, 1992, p. 51).

Para Souto (1992, p. 50), esse déficit de modernidade se revela na própria formação jurídica e nos currículos das faculdades de direito. Em suas observações, elaboradas há mais de duas décadas, havia uma “quase exclusividade” da ciência formal do direito (dogmática jurídica), ladeada, quando muito, por algumas disciplinas jusfilosóficas. Tal formação seria “claramente insuficiente para uma efetiva abertura mental do jurista prático ao mundo científico e tecnológico de hoje”, sendo imperioso, para o autor, uma educação que abrangesse as ciências empíricas sobre o direito, especialmente a sociologia jurídica (SOUTO, 1992, p. 50).

Nessa perspectiva, o formalismo, além de revelar-se grande obstáculo à abertura do sistema judicial aos dados das ciências empíricas, se fortalece por um mecanismo de retroalimentação, pois, à medida que exerce uma forte influência social mediante o “poder das leis, dos juízes e das autoridades administrativas”, é ele também reproduzido por meio de “uma educação jurídica quase que exclusivamente feita em termos formais” (SOUTO, 1992, p. 51). Além disso, essa educação formalista dos profissionais do direito em geral conduz a uma menor “abertura para o social”.⁵³ O formalismo é assim compreendido como uma verdadeira **ideologia**,⁵⁴ pois a mera aplicação formal das normas criadas pelo legislador, numa espécie de

⁵³ Outro efeito da educação formalista, que pouco interessa ao presente aporte metodológico, é uma diminuição do poder judiciário, pois leva a confundir a afirmação substantiva desse poder com o subjetivismo judicial. A dogmática e a possibilidade exclusiva da interpretação *secundum legem* são encaradas como instrumentos de contenção do subjetivismo, porém traz como efeito colateral o desequilíbrio dos poderes, com um nanismo do judiciário frente ao executivo e ao legislativo (SOUTO, 1992, p. 56).

⁵⁴ Nesse contexto, Souto (1992, p. 57) utiliza ideologia no sentido de “conhecimento errôneo, ou pelo menos duvidoso – em virtude de seu condicionamento social perturbador da objetividade científica, incluído nesse condicionamento o de classe social”.

“cegueira secundum legem”, resulta no benefício dos detentores do poder político e econômico em detrimento do restante da sociedade (SOUTO, 1992, p. 55-56). Desse modo,

a opção do juiz pela lei inviabilizava assim qualquer opção fundamental pelos que estivessem à margem dos benefícios econômicos ou políticos maiores – inviabilizava-se a sua opções preferencial, portanto, pelos interesses da maioria das pessoas de qualquer macrosistema político moderno real, fosse qual fosse a ideologia desse macrosistema. Fosse ela politicamente democrática ou ditatorial, economicamente capitalista ou socialista – e possíveis combinações históricas atuais: basicamente democracias capitalistas, ditaduras capitalistas, ditaduras socialistas e tentativas parciais de democracia socialista (SOUTO, 1992, p. 57).

O remédio para o formalismo não seria simplesmente uma atitude “dialético-crítica” sobre o direito, uma vez que, para Souto (1992, p. 57-58), tal perspectiva apenas substitui uma ideologia conservadora por um “forte condicionamento [ideológico] esquerdisto”. O que se propõe é que o magistrado, tendo à sua disposição um corpo de conhecimento científico, valha-se de tal saber (comparativamente objetivo⁵⁵ em relação ao conhecimento duvidoso das ideologias) na tomada de decisão, pois “o pouco de objetividade científica que o juiz possa aplicar já será uma contribuição importante à racionalização modernizante da ação judicial”. Especificamente no tocante às ciências humanas, considera-se injustificável que o juiz

se mantenha de olhos vendados para o fenômeno social da ciência substantiva e para os dados disponíveis de ciência substantiva do homem. Essa cegueira do juiz lhe seria acentuadamente alienante de sua sociedade, de sua época, e até de sua Constituição (SOUTO, 1992, p. 59).

Em face disso, Souto (1992, p. 61-62) entendia que a superação da dicotomia legalismo-subjetivismo (ou legalismo-ideologia) ocorreria por meio de uma crescente abertura do juiz ao conhecimento substantivo das ciências, tornando-se o juiz um técnico tanto do saber formal como do saber empírico..

Apesar da distância – temporal e conceitual –, aqui se propõe uma aproximação entre as críticas ao formalismo elaboradas por Souto e Rodriguez. Ambos fazem suas observações orbitarem, nalguma medida, em torno da ideia do formalismo como ideologia: Souto, ao empregar expressamente a crítica marxista das ideologias como mascaramento ou mistificação do real; Rodriguez, ao recorrer ao efeito de naturalização para explicar o formalismo como forma de absolutismo conceitual.

⁵⁵ Para Souto (1992, p. 58), “o homem de ciência empírica é treinado a ser o menos possível ideológico **durante** a sua atividade científica. A ideologia que ocorra **antes** ou **depois** dessa atividade não pode, evidentemente, perturbá-la” (grifos no original).

A partir das construções críticas de ambos os autores, este trabalho busca avaliar as formas de justificação das decisões de uma perspectiva não formalista. O que se discute, aqui, não é o conceito de “fundamentação das decisões” tal como elaborado pela dogmática processual civil; não pertence aos limites objetivos deste trabalho investigar, por exemplo, se as decisões colhidas atendem ao ônus de fundamentação, se “respeitam” ou violam as normas constitucionais e legais que atribuem esse ônus ao julgador, se os conceitos de “família” e “entidade familiar” foram bem empregados pelos tribunais que decidiram sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, e assim por diante. Embora não se descarte a possibilidade dumha dogmática não formalista, que se debruce sobre essas questões a partir dum olhar atento aos dados das ciências empíricas e às reflexões especulativas da filosofia, trata-se de discussões que refogem ao objeto desta pesquisa. Ademais, a recusa do formalismo aqui postulado diz respeito ao caráter contingente e mutável dos conceitos e raciocínios jurídicos, ideia que este trabalho sustenta e que é negada entre aqueles que aderem a um absolutismo conceitual (cf. RODRIGUEZ, 2013, p. 119).

2.1.3 Contra o reducionismo sociologista: o raciocínio jurídico e a tomada de decisão como objeto da pesquisa

Não obstante, embora se acolha o postulado de que a dicotomia entre prescrição e descrição é de ordem pragmática e contextual, recusa-se a tentação de restringir o prestígio da “cientificidade” à abordagem meramente empírica ou descriptiva. Prefere-se, numa aproximação à proposta de Souto (1992, p. 9), admitir a existência de uma “ciência formal do direito” ao lado de uma “ciência social” e de uma “ciência filosófica” que se debruçam sobre o mesmo fenômeno jurídico e que são ciências “no sentido de que representam um conjunto ordenado de definições, classificações e proposições sobre relações pertinentes ao direito” – ou, como se poderia dizer a partir da filosofia dooyeweerdiana, correspondem a um saber analítico sobre o aspecto jurídico (DOOYEWEERD, 2010, p. 56).

Evitam-se com isso os reducionismos do sociologismo, e; ao revés, adota-se uma postura que reconhece a interdisciplinaridade entre as três “ciências jurídicas básicas” e também entre estas e o espectro mais amplo dos saberes científicos. Admite-se, com Saldanha (1999, p. 2), que “a Sociologia do Direito se cultiva como uma das ciências aptas a estudar o jurídico, mas de enfoque reconhecidamente parcial e incapaz de dispensar os outros”. Com efeito, também para Souto (1992, p. 9-10),

a interdisciplinaridade entre as ciências básicas do direito tem ocorrido, de fato, de modo penoso, em virtude de uma atitude arraigada ou de formalismo, ou de sociologismo, ou de filosofismo, a propósito do jurídico.

Essa atitude enfaticamente suto-suficiente [*sic*] tem impedido, ao mesmo tempo, uma interdisciplinaridade mais ampla: por exemplo, entre ciência formal do direito, de um lado, e sociologia geral, e demais ciências empíricas, de outro lado; ou entre estas últimas e saberes aplicados relativos a formas normativas; ou entre ciência, formal ou social, do direito e filosofia geral, ou entre esta última e saberes aplicados e relativos a formas normativas ou a conteúdos sociais do normativo.

Ao recusar o reducionismo, admite-se que os resultados de uma pesquisa empírica e descriptiva eventualmente sirvam também a reflexões de ordem normativa, mesmo que isso esteja para além do escopo do pesquisador. Caso se admita a tripartição das ciências jurídicas propostas por Souto, o presente trabalho corresponde a um empreendimento na interseção entre as ciências social e filosófica do direito. Isso porque “investiga através de métodos e técnicas de pesquisa empírica (isto é, pesquisa baseada na observação controlada dos fatos) o fenômeno social jurídico em correlação com a realidade social” (SOUTO, 1992, p. 11) – o que é próprio da ciência social do direito; porém, como seu escopo final, busca “aprofundar a explicação do jurídico” a partir desse conhecimento científico-empírico – o que corresponde, segundo Souto (1992, p. 12), à tarefa da ciência filosófica do direito, cujas reflexões alçariam “vôos mais largos, soltos, vôos nem comprovados, nem comprováveis, por métodos e técnicas de ciência empírica”.

Há implicitamente na obra de Souto (1992, p. 12-13) um reconhecimento do caráter circular do conhecimento, pois, se a filosofia do direito se vale da pesquisa empírica como ponto de partida para seu trabalho especulativo, o trabalho do pesquisador empírico não prescinde de certas pressuposições filosóficas ou “postulados metacientíficos”. Essa circularidade é reconhecida e aproveitada no presente trabalho, uma vez que as ponderações teóricas de cunho mais geral, apresentadas no capítulo anterior, servem de ponto de partida tanto para a elaboração da metodologia como para a interpretação dos resultados dos estudos empíricos elaborados; ao mesmo tempo, os dados coletados servem de base para as reflexões mais especulativas sobre a atividade decisória, a interpretação jurídica e a racionalidade estratégica do jurista praticante.

Essa circularidade, além de consistente com a postura hermenêutica que se propôs no capítulo anterior, favorece uma perspectiva de análise que reconheça a existência dum a racionalidade própria ao direito (conquanto compreendida como “retórica” nos moldes de Weber e Bourdieu), a qual não pode ser inteiramente capturada por propostas analíticas inteiramente externalistas. Com efeito, embora não se desprezem as contribuições de posturas

metodológicas construídas a partir dos estudos críticos da linguagem – a exemplo da análise crítica do discurso jurídico empregada por Colares (2015) com amplo recurso à obra de Fairclough –, considera-se que tais empreendimentos findam por ignorar como o discurso jurídico compõe um universo social relativamente independente em relação às pressões externas. A respeito dessa postura, que se reputa reducionista, cabem as críticas já mencionadas de Bourdieu ao “instrumentalismo” das análises do direito de inspiração marxista.

Do ponto de vista metodológico, esse externalismo exacerbado é criticado também por Rodriguez (2013, p. 66), para quem “as pesquisas em ciências sociais não costumam se preocupar com a dimensão interna, da justificação das decisões, deixando de lado o problema dos modelos de racionalidade judicial”. Segundo o autor, há uma nítida precariedade nos estudos empíricos que tenham por objeto a **racionalidade interna do direito**:

a pesquisa empírica em direito raramente se volta para a fundamentação das decisões jurisdicionais. A maioria das pesquisas empíricas existentes na literatura brasileira e mundial raramente procura investigar as razões para decidir oferecidas pelos juízes, mais especificamente, as variantes interpretativas existentes (RODRIGUEZ, 2013, p. 62).

O autor introduz o conceito de **modelos de racionalidade jurídica** para se referir ao “conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto, ou seja, do material jurídico à disposição do juízo” (RODRIGUEZ, 2013, p. 65). Há na teoria do direito diversos modelos de racionalidade, isto é, uma variedade de explorações normativas (prescritivas) sobre qual a melhor forma de organizar o raciocínio jurídico para solucionar casos concretos ou, ainda, sobre como avaliar justificativas concretamente adotadas pelos juízes e tribunais em suas decisões. Porém, não existe consenso teórico a respeito de qual seja (ou deva ser) esse padrão. A pesquisa empírica que se debruce sobre os modelos de racionalidade jurídica pode adotar, basicamente, duas abordagens: pode simplesmente observar e descrever como o Judiciário de fato argumenta ao decidir casos; ou pode comparar um ou alguns dos modelos teóricos de racionalidade em disputa com dados empíricos sobre como os juízes de fato decidem (RODRIGUEZ, 2013, p. 65-67).

O que se propõe neste trabalho é, basicamente, uma exploração do segundo tipo. Busca-se observar como os tribunais, ao decidirem casos sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, justificam suas decisões. Porém, como já se aduziu no capítulo anterior, o que se tem em vista é especificamente a **decisão interpretativa**, entendida como a atitude de atribuir, ao texto normativo tido por relevante (“aplicável”), uma

interpretação que se presume ter validade geral (Just 2016, p. 579). A **justificação**⁵⁶ que interessa, pois, é aquela que diz respeito a essa escolha de uma interpretação possível, em detrimento de outras que tenham sido (ou pudessem ser) defendidas naquele caso, com o recurso a formas de raciocínio ou argumentação geralmente aceitas como aptas a fundamentar escolhas interpretativas. Ao mesmo tempo, conjectura-se que uma parcela relevante do discurso jurídico orientado à objetividade consiste na **invocação de argumentos não codificados**, como aqueles encontrados na literatura filosófica, política ou econômica e que não foram explicitamente absorvidos pela cultura jurídica; esses argumentos, de certo modo, integram a “justificação” em sentido lato, mas aqui são discernidos porque, a respeito deles, interessa a este trabalho indagar em que medida são eles reveladores de tipo peculiar de secularização da cultura jurídica.

É preciso, pois, expor mais precisamente em que sentido se usará a ideia de modelos de racionalidade e quais são os modelos considerados na coleta e análise dos dados. Antes disso, porém, é preciso esclarecer brevemente por que outras escolhas metodológicas possíveis foram descartadas.

2.2 O RACIOCÍNIO JURÍDICO NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: ALTERNATIVAS METODOLÓGICAS E PROTOCOLO DE PESQUISA

2.2.1 A pesquisa empírica em direito e o interesse na temática da união homoafetiva: alternativas metodológicas

No universo relativamente exíguo de pesquisas empíricas voltadas para o discurso judicial, há um número considerável de estudos voltados para decisões que tratam do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A razão para o interesse

⁵⁶ Rodriguez (2013, p. 62, nota 6) distingue “fundamentação” de “justificação”; enquanto aquela se refere a qualquer forma de argumentação que pretenda expor as razões de decidir, esta diz respeito apenas à fundamentação que segue “padrões sistemáticos”. No que interessa a este trabalho, a distinção é irrelevante, dado que a sistematicidade no uso de modelos de racionalidade não é objeto da pesquisa. Ao contrário, o que interessa são justamente as variações no discurso judicial; e o uso assistemático, ou até mesmo contraditório, dos argumentos é um dado relevante a ser capturado. Assim, onde as duas palavras aparecerem, pode-se presumir que possuem o mesmo sentido, a não ser que se indique o contrário. Em todo caso, o uso do termo “justificação” será preferido, uma vez que o conceito de “fundamentação” tem sentido próprio na dogmática processual civil, com o qual não se quer confundir o leitor.

recorrente nessas decisões parece ser não apenas o seu caráter “inovador” ou criativo, mas também o modo como elas consubstanciam um fenômeno crescente na jovem história da redemocratização brasileira, a “juridificação das demandas sociais” (RODRIGUEZ; MACHADO; PUSCHEL, 2009, p. 1.535-1.536; RODRIGUEZ, 2013, p. 39). Um dos aspectos dessa juridificação consiste na estratégia de alguns movimentos sociais de, além buscar alterações legislativas em favor dos grupos e interesses por eles defendidos, fazer do Judiciário e, especificamente, do momento da interpretação-aplicação um palco central de suas lutas por direitos. Diferentemente do movimento afro-brasileiro – o qual, segundo Rodriguez, Machado e Puschel (2009, p. 1.553), adota uma postura “legalista” no sentido de fazer da reforma legislativa sua estratégia política principal, atribuindo pouca importância à disputa hermenêutica pela aplicação das leis –, os movimentos ligados à diversidade sexual e de gênero valeram-se amplamente da judicialização de suas demandas sociais e tornaram a interpretação jurídica um elemento estratégico importante ao avanço de suas pautas, o que talvez explique a relativa recorrência de pesquisas empíricas sobre as decisões judiciais que dizem respeito à temática homoafetiva.⁵⁷

O presente trabalho considerou as contribuições de três distintas pesquisas voltadas à análise de decisões judiciais em casos de reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo. A primeira, realizada por Roesler e Santos (2014), aborda o conjunto de decisões de tribunais estaduais proferidas entre 11 de janeiro de 2003 e 31 de dezembro de 2010, bem como a decisão do STF no julgamento da ADPF 132, a partir da distinção, proposta por Atienza, entre analisar-avaliar-compreender a estrutura argumentativa duma decisão e a atividade posterior de valorar a argumentação. Após busca inicial nos sítios eletrônicos dos tribunais estaduais, que retornou 325 resultados, aplicou-se um “filtro material” que resultou em 186 decisões consideradas relevantes. No tocante à análise dos casos decididos no âmbito dos tribunais estaduais, a pesquisa limitou-se a identificar: (1) a disparidade geográfica entre o número de decisões proferidas por cada tribunal; (2) o crescimento do número de decisões sobre o tema no período considerado; e (3) a ausência, durante todo o período, de formação de uma “jurisprudência dominante e estável” num sentido ou outro, excetuando-se os tribunais do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal, nos quais, apesar de fortes divergências internas, os

⁵⁷ Segundo Moraes e Camino (2016, p. 650), “enquanto o Legislativo tem dificuldades em avançar, principalmente pelo envolvimento e pelas interferências das bancadas religiosas (MUSSKOPF, 2013), o Judiciário, institucionalmente menos afetado por determinadas pressões moralizantes, tem procurado responder aos apelos das minorias sexuais, constituindo, com o Executivo, uma importante ferramenta para assegurar aos homossexuais o exercício da cidadania”.

resultados das decisões tenderam predominantemente num mesmo sentido (favorável ao reconhecimento das uniões, no RS, e contrário, no DF). Quanto à valoração das estruturas argumentativas, os autores constatam que em ambas as direções há uma ênfase no discurso teleológico em torno da “vontade da Constituição”; porém, nas decisões contrárias ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, prevalece a interpretação fundada na “literalidade da lei”, ao passo que, nas decisões favoráveis, privilegia-se uma hermenêutica “sistemática e principiológica” (ROESLER; SANTOS, 2014, p. 624-625). A pesquisa conclui, ainda, que “as espécies argumentativas geralmente não se apresentam de forma pura”, prevalecendo, em vez disso, “argumentações híbridas, formadas por argumentos que partem de perspectivas diferentes”, embora os autores valorem os argumentos favoráveis às uniões homoafetivas como “mais densos” que os contrários, em virtude da utilização preponderante dos princípios (ROESLER; SANTOS, 2014, p. 625-626).

No tocante à análise e valoração da decisão do STF na ADPF 132, identifica-se que os ministros em geral discorrem em três eixos argumentativos: primeiro, trata-se da própria justificação da atuação do STF no caso, em contraposição ao argumento de que caberia ao constituinte ou ao legislador regular as uniões homoafetivas; segundo, debate-se qual técnica de controle de constitucionalidade seria mais adequada ao caso; terceiro, trata-se propriamente do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Nesse ponto, Roesler e Santos (2014, p. 632) consideram que os diversos votos apresentaram “razoável consenso” em termos de fundamentação, prevalecendo a argumentação “sistêmico-principiológica”. Concluem os autores que o STF, “após enfrentar questões relativas à legitimidade para atuar na matéria, posicionou-se a favor de uma interpretação mais ampla do referido dispositivo”, por meio de uma rejeição ao argumento da interpretação literal e uma recusa a atribuir às uniões homoafetivas o regime das sociedades de fato (ROESLER; SANTOS, 2014, p. 636).

Outro exemplo de pesquisa empírica de decisões judiciais relativas às uniões homoafetivas é aquela realizada por STAMFORD DA SILVA (2014, p. 67-68) como uma aplicação da sua “teoria reflexiva da decisão jurídica”, descrita como o somatório da “teoria sociocognitiva da compreensão como inferência” de Marcuschi, a “análise do discurso constituinte” de Maingueneau e a teoria da sociedade como sistema de comunicação de Luhmann. O autor parte duma preocupação em evitar “conclusões causais” (como a afirmação de que a decisão jurídica é meramente uma questão de poder, ou, ainda, de que a vaguedade e ambiguidade do direito dão azo ao arbítrio do julgador) e examina não apenas os votos escritos proferidos pelos ministros do STF na ADPF 132, mas também as falas dos *amici curiae*, os

debates orais e dados e notícias sobre a decisão. A análise é apresentada em duas perspectivas: primeiro, do ponto de vista hermenêutico, identifica-se que os *amici curiae* contrários ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar concentram seus argumentos na literalidade do texto constitucional, ao passo que os favoráveis enfatizam a existência duma lacuna no direito (com a consequente necessidade de integração por analogia); os ministros, porém, em geral preferem argumentar utilizando a ideia da interpretação conforme (STAMFORD DA SILVA, 2014, p. 73). Essa discussão hermenêutica, inclusive com o recurso ao discurso jurídico mais teórico ou filosófico, serve “para nortear o quanto os ministros se veem legislando e não tomado uma decisão judicial” (STAMFORD DA SILVA, 2014, p. 84). A despeito disso, o autor observa que, especialmente durante os debates, sobreleva o lugar atribuído ao **sentimento**, com referências recorrentes à ideia de família fundada no afeto, busca da felicidade, bem-estar etc., de modo que, ao longo do julgamento, “os debates sobre qual técnica hermenêutica aplicar foram esvaindo-se” (STAMFORD DA SILVA, 2014, p. 75).

A outra perspectiva, a que o autor denomina “quadro cênico”, tem por objetivo discutir “o quanto cada participante se dedica a traçar cenas para legitimar seu discurso enunciado”, isto é, como os participantes do discurso, mesmo quando sustentam interesses “não jurídicos” perante o STF, procuram “involucrar um argumento como integrante do discurso jurídico”. Aqui, o autor conclui que não apenas as entidades religiosas que atuaram como *amici curiae*, mas os próprios ministros produzem discursos jurídicos a partir de elementos “externos” ao direito, exemplificando com a afirmação de Luiz Fux de que “julgar não é exclusivamente razão, mas também sentimento”; em todos esses casos, os participantes organizam seus discursos a partir das regras constitutivas do “mundo do direito”, da comunidade discursiva jurídica (STAMFORD DA SILVA, 2014, p. 77, 81). Por derradeiro, o autor sustenta que a decisão analisada revela como a constituição do discurso jurídico se dá na relação interioridade-exterioridade e como as referências típicas da linguagem jurídica aparecem ao lado de referências ao “entorno” (ciência, política, economia, religião, amor), de modo que

a produção de sentido do direito da sociedade envolve interpretação de textos legislativos bem como inclusão das mais variadas fontes de informação, ou seja, a presença de informações de outros sistemas sociais na formação do sistema do direito da sociedade, ou a presença de outros discursos constituintes no discurso jurídico (STAMFORD DA SILVA, 2014, p. 84).

O terceiro estudo empírico sobre decisões judiciais relativas à homossexualidade foi elaborado por Moraes e Camino (2016), a partir das premissas da análise crítica do discurso, com o objetivo de identificar variações e contradições nos argumentos utilizados pelos ministros do STF no julgamento da ADPF 132, bem como “compreender se suas justificativas

contribuíram ou não para a emancipação das minorias sexuais” (p. 652). O trabalho dos autores utilizou uma metodologia quantitativa, de análise lexical por meio de software, que identificou quatro classes de regularidade e evidência lexical dos vocábulos do texto (os votos conjuntamente considerados). Essas classes foram então analisadas individualmente e em sua interrelação, utilizando-se o método qualitativo da interpretação textual, identificando-se assim quatro classes de discurso.

Na primeira classe, estão contidos os argumentos relativos à inexistência de regulação jurídica das uniões homoafetivas e a legitimidade do Poder Judiciário para dirimir os conflitos relativos ao tema. Nesse ponto, os autores identificam razoável concordância entre os ministros de que a impossibilidade de o STF substituir o Poder Legislativo não impede de “resguardar a participação de todos os indivíduos no regime democrático, garantindo uma ordem jurídica e política justa”, inclusive com a proteção das minorias (MORAES; CAMINO, 2016, p. 655). Todavia, os discursos dos ministros divergem no modo como essa proteção se justifica do ponto de vista da separação dos poderes e do problema do ativismo judicial: enquanto alguns se valem de técnicas mais tradicionais como a analogia, outros adotam uma “visão mais contemporânea” com o amplo uso dos princípios constitucionais (MORAES; CAMINO, 2016, p. 656). A segunda classe contempla palavras e expressões como “liberdade”, “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “intimidade”, “sexualidade”, “felicidade”, “cidadania”, “privacidade” e “orientação sexual”, utilizadas no discurso em favor da ideia de que “ninguém pode ser privado de seus direitos ou sofrer restrições jurídicas por parte do Estado por motivo de sua orientação sexual” (MORAES; CAMINO, 2016, p. 656). Na terceira classe, aglutinam-se palavras mais técnicas (“ação”, “inconstitucionalidade”,, “pedido”, “mérito”) relativas aos pedidos deduzidos pelos autores das ações em apreço (MORAES; CAMINO, 2016, p. 657). A última classe concentra os discursos acerca de como qualificar juridicamente as uniões homoafetivas e que efeitos jurídicos lhes conferir; aqui, os autores identificam outra divergência entre os ministros, na medida em que alguns enfatizam as diferenças entre uniões homossexuais e heterossexuais (sugerindo-se, por exemplo, a necessidade de atuação legislativa para regular os efeitos específicos das uniões) e outros, as semelhanças (destacando a completa igualdade de direitos entre as duas espécies) (MORAES; CAMINO, 2016, p. 658).

Em conclusão, Moraes e Camino (2016, p. 662-663) afirmam que as concordâncias e variações nos discursos dos ministros, quanto esperadas numa sociedade plural (na qual existem diferentes visões do fenômeno social da homossexualidade), revelam também uma tensão entre o discurso da diferença (que se vale, por exemplo, do uso da técnica da analogia)

e o discurso da diversidade, sendo que o primeiro, ao realçar a desigualdade entre uniões homo- e heterossexuais, revela “o as tensões e os desafios que a consolidação dos direitos humanos ainda enfrenta”.

Cada um desses trabalhos contribui, a seu modo, para uma compreensão analítica da decisão judicial e, especialmente, das decisões relativas ao tema da união entre pessoas do mesmo sexo. A pesquisa de Moraes e Camino (2016) descreve como os discursos se organizam em torno de certas categorias discursivas comuns e, ao mesmo tempo, o modo como as variações dentro dessas categorias servem para marcar diferentes perspectivas acerca da diferença/diversidade sexual. A Stamford da Silva (2014), por sua vez, introduz a ideia importante de como o discurso jurídico constitui um espaço (“quadro cênico”) relativamente independente, mas que mantém constante relação com outras instâncias discursivas (o “entorno”), as quais, por sua vez, adentram o mundo do direito por meio de “invólucros” de juridicidade; essa perspectiva da interioridade-exterioridade do direito contribui para uma compreensão não reducionista do discurso judicial. Ainda, os estudos de Roesler e Santos (2014) possibilitam uma avaliação mais ampla, não de uma decisão judicial, mas de como o comportamento decisório varia no tempo, no espaço geográfico e na hierarquia judiciária.

O presente trabalho, embora não adote as premissas metodológicas de nenhuma das três pesquisas aqui referidas, num certo sentido abraça as preocupações fundamentais de cada uma delas. A temática das **variações no discurso judicial** proposta por Just (2016) assume, aqui, uma tríplice interrogação quanto às decisões objeto de análise, que de algum modo corresponde às ênfases que norteiam cada um desses outros estudos. Com Moraes e Camino (2016), examinam-se as **variações no interior dos discursos judiciais** – indagando-se quais são os materiais jurídicos e as técnicas de interpretação mais comumente utilizados nas decisões – e o modo como elas guardam conexão com problemas próprios da modernidade jurídica, como a discussão sobre o ativismo judicial e a separação de poderes; este conjunto de preocupações será abordado no capítulo terceiro. Por sua vez, com Stamford da Silva (2014), tem-se por relevante perquirir as **variações na interação discursiva direito-entorno**; interessa analisar de que modo os julgadores recorrem aos “argumentos não codificados” referidos por Just (2016), como essa interação é “involucrada” numa retórica de autonomia e objetividade, e se esse recurso pode revelar algo sobre o estágio atual de secularização do discurso jurídico. Enfim, com Roesler e Santos (2014), investigam-se as **variações discursivas nos diversos planos institucionais** – especialmente entre tribunais de distintas unidades da federação e entre eles e o Supremo Tribunal Federal.

2.2.2 Descrição do protocolo de pesquisa: desafios na coleta e análise dos dados

Dirimidas as questões teóricas e metodológicas, passa-se à descrição dos procedimentos de análise adotados. Os dados foram coletados em junho de 2015, por meio de consultas aos repositórios de jurisprudência disponíveis nos sítios eletrônicos dos vinte e seis tribunais estaduais brasileiros, do Tribunal do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Entre setembro de 2016 e fevereiro de 2017, as consultas foram refeitas, tendo em vista o aperfeiçoamento do sistema de alguns tribunais. A coleta e a análise dos dados se realizaram em três etapas principais.

A primeira consistiu na própria **consulta** a cada um dos repositórios de jurisprudência, a fim de se reunir o total de decisões pertinentes ao tema da pesquisa. Nesta etapa, fez-se necessário estipular alguns critérios de busca que tornassem possível e eficiente o manuseio dos dados no prazo disponível para análise. Optou-se por buscar as palavras-chave apenas na ementa, e não no inteiro teor das decisões, uma vez que esta segunda opção aumentava consideravelmente o número de resultados retornados pelo motor de busca e, em contrapartida, não influía no total de decisões relevantes, pois, se o objetivo era encontrar decisões nas quais fosse central a controvérsia sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, parecia razoável pressupor que essa centralidade se apresentaria no próprio texto da ementa.

As buscas iniciais pela palavra “homoafetiva” mostraram-se insuficientes, pois, aparentemente, alguns motores eram incapazes de identificar flexões de gênero e número. Ademais, conjecturou-se que o neologismo “homoafetivo” não apareceria nas primeiras decisões sobre o tema, o que tornou necessário a busca por sinônimas, a qual nem todos os motores realizam automaticamente. Decidiu-se então buscar por qualquer das palavras “homoafetivo”, “homoafetiva”, “homoafetivos”, “homoafetivas”, “homossexual” ou “homossexuais”, no texto da ementa. Isso foi feito utilizando-se o campo de busca avançada “Procurar resultados com qualquer uma das palavras”, quando disponível (por exemplo, no site do TJRS), ou, nos demais casos, utilizando-se o operador “OU” (por exemplo, no site do TJSP, preencheu-se o campo “Ementa” com a expressão “homoafetivo OU homoafetiva OU homoafetivos OU homoafetivas OU homossexual OU homossexuais”, sem as aspas). Obviamente, a opção por utilizar apenas os adjetivos “homoafetivo” e “homossexual” (e suas flexões de número e gênero) excluiu outras designações talvez utilizadas pelos órgãos judicantes – por exemplo, a expressão “união entre pessoas do mesmo sexo”, a qual traduz mais literalmente a comum expressão inglesa *same-sex relationship* –, mas que incluíam vocábulos

muito comuns, o que poderia aumentar excessivamente o número de resultados e tornar inviável a análise.

Ainda, como critério temporal, estipulou-se como data final do julgamento o dia 5/5/2011, quando o STF concluiu o julgamento da ADPF 132. Essa delimitação se justifica pelo fato de a decisão do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade possuir, em regra, efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, aplicando-se a todos os casos em todo o território nacional e retroagindo à data da vigência da norma em exame. Com isso, presumiu-se que o conflito interpretativo encerraria com o desfecho do julgamento,⁵⁸ ou, no mínimo, que as decisões porventura proferidas em dissonância com o entendimento do STF seriam rapidamente reformadas, tornando-as de pouca relevância para a compreensão do conflito no que interessa a este trabalho.

Em alguns tribunais, não foi possível utilizar-se das ferramentas do motor de busca para fixar esse critério temporal. Nos casos que tais, foi preciso descartar manualmente as decisões proferidas após 5/5/2011.⁵⁹

As buscas em todos os sites retornaram um total de **735 resultados**, cujos dados foram reunidos no APÊNDICE A.

A segunda etapa da pesquisa foi denominada **inspeção de relevância**. Procedeu-se a uma leitura inspecional (ADLER; VAN DOREN, 2010) de cada ementa apresentada nos resultados da etapa anterior, a fim de verificar-se a pertinência daquela decisão ao tema deste trabalho.

Aqui, os critérios foram consideravelmente mais rigorosos: era indispensável que o objeto central da decisão fosse a controvérsia sobre a interpretação do art. 226, § 3.º, da Constituição e o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Assim, foram consideradas irrelevantes as decisões em que essa discussão, conquanto presente, fosse apenas incidental ao verdadeiro objeto litigioso, como nos casos relativos a direitos previdenciários (p.

⁵⁸ Como se explorou no capítulo primeiro, esse “fim” do conflito interpretativo é também contingente e historicamente situado. A “última palavra” dada pelo Supremo Tribunal não encerra as divergências interpretativas, seja entre os juízes, entre a comunidade dos juristas praticantes ou mesmo entre a comunidade à qual a decisão se aplica. Nada impede que a interpretação agora “vencedora” seja superada por uma das que foram descartadas ou mesmo por uma nova interpretação que ainda não havia sido cogitada. Todavia, do que se pôde concluir da coleta de dados, não há quaisquer indícios de que a decisão interpretativa tomada pelo STF na ADPF 132 esteja sob ameaça de superação.

⁵⁹ Por exemplo, nos tribunais que utilizam o Portal de Serviços e-SAJ, o motor de busca não permite incluir apenas uma data final de julgamento e, além disso, exige um intervalo máximo de um ano entre as datas inicial e final. No caso do TJSP, que utiliza o e-SAJ, foram desconsiderados 152 acórdãos e uma decisão monocrática proferidas após 5/5/2011.

ex., pretensão ao recebimento de pensão por morte pelo companheiro sobrevivente), sucessões (direito do companheiro sobrevivente a herança e sua legitimidade para requerer a abertura do inventário), adoção por casais homoafetivos etc. Por outro lado, foram tidos por relevantes os julgados em que a pretensão ao reconhecimento da união homoafetiva era cumulada com a sua dissolução e respectiva partilha de bens, uma vez que nesses casos a discussão objeto deste trabalho era verdadeiramente central ao objeto da lide.

Foram ainda descartadas, na inspeção de relevância, as decisões em que não havia discussão de mérito, como recursos que tratavam de tutelas cautelares ou antecipadas (p. ex., arresto de bens como medida preparatória à dissolução da união), embargos de declaração e decisões relativas a questões processuais (p. ex., competência das varas de família para processar e julgar ações de reconhecimento da união homoafetiva). Em suma, foram tidos por relevantes, nos tribunais estaduais e no TJDFT, apenas os julgamentos de apelações e embargos infringentes, desde que atendidos os demais critérios.

Verificou-se ainda um número considerável de resultados nos quais não se disponibilizava o inteiro teor da decisão, possivelmente em virtude de entendimento relativo à extensão do segredo de justiça. Em alguns tribunais (foi o caso do TJPR), nem mesmo a ementa é disponibilizada no repositório de jurisprudência, quando o processo tramita sob segredo. Como o objeto deste trabalho é a decisão judicial enquanto discurso, foram consideradas irrelevantes as decisões cujo inteiro teor não pôde ser acessado.

Esta etapa resultou no descarte de 651 decisões, restando **64 decisões relevantes**. No APÊNDICE A se especificam os motivos de cada descarte e, no APÊNDICE B, listam-se os julgados relevantes.

A derradeira etapa da pesquisa consistiu efetivamente na **análise das decisões**. Como já se esclareceu, embora neste trabalho se faça análise das decisões e se considere a decisão enquanto discurso, não se recorre aqui a qualquer dos métodos propostos pela corrente conhecida por “análise do discurso”. Isso porque, dos quatro níveis da retórica da objetividade mencionados por Just (2016) – a decisão interpretativa, a justificação, a invocação de argumentos não codificados e a estrutura argumentativa do discurso – esta pesquisa se concentra apenas nos dois planos intermediários, sendo que a metodologia da análise do discurso serviria melhor, segundo o próprio Just, à investigação do quarto nível de recursos estratégicos de que se vale o intérprete. Optou-se, então, por construir uma metodologia de exame das decisões judiciais a partir da ideia de **leitura analítica** de Adler e Von Doren (2010). Embora as prescrições dos autores tenham por escopo lidar com a leitura de livros, a

compreensão da decisão judicial enquanto discurso permite (em verdade, recomenda) que se explore a fecundidade de aplicar as técnicas e métodos de análise de livros ao discurso judicial. Aliás, partindo-se da premissa de que o discurso judicial constitui um tipo específico de discurso prático, podem-se ainda aplicar as regras especiais de leitura de livros práticos apontadas pelos mesmos autores (ADLER; VON DOREN, 2010, p. 199-209).

A etapa de análise foi subdividida em três fases. Na primeira, interessava verificar a **formação da decisão**: qual o resultado? A decisão foi tomada à unanimidade ou por maioria? Constatou-se que a classificação em resultados “favoráveis” e “desfavoráveis” à equiparação da união homoafetiva à união estável heterossexual – tal como utilizada por Roesler e Santos (2014) – não dava conta do modo como, na prática, os tribunais lidaram com a matéria. Optou-se, então, por distinguir os casos em que a decisão resultou (1) no reconhecimento da união homoafetiva como **entidade familiar**; (2) no reconhecimento da união homoafetiva como **sociedade de fato**; (3) na **impossibilidade** de atribuição de quaisquer efeitos jurídicos à união homoafetiva; ou (4) na não atribuição de efeitos jurídicos à união homoafetiva por **ausência de prova**. Os resultados estão sintetizados no APÊNDICE C.

Na segunda fase, identificaram-se os **materiais jurídicos** utilizados pelos julgadores, no sentido de Kennedy (2008). A classificação utilizada foi a seguinte: (1) texto constitucional; (2) texto de lei; (3) texto de norma infralegal; (4) texto de direito positivo estrangeiro; (5) precedentes ou súmulas do próprio tribunal; (6) precedentes ou súmulas de outros tribunais de igual hierarquia; (7) precedentes ou súmulas de tribunais superiores; (8) precedentes ou súmulas estrangeiros; (9) doutrina ou literatura jurídica nacional; (10) doutrina ou literatura jurídica estrangeira; e (11) literatura não jurídica. Por literatura não jurídica entenderam-se as referências a textos que não podiam ser considerados “doutrina ou literatura jurídica”, por exemplo, aqueles produzidos nos campos da biologia, economia, estatística, filosofia, literatura, psicologia, teologia etc. Resumiu-se a análise no APÊNDICE D.

A terceira fase consistiu na catalogação das **formas argumentativas de justificação** da decisão interpretativa, seguindo-se a proposta de Just (2016, p. 579-580) de classificá-las como argumentos construídos a partir (1) da tradição dos **brocardos**, (2) dos cânones da **metodologia clássica** (literal/gramatical, sistemático, histórico e teleológico, considerando-se ainda, nesta categoria, a integração por analogia) ou (3) das **metodologias “pós-positivistas”**. A classificação dos argumentos concretamente empregados nas decisões enfrentou diversas dificuldades: não há um consenso entre os proponentes de teorias hermenêuticas normativas quanto a essa tipologia e quanto ao modo “correto” de se desenvolver os respectivos métodos

de interpretação; os discursos interpretativos tendem a mesclar essas estruturas interpretativas, especialmente no caso da interpretação teleológica, que raramente aparece numa forma “pura” – corroborando-se a conclusão de Roesler e Santos (2014, p. 625) quanto ao uso de “argumentações híbridas”; e, por vezes, os juízes anunciam que procederão a um determinado método interpretativo, e, na verdade, empregam outro. Essas dificuldades de enquadramento, no entanto, deram azo a alguns caminhos férteis de análise, por exemplo, quanto ao caráter predominantemente retórico (persuasivo) dos princípios, na linha sugerida por Jakab (2009), conforme se explorará no capítulo terceiro.

Nessa fase, durante as primeiras análises se percebeu que a discussão sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar estava frequentemente entremeado com o problema da separação dos poderes, mais especificamente no tocante a ideia da dimensão criadora da interpretação. Tanto os votos dos ministros do STF como diversas decisões de tribunais estaduais incluem em seu discurso uma argumentação específica para lidar com a admissão ou negação de que o juiz cria direito ao decidir. Julgou-se pertinente, pois, identificar em quais decisões essa atividade criadora do intérprete é (1) admitida, (2) negada ou (3) ignorada. A análise dessas indagações foi condensada no APÊNDICE E.

No que se refere especificamente à decisão do STF na ADPF 132, obviamente não se aplicaram os procedimentos metodológicos de coleta – já que se tratava de uma única decisão. Quanto às etapas de análise, foi necessário adaptar a classificação quanto ao resultado da decisão, pois, tratando-se de ação abstrata, não havia a possibilidade de julgar-se com fundamento em “ausência de prova”. No mais, os procedimentos foram seguidos nos mesmos termos.

3 RESULTADOS: A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES E OS ARGUMENTOS NÃO CODIFICADOS NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

3.1 ASPECTOS GERAIS: FORMAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

O objetivo deste capítulo é expor os resultados da coleta e análise dos julgados, desde os aspectos gerais e quantitativos até a descrição das formas concretas de justificação – os brocardos, os cânones clássicos e as metodologias pós-positivistas – e os argumentos não codificados empregados nas decisões.

Consoante se aduziu no capítulo segundo, na fase de coleta de dados reuniram-se 753 decisões, das quais apenas 66 foram reputadas relevantes. Esses números são significativamente distintos daqueles apresentados por Roesler e Santos (2014) em pesquisa semelhante, razão pela qual alguns esclarecimentos adicionais se mostram necessários. O número maior de decisões encontradas nas buscas (735 aqui, contra 325 na pesquisa referida) se explica por dois fatos: primeiro, neste trabalho se adotou apenas um critério temporal final, de modo que surgiram decisões anteriores a 11 de janeiro de 2003, marco inicial considerado naquele trabalho; segundo, o termo utilizado por aqueles autores foi apenas a expressão “união homoafetiva”, ao passo que aqui a busca foi feita por qualquer das palavras “homoafetivo”, “homoafetiva”, “homoafetivos”, “homoafetivas”, “homossexual” ou “homossexuais”. Por sua vez, o número significativamente menor de decisões consideradas relevantes (64 aqui, 186 lá) se explica pelo filtro de relevância mais rigoroso utilizado neste trabalho, pelo qual se buscou restringir a análise aos casos em que a discussão sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar era central. Na Figura 1, as decisões relevantes se acham distribuídas por ano e, na Figura 2, por tribunal:

Figura 1 – Número de decisões relevantes por ano

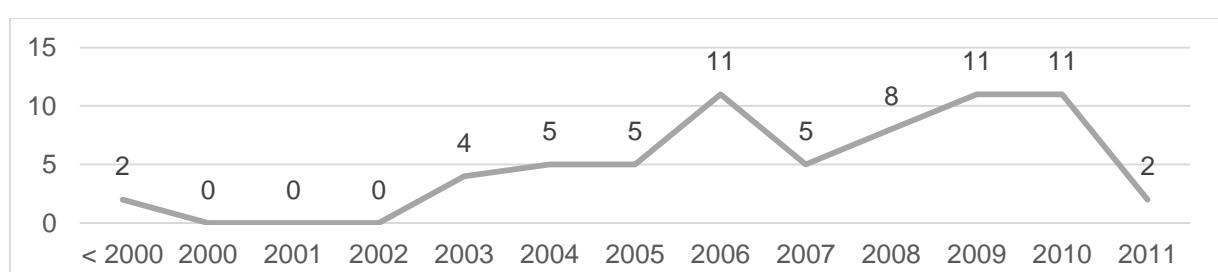
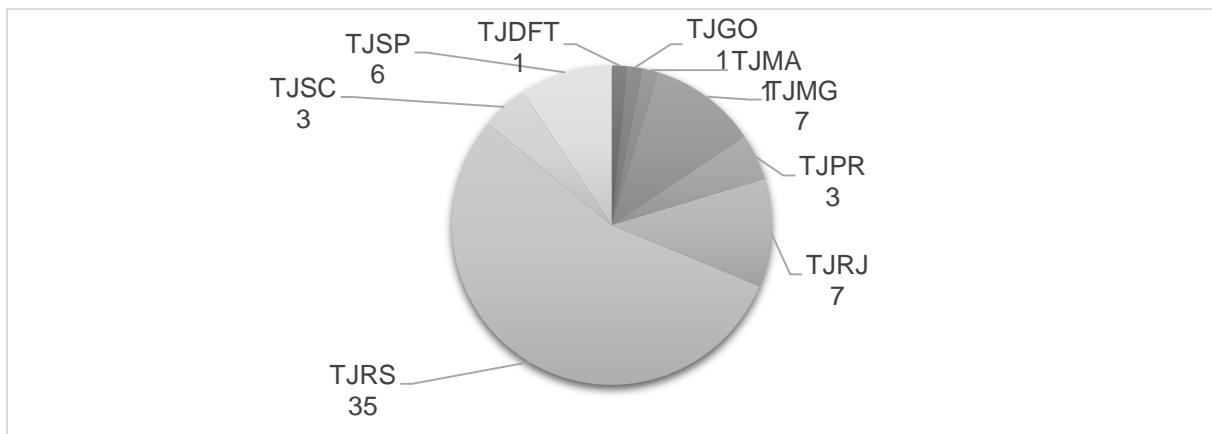


Figura 2 – Número de decisões relevantes por tribunal



Há, como se vê, uma grande disparidade na distribuição geográfica dos casos relevantes. Enquanto mais da metade das decisões foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nenhuma decisão tida por relevante foi prolatada pelos tribunais dos estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins. Diversos fatores precisam ser levados em consideração, porém, ao se interpretar esse resultado; não se pode presumir que os tribunais nos quais há mais decisões relevantes tenham sido aqueles que mais foram instados a decidir sobre o tema. Na verdade, diversas limitações técnicas podem ter impedido a coleta de todos os dados que de fato existem na história dos tribunais, algumas das quais foram mencionadas no capítulo anterior. Além delas, não se pode descartar a hipótese de que algumas ações tenham transitado em julgado sem recurso ao tribunal (cf. ROESLER; SANTOS, 2014, p. 619), o que os torna invisíveis aos sistemas de busca, que não alcançam decisões de primeira instância.

O “caos” de racionalidade começa a se revelar ao se separarem as decisões de conformidade com o resultado do julgamento. Durante todo o período pesquisado, não se vislumbra a formação de uma jurisprudência, no sentido dum conjunto de decisões reiteradas na mesma direção; ao contrário, os julgados continuam a se dispersar até o ano de julgamento da ADPF 132 pelo STF, sendo, até então, impossível discernir uma tendência de uniformização em qualquer sentido (cf. Figura 3). No que se refere aos resultados por tribunal, na maioria deles não há número de decisões suficientes para se perceber uma tendência jurisprudencial; mas, nas cortes que possuem mais de uma decisão relevante (RS, MG e RJ, SP, PR e SC, em ordem decrescente), apenas no Paraná as decisões são uniformes (todas rejeitam o pedido com fundamento na ausência de prova). Em todas as outras, há dispersão dos resultados, como ilustra a Figura 4.

Figura 3 – Resultado das decisões relevantes por ano

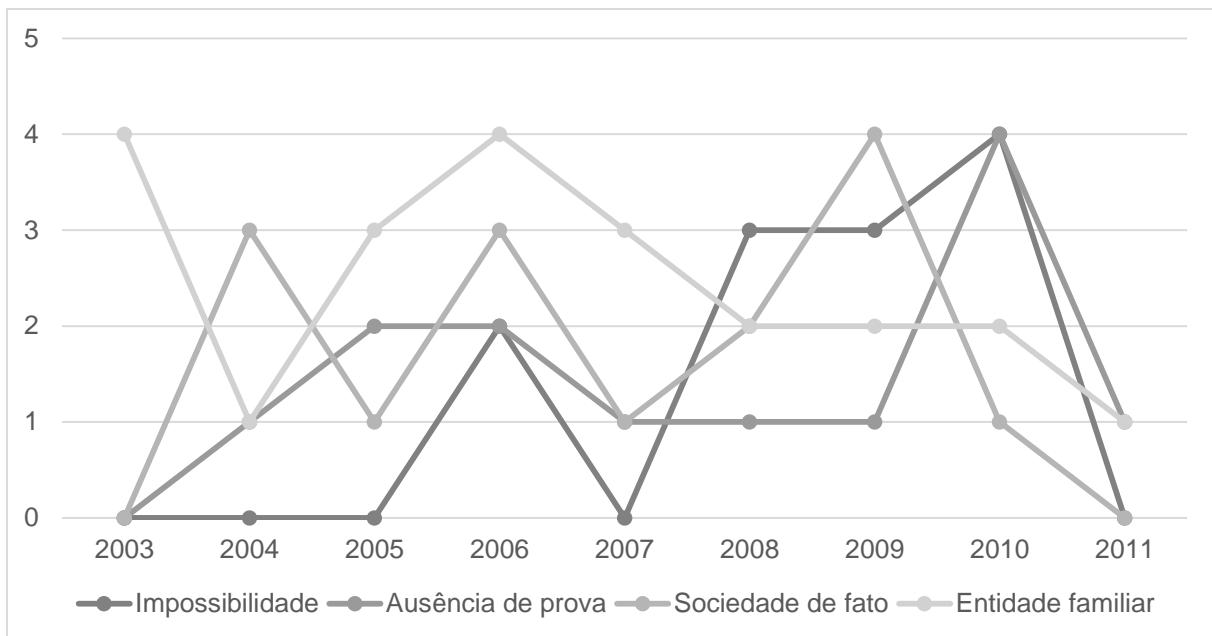
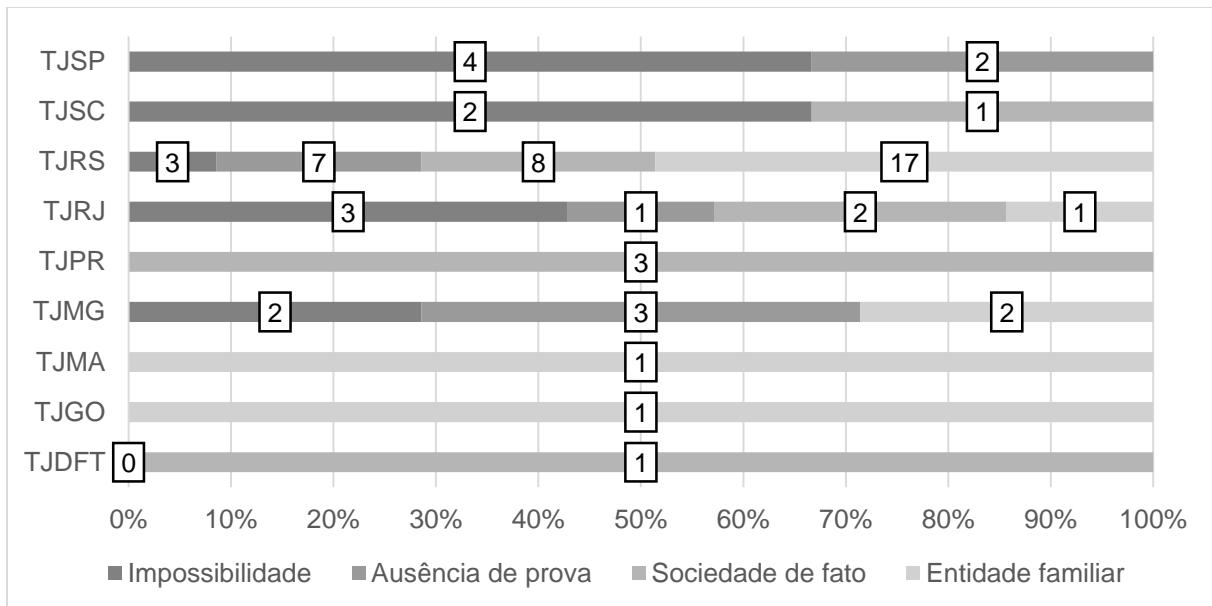


Figura 4 – Resultado das decisões relevantes por tribunal



A separação do resultado das decisões em quatro categorias (reconhecimento da união homoafetiva como **entidade familiar**; reconhecimento da união homoafetiva como **sociedade de fato**; **impossibilidade** de atribuição de quaisquer efeitos jurídicos à união homoafetiva; ou não atribuição de efeitos jurídicos à união homoafetiva por **ausência de prova**), em vez de simplesmente distinguir-se entre o acolhimento ou a rejeição do pedido, possibilitou que se verificasse um movimento decisório interessante. Alguns desembargadores que, inicialmente, votavam pela impossibilidade de se equiparar a união homoafetiva à entidade familiar

(casamento ou união estável), posteriormente passam a admitir tal reconhecimento, em tese, porém continuam a rejeitar os pedidos feitos nesse sentido, agora sob o fundamento da ausência de provas da constância da união ou da presença da *affectio maritalis*.

No TJRS, por exemplo, o desembargador José Conrado de Souza Júnior profere em 2009 três votos contrários à equiparação da união homoafetiva a entidade familiar,⁶⁰ em 2010, porém, afirma ter mudado de posição e passa a reconhecer efeitos próprios do direito de família a tais uniões, embora denominando-as de “parcerias civis”, nos moldes do direito francês; não obstante esse reconhecimento em tese, o julgador entende estar diante de caso concreto “em que não se revelam suficientes os documentos juntados e os depoimentos das testemunhas para demonstrar a existência da Parceria Civil entre os litigantes”, muito embora afirme também que “não há dúvida de que Darim e Francisco moraram sob o mesmo teto durante muitos anos” (RIO GRANDE DO SUL, 2010, p. 1, 11). Conquanto esteja fora dos limites desta pesquisa avaliar se o juiz valorou a prova adequadamente, é curioso que a sua admissão hipotética da “parceria civil” entre pessoas do mesmo sexo não tenha resultado em nenhuma decisão pelo seu efetivo reconhecimento num caso concreto.⁶¹ O crescimento do número de decisões que indeferem o pedido por ausência de prova, em 2010, parece indicar uma mudança estratégica na estrutura argumentativa adotada por alguns juízes que, antes, negavam o reconhecimento da união homoafetiva com fundamento na sua impossibilidade (jurídica): a distinção entre “questões de fato” e “questões de direito”⁶² é manejada retoricamente de modo que o resultado prático da decisão fica inalterado (continua-se negando efeitos à união homoafetiva), porém reduz-se o “custo” argumentativo evadindo-se das discussões sobre o caráter preconceituoso da legislação vigente, a inércia legislativa etc.

Ainda no tocante à análise do resultado das decisões, verificou-se que, a despeito da dispersão interna nos tribunais, a imensa maioria dos julgamentos foi concluída por unanimidade – o que indica que as divergências se instalaram entre as câmaras ou turmas julgadoras, mas não no interior de cada órgão fracionário. A exceção é o TJRS, no qual, das 35 decisões relevantes, 24 foram proferidas por maioria. A explicação para esse elevado número

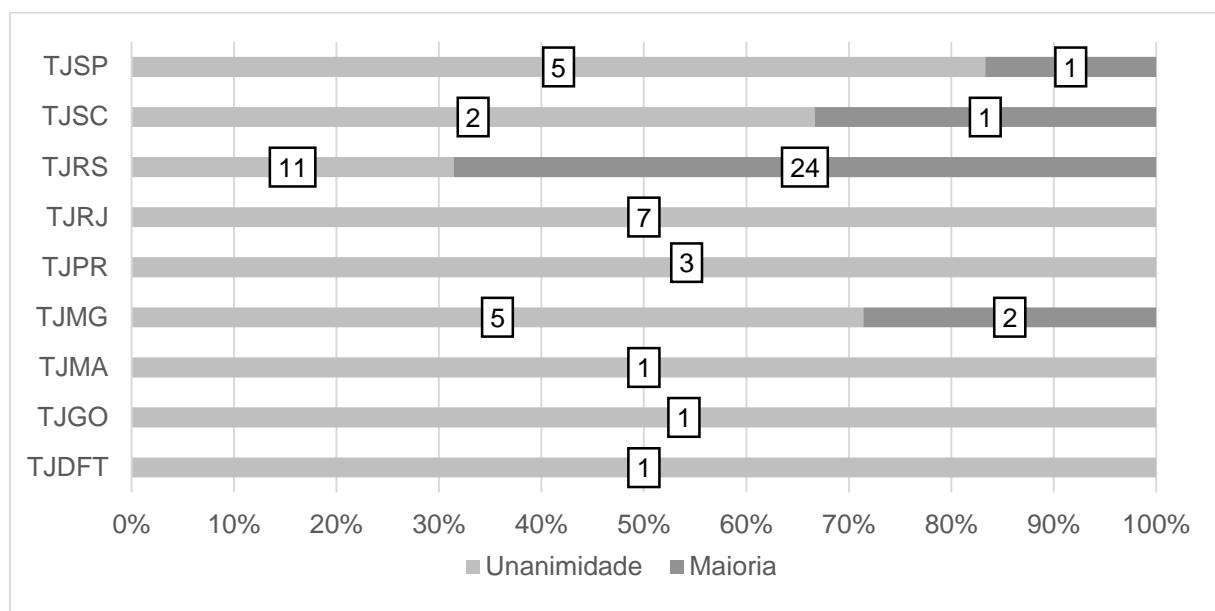
⁶⁰ Nas apelações cíveis 70026584698, 70028838308, o pedido era de equiparação à união estável; na apelação 70030975098, de habilitação para casamento.

⁶¹ Mesmo após esse voto em que aduz sua mudança de posição, o mesmo desembargador acompanhou decisão por ausência de prova em outro caso tido por relevante (apelação cível 70034750901) e, em outra ocasião, acompanhou voto pelo reconhecimento apenas da sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo (embargos infringentes 70037917184).

⁶² A (in)distinção entre questões de fato e questões de direito é analisada por Muniz (2013), sob o ponto de vista da retórica analítica de Adeodato, com amplo exame da jurisprudência do STJ em casos de improbidade administrativa dolosa.

de julgamentos não unâimes está na forma peculiar de composição dos órgãos fracionários daquela corte. Segundo o art. 24 do Código de Organização Judiciária daquele estado, com a redação vigente até a superveniência da Lei 13.974/12, “as Câmaras Separadas compõem-se de quatro (04) Desembargadores, dos quais apenas três participarão do julgamento” (RIO GRANDE DO SUL, 1980), de modo que em cada câmara há quatro diferentes combinações de desembargadores. Essa maior diversidade na composição, decerto, contribui para a formação de julgamentos não unâimes, conforme ilustra a Figura 5.

Figura 5 – Formação da decisão colegiada (por unanimidade ou por maioria) por tribunal



3.2 AS FORMAS DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS

O fim principal da etapa analítica consistia em proceder a uma “cartografia” das formas de justificação da decisão interpretativa relativa ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Fala-se, aqui, em **decisão interpretativa** no sentido empregado por Just (2016, p. 579) da “atribuição, ao texto normativo relevante, de uma interpretação que se presume ter validade geral”,⁶³ em detrimento de outras que pudessem ser igualmente cogitadas no caso em questão. Aqui, portanto, não se tem em vista exatamente o resultado do julgamento, com a procedência (total ou parcial) ou improcedência dos pedidos deduzidos em juízo em cada

⁶³ No original: “[the] ascription to the relevant normative text of an interpretation assumed to have general validity”.

caso. Cogita-se, na verdade, de apenas uma etapa da tomada de decisão em sentido amplo, conquanto se reputa que, no caso das uniões homoafetivas, tratou-se de uma etapa central, porquanto na maioria dos julgados o conflito de interesses foi, do ponto de vista da estratégia argumentativa, reduzido ao conflito interpretativo.

No âmbito dos tribunais estaduais, a pretensão dos jurisdicionados ao reconhecimento da união homoafetiva foi, basicamente, reduzida à seguinte indagação: **o texto do art. 1.723 do Código Civil⁶⁴ protege ou não, sob o regime do direito de família, a união estável entre pessoas do mesmo sexo?** Não se discutia, decerto, se tais uniões são permitidas pelo direito; estava pressuposto que sim, que pertence à esfera de liberdade dos indivíduos exercer sua sexualidade e afetividade do modo como lhes convém. A discussão era sobre de que tipo de proteção jurídica podem gozar, à luz do art. 1.723 do CC, tais uniões. **O debate polarizava-se entre aqueles que interpretavam o texto normativo como excluindo as uniões homoafetivas (“n1”) e aqueles que lhe atribuíam um significado inclusivo, admitindo a proteção do direito de família (“n2”).** Todavia, entre aqueles que adotavam a interpretação “n1”, alguns defendiam que às uniões entre pessoas do mesmo sexo não se podia atribuir qualquer efeito de direito (n1’), ao passo que outros entenderam possível regulá-las segundo as regras das sociedades de fato (n1’’), como outrora se fez com o concubinato e como ficou cristalizado na Súmula 380 do STF. Como essas diferenças não dizem respeito à interpretação do art. 1.723 do CC, tais decisões foram tratadas como meras variações de “n1”, de modo que, na análise das formas argumentativas, serão abordadas em conjunto as decisões cujo resultado foi classificado como “impossibilidade” ou “sociedade de fato”. Portanto, 29 julgados adotaram a interpretação “n1”; 22 interpretaram segundo “n2”; e, em 13 decisões, a fundamentação foi deslocada da interpretação da norma para a qualificação dos fatos (“n0”), uma estratégia argumentativa peculiar a qual, por merecer maiores investigações, há de ser tratada noutra oportunidade.

Já no âmbito do STF, como se tratava do julgamento de ação abstrata, o caráter hermenêutico do conflito se sobressai; todavia, a questão posta ao tribunal era ligeiramente distinta, pois ali se indagava acerca da constitucionalidade do art. 1.723 do CC. O conflito interpretativo, portanto, poderia ser resumido do seguinte modo: é constitucional ou

⁶⁴ Em vários acórdãos, os fatos haviam ocorrido antes da vigência do Código Civil de 2002, razão pela qual os tribunais recorrem aos textos legais da legislação esparsa que, outrora, regia as uniões estáveis – especialmente a Lei 9.278/1996. Todavia, a diferença entre o art. 1º dessa lei e o art. 1.723 do Código Civil de 2002 jamais foi objeto da controvérsia sobre que se cuida neste trabalho, de modo que, por simplificação, optou-se por sintetizar o conflito interpretativo com remissão ao texto da lei atualmente em vigor, e que, no mais das vezes, foi a disposição normativa invocada nas decisões analisadas.

inconstitucional a interpretação do art. 1.723 do Código Civil que não reconhece a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar? Como todos os ministros votaram (com nuances) pela inconstitucionalidade dessa interpretação, não há distinção a fazer para efeito de análise dos votos.

A partir dessas colocações, as formas de justificação utilizadas nos tribunais e no STF foram identificadas, segundo a tipologia já aduzida, como argumentos construídos a partir (1) da tradição dos **brocados**, (2) dos cânones da **metodologia clássica** (literal/gramatical, sistemático, histórico, teleológico e, ainda, a integração por analogia) ou (3) das **metodologias “pós-positivistas”**.

3.2.1 O uso residual dos brocados interpretativos

Quanto aos brocados interpretativos – definidos como “regras de Direito, muito breves e formuladas quase sempre em latim”, pelos quais se pretende orientar a decisão interpretativa ou a sua justificação (MAXIMILIANO, 2011, 196) –, estes foram utilizados em apenas 17 do total dos julgados, sendo em 6 de “n1”, 6 de “n2” e 5 de “n0”. Em todo caso, o seu emprego assume caráter nitidamente residual, apenas reforçando ou “coroando” algum outro argumento interpretativo. Por exemplo, em decisões por “n1”, às vezes se utiliza um brocado em conexão com um argumento gramatical, em raciocínio que pode ser assim sintetizado:

- A expressão “entende-se, também” (art. 226, § 4.º, da Constituição) indica que a regra geral é a família iniciada pelo casamento; logo, a união estável é excepcional (**argumento gramatical**);
- As exceções se interpretam restritivamente (**brocado**);
- Logo, a regra que reconhece a união estável como entidade familiar deve ser interpretada restritivamente.

Essa estrutura argumentativa (interpretação gramatical associada a brocado) aparece em diversos votos do desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, do TJRS, como na apelação cível 70015674195:

a própria união de um homem e uma mulher não casados deve ser examinada restritivamente, porque ela é excepcional. E foi exatamente assim que tratou o Novo Código Civil, onde ficou claramente privilegiado o casamento civil, mas admitiu que a união estável constituída entre homem e mulher fosse merecedora de cuidadosa regulamentação.

É que a lei diz que a família inicia com o casamento, e quando o legislador constituinte disse que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...)” e “entende-se, também, (...) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, está excepcionando a regra geral de que a família começa com o casamento. E não se pode, por princípio elementar de hermenêutica, interpretar ampliativamente a exceção.

Outro uso dos brocados verificado na análise, também em conjugação com um argumento de interpretação sistemática, consiste em enfatizar o campo semântico dos vocábulos “homem” e “mulher” e, em seguida, consignar o brocado “a lei não contém palavras inúteis” (*verba cum effectu sunt accipienda*), para concluir que apenas as uniões heterossexuais devem receber os efeitos de união estável. Essa estrutura aparece, por exemplo, no julgamento do processo 0127501-59.2008.8.26.0000 no TJSP:

Diz, ainda, a Constituição Federal, no parágrafo 3º, do artigo 226: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (igualmente sem destaque no original).

É princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis, *verba cum effectu sunt accipienda*. As palavras inseridas na norma, portanto, devem ser compreendidas como possuidoras de eficácia.

Nessa linha, o que se pode extrair da atual sistemática normativa é que o legislador limitou ao relacionamento heterossexual o status de união estável, não só porque expressamente fez referência à necessária diversidade de sexos, mas também impôs a necessidade de facilitação da conversão desta em casamento, instituto que a lei não alberga para os relacionamentos homoafetivos.

Já nos julgamentos por “n2”, o brocado aparece em associação com um argumento de interpretação sistemática, com a seguinte estrutura, tomada literalmente de voto do desembargador Rui Portanova, do TJRS, nos embargos infringentes 70034811810:

- “Em todo o ordenamento jurídico, não se encontra um dispositivo legal proibindo seja a relação afetiva homossexual seja a proibição de que o juiz retire efeito das relações homossexuais” (**argumento sistemático**);
- “[Segundo Kelsen,] o brocado *permittitur quod non prohibetur* (o que não é proibido é permitido) afasta qualquer possibilidade de existência de lacuna no ordenamento jurídico” (**brocado**);
- “Logo, utilizando-se a mesma máxima e o mesmo raciocínio de Kelsen podemos dizer, sem medo de errar que, já que não é proibida, a união homossexual, ela é permitida pelo Direito”.

À luz desses exemplos, pode-se afirmar que o uso dos brocados interpretativos é residual, porém não meramente ornamental. Eles são empregados não apenas em caráter de

reforço argumentativo, mas também como premissa na construção de um argumento de outra espécie (gramatical, sistemático), e, nesse sentido, assumem um papel efetivo na justificação das decisões. Portanto, embora os dados confirmem a observação de Maximiliano (2011, p. 195) de que a sua citação “vai-se tornando cada vez menos frequente”, os adágios interpretativos ainda possuem algum prestígio no raciocínio estratégico do jurista praticante.

3.2.2 O uso dos métodos clássicos: prestígio prático e argumentação híbrida

Conforme já se antecipou, os dados coletados indicaram a preponderância no emprego dos métodos clássicos de interpretação, aqui classificados em grammatical, histórico, sistemático e teleológico. Considerou-se ainda como parte dos cânones clássicos a analogia, a qual, embora geralmente descrita na “dogmática hermenêutica” como um método de integração, não está dissociada da atividade interpretativa; afinal, seguindo-se esse discurso dogmático, apenas se recorre à analogia quando há lacuna, e a constatação da lacuna é uma operação hermenêutica (FERRAZ JR., 2007, p. 313-314).

A identificação dos métodos utilizados, porém, enfrentou sérios dilemas de “enquadramento” na tipologia proposta, seja porque os juízes se utilizam de “argumentação híbrida”, seja porque empregam os métodos de forma inconsistente, ou, ainda, porque as próprias definições utilizadas a princípio se mostraram insuficientes para dar conta da complexidade da argumentação efetivamente adotada. Este item dá conta dos resultados da análise no que se refere aos cânones clássicos e das dificuldades percebidas, bem como propõe a conclusão (parcial) de que tais métodos possuem um elevado prestígio na argumentação prática dos juristas, a despeito das fortes críticas que enfrentam no plano teórico, em virtude de seu efeito retórico de conferir objetividade ao discurso jurídico.

3.2.2.1 Interpretação grammatical

Por **interpretação grammatical**, entendeu-se aquele tipo de argumento que enfatiza a literalidade (ou textualidade) dos enunciados normativos, seja para “identificar o sentido de uma palavra” (KRELL, 2014, p. 303), seja para explicitar o significado do enunciado a partir das relações entre os vocábulos empregados. Aqui se tem em mente a distinção entre a

semântica e a sintaxe, sendo que a argumentação voltada a ambas as dimensões é considerada parte da interpretação gramatical.

As decisões que recusam o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (“n1”) fazem uso abundante da interpretação gramatical, geralmente enfatizando a distinção no campo semântico dos vocábulos “homem” e “mulher”, presentes tanto no art. 1.723 do Código Civil (“é reconhecida como entidade familiar a união estável **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”) como no art. 226, § 3º, da Constituição (“para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). Esse argumento semântico, por vezes, é ladeado por um recurso à sintaxe, já que – defende-se – a conjunção “e” (“entre o homem e a mulher”) implica a alteridade como requisito essencial à união estável (presença cumulativa de um indivíduo do sexo masculino e outro, do sexo feminino). Na maioria das vezes, porém, esse argumento se apresenta na forma dum entimema (SOBOTA, 1995), pois as distinções semânticas entre os vocábulos “homem” e “mulher” e a alteridade são tomadas por autoevidentes, não se encontrando a explicitação dessas premissas na estrutura discursiva empregada. Exemplos dessa estrutura entimemática são apresentados no Quadro 1.

Quadro 1 – Argumentos gramaticais na interpretação “n1” dos tribunais estaduais: a distinção semântica entre “homem” e “mulher” e a função sintática da conjunção “e”

| Tribunal | Processo | Argumento (grifos acrescidos) |
|----------|-------------------------------|--|
| TJDFT | 20060111329716APC | “Com efeito, a união estável reconhecida como entidade familiar, prevista pela Constituição Federal e regulamentada por lei, é a estabelecida entre homem e mulher , de forma pública, duradoura e contínua, com o objetivo de constituição de família (art. 1723 do CC). [...] A Constituição Federal (art. 226, § 3º), a Lei 9.278/96 (art. 1º) e o Código Civil (art. 1.723) deixam claro que a união estável reconhecida como entidade familiar é a estabelecida entre pessoas de sexo diferentes. ” |
| TJMG | 7640886-17.2007.8.13.0024 (1) | “A união estável, para efeito de proteção do Estado, é aquela havida entre homem e mulher como entidade familiar. [...] A diversidade de sexo continua a ser requisito fundamental tanto para a celebração do |

| | | |
|------|-------------------------------|---|
| | | casamento, quanto para o reconhecimento da união estável , razão pela qual não se pode conceber a mesma natureza jurídica desses institutos às relações homoafetivas.” |
| TJMG | 5371218-79.2004.8.13.0024 (1) | “Nada obstante, não se me afigura possível o seu pedido, de reconhecimento de união estável na relação que teve com o finado – [...] -, porquanto a Lei 9.278/96, que regula esse específico instituto, é expressa em limitar a relação homem-mulher em suas normas regulamentares e protetivas.” |
| TJPR | 361703-4 | “Uma vez reconhecida a união homoafetiva entre as partes, deve-se proceder à partilha dos bens adquiridos durante a união, nos moldes da sociedade de fato, uma vez que a união homossexual não foi reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. Isso ocorre porque a união estável requer a diversidade de sexos para a sua caracterização , o que não se verifica na união homossexual.” |
| TJPR | 175784-4 | “Porém, a Constituição Federal (art. 226, § 3º) reconhece a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, dispondo, por seu turno, o art. 1º da Lei 9.278, de 1996, verbis: [...] Valiosa doutrina, comparando os dois dispositivos (art. 226, § 3º, da Constituição Federal e art. 1º da Lei 9278/96) indica ser necessária a presença de quatro elementos essenciais para caracterização da união estável: ‘a dualidade de sexos , o conteúdo mínimo da relação, a estabilidade e a publicidade’.” |
| TJPR | 214205-8 | “Conquanto as uniões homossexuais não possam ser juridicamente consideradas como união estável, porquanto esta pressupõe a convivência more uxório entre um homem e uma mulher , conforme dicção do artigo 1º, da Lei nº 9.278, de 10.5.96, de qualquer sorte o Direito deve responder positivamente para o enquadramento dos fatos às normas pertinentes à solução dos impasses decorrentes desse tipo de situação.” |
| TJRJ | 0047628-75.2003.8.19.0001 | “Com efeito, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8971/94, dão o conceito de família para o |

| | | |
|------|---------------------------|---|
| | | <p>reconhecimento de união estável, que, no entanto, não se aplicam às relações entre indivíduos do mesmo sexo, caso destes autos.</p> <p>O Colendo S.T.J. também já se pronunciou:</p> <p>[...] A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.”</p> |
| TJRJ | 0007340-64.1998.8.19.0000 | <p>“[...] se a Carta Política não lhe nega a opção sexual, também não ampara a relação homossexual.</p> <p>No título “Da Ordem Social”, tratando a Carta Magna, no seu Capítulo VII, sobre a família, consigna que [...] Resulta, daí, uma clara interpretação de que o Estado protegerá a união entre pessoas de sexo oposto e não, elementos do mesmo sexo. Tanto assim que determina esforços estatais no sentido de facilitar a conversão dessa união em casamento.”</p> |
| TJRJ | 0006973-50.1992.8.19.0000 | <p>“O concubinato, por seu turno, é a união livre e estável de um homem com uma mulher, na linha do direito brasileiro, que não altera o estado civil dos concubinários, na qual são mantidas relações e da qual é constituída uma família (natural ou ilegítima), em que os concubinários convivem notoriamente sob o mesmo teto (more uxório), como se marido e mulher fossem com fidelidade recíproca, sem embargo do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal.”</p> |
| TJRS | 70028838308, 70026584698 | <p>“Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário de outros países, tais como, por exemplo, o alemão, francês, sueco e dinamarquês, ou mesmo o holandês, que prevê o casamento civil, não reconhece como união estável o relacionamento amoroso público, contínuo e duradouro existente entre pessoas do mesmo sexo.</p> <p>De outro canto, imperativo observar-se que, no caso, não se pode aplicar analogia, porquanto tanto o texto constitucional, quanto o infraconstitucional são</p> |

| | | |
|------|------------------------------|---|
| | | claríssimos em referir a união entre “homem” e “mulher”, isto é, diferenciando, pois, os sexos.” |
| TJRS | 70007336019, 70007911001 | “O relacionamento homossexual de dois homens não se constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996.” |
| TJSC | 2007.036284-6, 2006.046480-0 | <p>“Inicialmente, cumpre ressaltar que o artigo 1º da Lei n.º 9.278/96, ao regular o § 3º do art. 226 da Carta Política, reconhece a convivência duradoura, pública e contínua de um homem com uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família, como uma entidade familiar.</p> <p>Seguindo o mesmo rumo, o Código Civil/2002 dispõe no art. 1.723, caput, que: [...]</p> <p>Faz-se necessário esclarecer, por conseguinte, que a Carta Magna, bem como a legislação infraconstitucional, considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos relacionamentos eventualmente havido entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, não há como se equiparar a união homoafetiva à união estável.</p> <p>Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, não há disposições legais que regulamentem a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.”</p> |
| TJSC | | <p>“A propósito, observe-se que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal estabelece que [...]</p> <p>Por sua vez, a Lei 9.278/96, que regulamenta a matéria, praticamente reproduziu o texto constitucional, fazendo constar em seu art. 1º que [...]</p> <p>O art. 1.723 do Código Civil igualmente dispõe que [...]</p> <p>Verifica-se, portanto, que o conteúdo das mencionadas normas estabelecem expressamente como um dos requisitos à configuração da união estável e seu reconhecimento como entidade familiar a convivência entre homem e mulher, ou seja, deve</p> |

| | | |
|------|---------------------------|---|
| | | haver a diversidade de sexos. Afasta-se, desta forma, qualquer possibilidade de se reconhecer tal instituto em relação às pessoas do mesmo sexo, o que caracteriza o pedido exordial como juridicamente impossível, não se podendo aplicar a analogia na hipótese, como pretende a apelante.” |
| TJSP | 0127501-59.2008.8.26.0000 | <p>“Diz, ainda, a Constituição Federal, no parágrafo 3o, do artigo 226: [...]”</p> <p>É princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis, <i>verba cum effectu sunt accipienda</i>. As palavras inseridas na norma, portanto, devem ser compreendidas como possuidoras de eficácia.</p> <p>Nessa linha, o que se pode extrair da atual sistemática normativa é que o legislador limitou ao relacionamento heterossexual o status de união estável, não só porque expressamente fez referência à necessária diversidade de sexos, mas também impôs a necessidade de facilitação da conversão desta em casamento, instituto que a lei não alberga para os relacionamentos homoafetivos.”</p> |
| TJSP | 0120213-89.2010.8.26.0000 | “ A diversidade de sexos desponta como pressuposto objetivo ao reconhecimento da união estável. Claríssima, a respeito, a Constituição Federal (art. 226, parágrafo 3o), bem como o disposto no art. 1.723 do Código Civil.” |
| TJSP | 0342262-77.2009.8.26.0000 | “ O texto da lei também é expresso. A união estável somente se dará entre homens e mulheres. ” |
| TJSP | 9094649-23.2008.8.26.0000 | “ Nos termos do artigo 1.723, do Código Civil, a união estável exige, como requisito para a sua configuração, o relacionamento entre pessoas de sexo oposto. ” |

Em uma ocasião, um argumento gramatical do tipo semântico, semelhante a esse, é empregado em conjugação com interpretação sistemática. No julgamento do processo 70030975098, no TJRS, o relator recorreu ao texto normativo do art. 1.565 do Código Civil, segundo o qual “pelo casamento, homem e mulher assumem **mutuamente** a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Ato contínuo, atribuiu ao advérbio “mutuamente” o significado de um “conceito relacional” e que “diz respeito à

reciprocidade ‘entre’ os nubentes, no caso entre o homem e a mulher”, para concluir pela impossibilidade de se atribuir efeitos do direito de família à união entre pessoas do mesmo sexo.

Um terceiro uso do método grammatical, nas decisões do tipo “n1”, consiste igualmente numa abordagem conjugada com a interpretação sistemática, à luz do § 4.º do mesmo art. 226 da Constituição (“entende-se, **também**, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”). O argumento consiste em atribuir ao lexema “também” uma conotação **concessiva**, em vez de aditiva, e, por conseguinte, concluir que a família monoparental e a formada pela união estável são **exceções** à regra da família formada pelo casamento. Daí porque, invocando-se o brocado “as exceções se interpretam restritivamente”, não se poderiam ampliar as hipóteses excepcionais de família para abarcar as uniões homoafetivas. Essa estrutura argumentativa aparece, de modo idêntico, em quatro decisões do TJRS (processos 70037917184, 70028838308, 70026584698 e 70015674195):

é que a lei diz que a família inicia com o casamento, e quando o legislador constituinte disse que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...)” e “**entende-se, também**, (...) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, está excepcionando a regra geral de que a família **começa com o casamento**. E não se pode, por princípio elementar de hermenêutica, interpretar ampliativamente a exceção.

Nas decisões de tribunais estaduais que reconhecem as uniões homoafetivas como entidades familiares (“n2”), o método grammatical de interpretação é empregado apenas residualmente, e sempre com o propósito de apresentar um contraponto à argumentação grammatical preferida pelos que adotam a decisão interpretativa “n1”. O argumento parte do aspecto semântico da palavra “também”, presente no art. 226, § 4.º, da Constituição, porém lhe atribui – contrariamente ao que fazem as decisões do tipo “n1” – uma conotação **aditiva**, e não concessiva, de modo que a família formada pela união estável e a família monoparental não seriam exceções à regra da família formada pelo casamento, mas apenas opções alternativas num rol meramente exemplificativo de entidades familiares. Os defensores dessa interpretação atribuem esse sentido aditivo ao “também” a partir de um argumento histórico, que será minudenciado adiante, de modo que se tem, aqui, um argumento híbrido construído dos métodos grammatical, histórico e sistemático. Essa estrutura é utilizada de modo explícito numa única decisão do TJRS (70005488812), na qual se aduz que

o caput do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo lícito excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade, **sendo as famílias ali arroladas meramente exemplificativas, embora as mais comuns**.

As demais comunidades se acham implícitas, pois se cuida de conceito constitucional amplo e indeterminado, a que a experiência de vida há de concretizar, conduzindo à

tipicidade aberta, adaptável, dúctil, interpretação que se reforça quando o preceito constitucional usa o termo “também”, contido no artigo 226, 4º, que significa “da mesma forma”, “outrossim”, exprimindo-se uma ideia de inclusão destas unidades, sem afastar-se outras não previstas.

Não obstante, o mesmíssimo argumento é utilizado nos processos 70009550070, 70012836755, 70016660383 e 70034811810, todos do TJRS, mediante citação de livro da desembargadora aposentada daquele tribunal, Maria Berenice Dias, intitulado “Homoafetividade – o que diz a Justiça”. A mesma ideia do *caput* do art. 226 como uma “cláusula geral de inclusão” – a partir de uma atribuição de significado ao termo “também” do § 4.º – aparece no STF, no voto de Ricardo Lewandowski, sendo que mediante uma citação do artigo “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*”, de Paulo Luiz Netto Lôbo.

No âmbito da argumentação dos ministros do STF, aliás, a interpretação gramatical assume um caráter ainda mais evidentemente residual – ou ornamental, talvez se possa dizer –, estando sempre associada a outro cânones interpretativo. No voto do ministro relator, Ayres Britto, a argumentação gramatical se volta predominantemente para outros textos normativos que não os artigos 1.723 do Código Civil e 226 da Constituição: discorre-se sobre o sentido em que devem ser entendidos os lexemas “sexo”, “preconceito” (encontrados no art. 3.º, IV, CR/88), “pluralista” e “pluralismo” (preâmbulo e art. 1.º, V, CR/88). Somente no item 41 do voto a argumentação se debruça sobre o significado de “família”, presente no art. 226, *caput*, do texto constitucional, ocasião em que se afirma o significado do vocábulo “em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas” – sem, contudo, se identificar qualquer argumentação efetiva a justificar por que essa interpretação é preferível àquela que restringe o conceito às entidades enumeradas no dispositivo (família constituída pelo casamento, pela união estável e família monoparental).

No voto do ministro Luiz Fux, anuncia-se um argumento interpretativo gramatical em torno dos conceitos de “família” (art. 226, *caput*, CR/88) e “reconhecimento” (em alusão ao texto do art. 226, § 3.º, CR/88, segundo o qual “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”); todavia, o que se lê em seguida é uma argumentação de cunho teleológico, discorrendo-se sobre o objetivo da “especial proteção do Estado” de que gozam as entidades familiares e sobre o significado da “funcionalização” do conceito de família a que alude parte da doutrina familiarista.

Apenas no voto do ministro Ricardo Lewandowski aparece um argumento distintamente gramatical – e, ainda assim, o argumento aparece conjugado com a interpretação histórica e, juntos, formam uma estrutura preparatória para o uso da integração por analogia. A partir do método gramatical, Lewandowski conclui que o significado do texto do art. 226, § 3º, CR/88 não inclui as uniões homoafetivas – aproximando-se, assim, do uso deste cânones na interpretação “n1” dos tribunais estaduais:

é exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união “entre o homem e a mulher”, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (...).

Assim, segundo penso, **não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher**, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembrando, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Da análise se conclui que a interpretação gramatical assume um peso decisivo na argumentação dos julgados que rejeitam o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares (“n1”), porém são utilizadas de modo meramente lateral e acessório nas decisões que afirmam esse reconhecimento (“n2”). Trata-se duma constatação de certo modo previsível, já que a interpretação “n2” procura se afastar da literalidade ou do “valor de face” do texto normativo, que à primeira vista indica a alteridade de sexos como requisito da união estável.

3.2.2.2 Interpretação histórica

Segundo Krell (2014, p. 305), o método histórico de interpretação pode consistir (1) na “consulta dos materiais legislativos que podem esclarecer o significado intencionado de certos termos, os fins específicos da norma, as alternativas de solução rejeitadas etc.”; ou (2) na tentativa de “recapitular a situação social, política e econômica no momento da aprovação da lei”. Neste trabalho, o método 1 é denominado de “recurso aos **trabalhos preparatórios**”, contudo não se aceita a definição do método 2 como uma espécie de interpretação histórica; na verdade, tal estratégia argumentativa tem uma nítida dimensão teleológica, já que por ela se busca encontrar as razões de elaboração da norma e, por conseguinte, a sua “finalidade”, com grande distanciamento do texto normativo e da dimensão histórica que lhe é própria. Além do recurso aos trabalhos preparatórios, entretanto, outra forma de argumentação histórica consiste

em aproximar o texto normativo a ser interpretado de outros textos, já revogados, que outrora tenham regulado a mesma matéria, identificando suas semelhanças e dessemelhanças e atribuindo um significado a essas conjunções e disjunções. A esse método se chamará interpretação comparativa ou **histórico-evolutiva**.

Não se encontrou nenhum caso de emprego da interpretação histórica nos julgados de tribunais estaduais que adotaram a decisão interpretativa “n1”. Trata-se de uma constatação curiosa, porquanto o recurso aos trabalhos preparatórios – especialmente as atas da Assembleia Constituinte que resultou no texto de 1988 – renderia um argumento favorável à interpretação “n1”, circunstância que foi salientada pelo ministro Ricardo Lewandowski em seu voto na ADPF 132.

A interpretação do tipo histórico-evolutiva aparece, embora com pouca frequência, em acórdãos que adotam a interpretação “n2”. A estratégia discursiva consiste em comparar o texto do art. 226, *caput*, CR/88, com os enunciados constitucionais anteriores que tratavam da proteção do Estado à família, especialmente na Emenda Constitucional 1/1969, em cujo artigo 175 se lia que “**a família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”. A expressão “constituída pelo casamento”, presente em todos os textos constitucionais desde 1937, foi suprimida na Constituição vigente e, a partir dessa constatação, se afirma que a dicção do atual art. 226 conteria uma “cláusula geral de abertura”, de modo que as espécies de família enunciadas nos parágrafos seriam meramente exemplificativas, e não taxativas. Tal argumento, como se disse, aparece geralmente associado à interpretação gramatical do lexema “também” no § 4.º, ao qual se atribui um sentido aditivo. As ocorrências dessa estrutura são apresentadas no Quadro 2.

Quadro 2 – Argumentos históricos na interpretação “n2” dos tribunais estaduais: interpretação comparativa/evolutiva do art. 226 da Constituição

| Tribunal | Processo | Argumento (grifos acrescidos) |
|----------|-------------|---|
| TJRS | 70005488812 | “Sublinhe-se que o constituinte, ao tratar de família, omitiu a locução “constituída pelo casamento”, então presente na Carta de 1969 (art. 175), sem fazer qualquer substituição. Deste modo, a família ou qualquer família, foi posta sob tutela constitucional, desaparecendo a cláusula de exclusão, pois a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de |

| | | |
|------|--------------------------|--|
| | | seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.” |
| TJRS | 70012836755, 70009550070 | <p>“A correção de rumos foi feita pela Constituição Federal, ao outorgar proteção não mais ao casamento, mas à família. Como bem diz Zeno Veloso, num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Restou o afeto inserido no âmbito de proteção do sistema jurídico. Limitou-se o constituinte a citar expressamente as hipóteses mais freqüentes – as uniões estáveis entre um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – sem, no entanto, excluir do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo. O caput do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.”</p> |
| TJRS | 70016660383 | <p>“O dogma da família tradicional, formada, através do casamento, pelo marido, a esposa e eventual prole, há muito tempo vem sendo relativizado, tanto que a Constituição Federal de 1988, sensibilizada pelos fatos cotidianos, onde as pessoas, visando a felicidade, cada vez mais optam por buscar novas formas de vínculo afetivo, viu-se obrigada a reconhecer a existência de relações afetivas fora do casamento. [...]”</p> <p>Assim, a Constituição também passou a reconhecer como entidade familiar, “base da sociedade”, a união estável havida entre homem e mulher, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, a família monoparental. (art. 226, CF).”</p> <p>“[...] conforme lição da eminentíssima Des.^a MARIA BERENICE DIAS, a norma do artigo 226 ‘é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentatividade. [...]’”</p> |

No STF, a argumentação histórico-evolutiva aparece timidamente no voto do ministro Ayres Britto, nos mesmos moldes empregados pelos tribunais estaduais na interpretação “n2”, porém sem referência explícita aos textos constitucionais anteriores:

Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (“entre homem e mulher”). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. **A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil.**

Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas.

Peso maior ao método histórico é dado no voto do ministro Lewandowski, tanto no aspecto comparativo como no recurso aos trabalhos preparatórios. Primeiro, o voto apresenta a evolução do texto constitucional no que se refere ao tratamento da família, nas Constituições de 1937, 1946 e 1967, bem como na Emenda Constitucional 1/1969, até o texto atual; entretanto, desse comparativo não se extrai, a princípio, qualquer conclusão. Ao contrário, o ministro recorre à interpretação gramatical e aos trabalhos preparatórios para afirmar que

na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto.

O uso da interpretação histórica pelo ministro Lewandowski expõe, de modo exemplar, o caráter insuficiente e até mesmo contraditório do “método”, que conduz o aplicador a duas conclusões distintas e inconciliáveis. Embora o mesmo possa ser dito dos demais cânones no âmbito da reflexão teórica (cf. KRELL, 2014, p. 303), a fragilidade da interpretação histórica tem sido reconhecida na própria argumentação “operacional” do direito, que costuma dela se utilizar com parcimônia e certa timidez. Essa autoconsciência do jurista praticante é denunciada, no limite dos dados coletados, pela completa ausência de recurso aos trabalhos preparatórios na interpretação “n1”, bem como pelo uso da interpretação comparativa, na interpretação “n2”, apenas no âmbito do TJRS.

3.2.2.3 Interpretação sistemática e integração por analogia

São os argumentos sistemáticos que assumem o maior peso estratégico, entre os cânones clássicos, na estrutura argumentativa do conjunto das decisões. Segundo Krell (2014, p. 305), a ideia do direito como sistema envolve, sobretudo, uma concepção de **unidade** das normas jurídicas e, como seus corolários, os atributos da **consistência** (ausência de contradições) e da **coerência** (estrutura interna de referência, sendo relevante a ideia de hierarquia das normas). Quando aplicados à hermenêutica jurídica, esses postulados do sistema jurídico impõem ao intérprete o dogma segundo o qual

qualquer norma legal está posta no seio de um conjunto regulatório, formado por regras e princípios inseridos da mesma lei, em leis hierarquicamente iguais, superiores ou inferiores, cuja leitura pode ganhar importância decisiva na interpretação de um dispositivo (KRELL, 2014, p. 305).

A mesma ideia de sistematicidade implica a necessidade de **completude**, a partir do qual se constroem regras de colmatação de lacunas no direito. Daí porque, seguindo a proposta de Ferraz Jr. (2007) de que as regras de integração são parte da “dogmática hermenêutica”, aqui a **interpretação sistemática** e a **integração por analogia** são abordadas conjuntamente.

A análise dos argumentos efetivamente empregados nos tribunais impôs notórias dificuldades, sobretudo pela sobreposição conceitual entre o método sistemático e as metodologias pós-positivistas, nos moldes aqui delineados. Essa sobreposição se explica por dois fatores sucessivos. Primeiro, o conflito interpretativo em exame envolve a interpretação de disposições do Código Civil à luz do texto constitucional, o que permite classificá-la como um caso específico de **interpretação conforme a constituição**.⁶⁵ Segundo, alguns dos textos constitucionais tidos por aplicáveis são de “extrema indeterminação”, enquadrando-se na ideia geral de princípios jurídicos enunciada por Sundfeld (2011, p. 287). O primeiro fato – tratar-se dum caso de interpretação conforme – relaciona-se à ideia de coerência sistemática, já que, segundo o postulado da hierarquia das normas, as disposições do Código Civil devem ser interpretadas sem violarem as normas constitucionais, hierarquicamente superiores. O segundo fato – a indeterminação extremada dos textos aplicáveis – diz com a consistência, pois as diversas disposições normativas, inclusive as de mesma hierarquia, devem ser interpretadas de modo a não guardarem entre si contradições.

⁶⁵ Aqui não se tem em vista a “interpretação conforme” no sentido técnico empregado pelas cortes constitucionais para designar o resultado da atividade interpretativa, mas a própria atividade em si. O conceito é tomado de Shecaira e Struchiner (2016, p. 100).

Daí porque a interpretação sistemática e as metodologias pós-positivistas findam por se imbricar, sobretudo em casos agudos como o estudado. Ao mesmo tempo em que se aceita que a interpretação das normas legais leve em conta as normas constitucionais, permite-se que essa atividade interpretativa adote os métodos próprios da interpretação constitucional, como a ponderação (KRELL, 2014, p. 305). Para Shecaira e Struchiner (2016, p. 100), a interpretação conforme possibilita tornar a atividade interpretativa mais “aberta” ou “substantiva” e serve para “emprestar à interpretação infraconstitucional aquilo que, a princípio, é peculiar à interpretação constitucional”.

Em face dessas dificuldades, no aspecto quantitativo da pesquisa, adotou-se o seguinte postulado: sempre que uma metodologia pós-positivista está presente, a interpretação sistemática também está. Relegou-se a análise da (in)diferenciação entre essas duas estruturas argumentativas para o momento posterior de discussão dos resultados, o que se faz neste tópico e no item 3.2.3. Aqui, abordar-se-ão apenas os casos de interpretação sistemática “pura”, isto é, aqueles nos quais não há o emprego de princípios constitucionais, relegando-se as ocorrências “híbridas” para o item próprio à interpretação pós-positivista.

Nas decisões contrárias ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (“n1”), a maioria dos casos de interpretação sistemática consiste na simples demonstração da identidade textual entre o art. 1.723 do Código Civil e o art. 226, § 3.º, da Constituição. Tem-se aqui novamente a estrutura entimemática do silogismo jurídico, pois o argumento geralmente oculta duas premissas sem as quais não se chega à conclusão:

- Primeiro, a de que não há normas constitucionais inconstitucionais;
- Segundo, a de que os textos tanto do art. 1.723 do Código Civil como do art. 226, § 3.º, da Constituição só podem ser interpretados de modo a excluir a união homoafetiva do rol de entidades familiares (essa premissa, por vezes, é justificada mediante interpretação gramatical, como já se expôs).

Esse argumento aparece, por exemplo, no julgamento dos processos 2007.036284-6 e 2006.046480-0, pelo TJSC:

Inicialmente, cumpre ressaltar que o artigo 1º da Lei n.º 9.278/96, ao regular o § 3º do art. 226 da Carta Política, reconhece a convivência duradoura, pública e contínua de um homem com uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família, como uma entidade familiar.

Seguindo o mesmo rumo, o Código Civil/2002 dispõe no art. 1.723, caput, que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. ([...])

Faz-se necessário esclarecer, por conseguinte, que a Carta Magna, bem como a legislação infraconstitucional, considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos relacionamentos eventualmente havido entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, não há como se equiparar a união homoafetiva à união estável.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, não há disposições legais que regulamentem a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

Outro argumento sistemático empregado favoravelmente à interpretação “n1” consiste em ressaltar que um dos elementos da união estável é a sua conversibilidade em casamento, previsão constante na parte final do art. 226, § 3.º, CR/88 (“para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento**”), em contraste com a impossibilidade (pressuposta) dessa conversão no caso das uniões homoafetivas. Em outras palavras:

- A união estável sempre pode ser convertida em casamento;
- A união entre pessoas do mesmo sexo nunca pode ser convertida em casamento;
- Logo, a união entre pessoas do mesmo sexo não é união estável.

Como essa estrutura argumentativa aparece de formas diferentes e com ênfases distintas, suas ocorrências foram reunidas no Quadro 3.

Quadro 3 – Argumentos sistemáticos na interpretação “n1” dos tribunais estaduais: a conversibilidade da união estável em casamento e sua impossibilidade na união homoafetiva

| Tribunal | Processo | Argumento (grifos acrescidos) |
|-------------|---|---|
| TJRJ | 0007340-64.1998.8.19.0000 | “[...] se a Carta Política não lhe nega a opção sexual, também não ampara a relação homossexual. No título “Da Ordem Social”, tratando a Carta Magna, no seu Capítulo VII, sobre a família, consigna que [...] Resulta, daí, uma clara interpretação de que o Estado protegerá a união entre pessoas de sexo oposto e não, elementos do mesmo sexo. Tanto assim que determina esforços estatais no sentido de facilitar a conversão dessa união em casamento. ” |
| TJRS | 70037917184, 70028838308, 70026584698, 70015674195 | “Caso o legislador constituinte admitisse a possibilidade de se reconhecer como união estável também a união homossexual, certamente não teria restringido expressamente a união estável enquanto entidade familiar àquela união entre homem e mulher, nem |

| | | |
|-------------|---------------------------|--|
| | | <p>recomendaria a sua conversão em casamento. Se o possível casamento entre dois homens ou duas mulheres constitui casamento inexistente pela ausência de um dos pressupostos materiais (condição de existência), não se pode considerar como união estável a união entre dois homens ou duas mulheres homossexuais. E friso que não está sequer na lei a situação de impedimento matrimonial para o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo: é que a diversidade de sexos constitui pressuposto material para o casamento.”</p> |
| TJRS | 70036578706, 70033073388 | <p>“Assim, se o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é permitido, como aceitar a chamada “homoafetividade” como formadora da união estável? Vale dizer, atribuindo à união estável os efeitos do casamento, em situação quando o casamento não pode ser concebido.</p> <p>Nenhuma dúvida há na interpretação do texto constitucional (art. 226, § 3º), ao prever a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento (conversão apenas possível entre homem e mulher).</p> <p>Da mesma sorte, outra interpretação não se recolhe do Código Civil vigente (art. 1.723), conceituando “a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Aliás, dizendo o mesmo Código, logo adiante, que essa união, com tais características, não se constituirá nos casos de impedimento para o casamento (art. 1.723, § 1º). Como, então, volto a questionar, concebê-la em hipótese quando o casamento não é permitido?”</p> |
| TJSP | 0127501-59.2008.8.26.0000 | <p>“Diz, ainda, a Constituição Federal, no parágrafo 3o, do artigo 226: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (igualmente sem destaque no original).</p> |

| | |
|--|--|
| | <p>É princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis, <i>verba cum effectu sunt accipienda</i>. As palavras inseridas na norma, portanto, devem ser compreendidas como possuidoras de eficácia.</p> <p>Nessa linha, o que se pode extrair da atual sistemática normativa é que o legislador limitou ao relacionamento heterossexual o status de união estável, não só porque expressamente fez referência à necessária diversidade de sexos, mas também impôs a necessidade de facilitação da conversão desta em casamento, instituto que a lei não alberga para os relacionamentos homoafetivos.⁶⁶</p> |
|--|--|

Em outra ocorrência semelhante (já mencionada como exemplo de interpretação gramatical), o TJRS, no processo 70030975098, interpretou o art. 1.723 do Código Civil à luz do seu art. 1.565, que estabelece a “mutualidade” (reciprocidade) dos deveres assumidos entre os nubentes. A impossibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento é decisiva para esse argumento interpretativo:

Ainda quanto à referência na lei brasileira acerca da existência do casamento somente entre homem e mulher, importante referir o texto do artigo 1.565: ‘Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família’.

Ora, ‘mutuamente’, não é necessário fazer-se qualquer esforço interpretativo, é conceito relacional, isto é: diz respeito à reciprocidade ‘entre’ os nubentes, no caso entre o homem e a mulher.

Como se vê, em diversos casos de “n1” a argumentação sistemática se organiza de modo a enfatizar as dessemelhanças entre a união estável (heterossexual) e a união homoafetiva; a impossibilidade de conversão em casamento é apenas a diferença mais comumente enfatizada. Essas disjunções, no mais das vezes, são mobilizadas de modo a justificar a impossibilidade jurídica do pedido⁶⁶ de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, ou, no mínimo, a inviabilidade do raciocínio analógico que pretendia estender-lhe o regime jurídico das uniões estáveis (heterossexuais). Aqui se pode falar num emprego negativo da analogia, no sentido de uma argumentação destinada a afastar a conjectura de que a integração analógica

⁶⁶ Impossibilidade no sentido técnico da dogmática processual, que, até a superveniência do Código de Processo Civil de 2015, enunciava a “possibilidade jurídica do pedido” como uma das condições da ação, como previa o CPC/1973 no seu art. 267, VI. O novo código excluiu essa menção, referindo-se apenas à “ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

seria uma forma aceitável de justificar a decisão interpretativa “n2”. Tais ocorrências foram reunidas no Quadro 4.

Quadro 4 – Argumentos de integração na interpretação “n1” dos tribunais estaduais:
impossibilidade do raciocínio analógico

| Tribunal | Processo | Argumento (grifos acrescidos) |
|--------------|---|---|
| TJDFT | 20060111329716APC | “Muito embora existam fortes vozes em sentido contrário, sigo o entendimento de que não há espaço para se aplicar a analogia , como defendido pela Representante do Ministério Público, estendendo-se os efeitos jurídicos da união estável, como entidade familiar, às relações homoafetivas, pois inexiste previsão legal para tanto e os elementos diferenciais entre união heterossexual e união homossexual, para fins de constituição de entidade familiar, são relativos a requisitos essenciais à própria existência desse instituto. ” |
| TJMG | 7640886-17.2007.8.13.0024 (1) | “À luz do art. 226, § 3º da Constituição Federal, a união estável, para efeito de proteção do Estado, é aquela havida entre homem e mulher como entidade familiar. [...] Não se trata, no entanto, de mera omissão legislativa passível de interpretação analógica extensiva. O dispositivo constitucional, ao declarar expressamente a proteção do Estado apenas à união estável existente entre homem e mulher, excluiu dessa proteção as relações havidas entre pessoas do mesmo sexo, caso contrário, as teria expressamente contemplado, conforme o fez com as relações heterossexuais. ” |
| TJRS | 70037917184, 70028838308, 70026584698, 70015674195 | “A analogia deve traduzir, pois, um critério de igualdade harmônica, reclamando a rigorosa semelhança nas situações consideradas, tendo em mira o critério de utilidade social. E essa semelhança inexiste nas relações consideradas neste processo e aquelas previstas na lei.” |

Já no que tange às decisões interpretativas do tipo “n2”, o emprego da interpretação sistemática se dá, sempre, com a invocação de princípios jurídicos que justifiquem uma leitura “aberta” e não hierarquizada do rol de entidades familiares constitucionalmente protegidas.

Não obstante, os julgados dos tribunais estaduais abundam na utilização da analogia. Os dados coletados revelam que tal método serviu – ao lado da interpretação pós-positivista, e com maior centralidade do que ela – para “desbravar” o caminho ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Não apenas as primeiras decisões favoráveis à interpretação “n2” todas empregam a analogia (processos 70005488812, 70006542377, 70007243140 e 70006844153, todos do TJRS),⁶⁷ como se trata também de estratégia argumentativa adotada ao menos uma vez em todos os tribunais que decidiram por “n2” (TJGO, TJMA, TJMG, TJRJ e TJRS).

Há, contudo, grande variedade no modo como os juízes empregam efetivamente a analogia. O Quadro 5 lista as ocorrências do método e apresenta trechos nos quais ele aparece de modo claro; porém, em alguns julgados há simples menção à existência de lacuna e à necessidade de integração, em duas linhas (caso do acórdão no processo 149310-5/188, do TJGO), enquanto em outras decisões ocupa-se porção significativa do discurso com essa argumentação.

Quadro 5 – Argumentos de integração na interpretação “n2” dos tribunais estaduais: a prevalência da analogia como estratégia argumentativa

| Tribunal | Processo | Argumento |
|-------------|--------------|---|
| TJGO | 149310-5/188 | “Data vénia, a lacuna existente em nossa legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.” |
| TJMA | 203712008 | “Com efeito, da análise dos dispositivos transcritos parágrafos acima não antevejo em nenhum momento vedação ao reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão-somente, o fato de que os artigos citados são aplicáveis a casais do sexo oposto, ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do |

⁶⁷ No julgamento do processo 70005488812, menciona-se que a decisão pioneira sobre o tema no Brasil foi proferida no TJRS, em 14 de março de 2001, no processo 70001388982, em acórdão lavrado pelo desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Não obstante, essa decisão não passou no teste de relevância da metodologia adotada, por não estar disponível o seu inteiro teor.

| | | |
|-------------|--|---|
| | | <p>mesmo sexo. Todavia, nem por isso o caso pode ficar sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC, onde o juiz, valendo-se da analogia, pois o relacionamento regular homoafetivo, embora não configure união estável, é analisado a esse instituto.”</p> |
| TJMG | 4845559-52.2009.8.13.0024 (1) | “Assim, in casu, cumpre ressaltar que, em que pese não ter nosso ordenamento jurídico pátrio consagrado, expressamente, as uniões homoafetivas, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, inexiste, também, qualquer vedação no sentido de não poder tal união surtir efeitos civis, o que, por evidente, não pode ser tido como ausência de direito, em especial considerando-se que, nos casos em que verificada a omissão da lei, mostra-se possível a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, nos termos do disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC, que assim dispõe: [...]” |
| TJRJ | 0006109-93.2003.8.19.0204 | <p>“Observe-se que antes mesmo da regulamentação e reconhecimento constitucional da união estável entre o homem e a mulher, sua existência já era reconhecida e declarada nos Pretórios, na relação concubinária.</p> <p>Não é preciso esperar a aprovação no Congresso Nacional do Projeto de Lei n.º 1.151/95, que disciplina a “parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo”, para reconhecer-se a possibilidade de reconhecimento de uma união estável entre homossexuais, porque, além dos dispositivos constitucionais elencados, nossa legislação permite que o juiz decida o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (art. 4º da LICC).</p> <p>O direito tem caminhado com segurança ao retratar o descabimento de preconceitos e discriminações.”</p> |
| TJRS | 70039338587, 70035804772, 70023812423, 70021637145, 70021085691, 70006542377 | “Vale repetir, quando se trata de uniões homossexuais a lei não prevê nenhuma forma expressa de solução. Por igual, também nenhuma lei proíbe taxativa ou implicitamente que se retire efeitos de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Não há lei que ofereça solução jurídica para o caso. Há um vazio legal, pois em |

| | | |
|-------------|--------------------------|--|
| | | <p>todo o ordenamento nacional não existe um direito objetivo que alvitre uma solução a ser tomada diante da ocorrência de tais uniões quando postas em juízo.”</p> <p>“Quando estamos em face de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, vivemos um fato ainda não disciplinado em lei. Ou seja, estamos diante de uma lacuna.”</p> |
| TJRS | 70007243140, 70030880603 | <p>“Observe-se que antes mesmo da regulamentação e reconhecimento constitucional da união estável entre o homem e a mulher, sua existência já era reconhecida e declarada nos Pretórios, na relação concubinária.</p> <p>Não é preciso esperar a aprovação no Congresso Nacional do Projeto de Lei n.º 1.151/95, que disciplina a “parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo”, para reconhecer-se a possibilidade de reconhecimento de uma união estável entre homossexuais, porque, além dos dispositivos constitucionais elencados, nossa legislação permite que o juiz decida o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (art. 4.º da LICC).</p> <p>O direito tem caminhado com segurança ao retratar o descabimento de preconceitos e discriminações.”</p> |
| TJRS | 70011120573 | <p>“Entretanto, é imperioso que, através de uma interpretação analógica, passe-se a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento que tem base no amor (Maria Berenice Dias, Efeitos patrimoniais das relações de afeto, in Repensando o direito de família, IBDFam, Belo Horizonte, 1999, p. 57).”</p> |
| TJRS | 70021908587 | <p>“Em vista disso, a união homoafetiva deve receber tratamento analógico à união entre homem e mulher, sendo neste sentido a orientação majoritária desta Corte, como se vê dos seguintes decisões: [...]”</p> |
| TJRS | 70012836755, 70009550070 | <p>“A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais</p> |

| | | |
|------|-------------|--|
| | | de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC).” |
| TJRS | 70016660383 | “Para a Des. ^a MARIA BERENICE DIAS , nas relações homossexuais, “podem e devem ser aplicadas, por analogia, as leis reguladoras do relacionamento entre um homem e uma mulher. As relações homossexuais constituem uma unidade familiar que em nada se diferencia da união estável. Imperioso que, por meio de uma interpretação analógica, atualizada e dialética da lei, se passe a aplicar a todos os vínculos afetivos o mesmo regramento.”.” |
| TJRS | 70015169626 | “Vejam : não estou afirmado que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que estou dizendo é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelha a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a affectio que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a affectio conjugalis do que a affectio societatis. <p>Eles não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar, com a devida vênia de opiniões respeitabilíssimas em contrário.””</p> |

Exemplo interessante de argumentação centrada na analogia consiste no padrão de voto adotado pelo desembargador Rui Portanova, do TJRS, e que é utilizado com pequenas variações nos julgamentos dos processos 70039338587, 70035804772, 70023812423, 70021637145, 70021085691 e 70006542377 (além de em casos nos quais restou vencido). Seu voto segue uma estrutura inteiramente voltada à integração analógica. Primeiro, argumenta-se em favor da existência de uma lacuna pela ausência de disciplina jurídica das uniões homoafetivas (“quando estamos em face de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, vivemos um fato ainda não disciplinado em lei. Ou seja, estamos diante de uma lacuna”). Há, segundo o desembargador, duas formas de se encarar esse fato: para Kelsen, não existiriam lacunas reais, pois todos os espaços não expressamente regrados pelo direito seriam “preenchidos” pelo brocardo *permittitur quod non prohibitur* (o que não é proibido é permitido); já para Bobbio, o ordenamento jurídico é essencialmente incompleto e apresenta lacunas, casos para os quais o

sistema não oferece uma “solução satisfatória”. Caso se adotasse a teoria kelseniana, a solução seria “reconhecer juridicidade às uniões afetivas homossexuais”; porém, optando-se pela tese de Bobbio (a qual o juiz parece preferir no caso), é preciso, dada a proibição do *non liquet*, encontrar uma solução a respeito dos efeitos jurídicos a serem dados a tais uniões. Na segunda etapa do raciocínio, intitulada “Colmatação”, o desembargador Portanova assevera que as decisões pela improcedência do pedido de reconhecimento da união estável estão, na verdade, estipulando o *non liquet* e que, em vez disso, deve o juiz atentar à obrigatoriedade de decidir, adotando os critérios de colmatação previstos no Código de Processo Civil e na Lei de Introdução. Nesse ponto, o julgador parece igualar “princípios gerais de direito” a “princípios jurídicos”, e anuncia que a integração da lacuna se fará por recurso a esses princípios e à analogia. No terceiro passo, invocam-se os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, num argumento pós-positivista sintético, segundo o qual “a concretização do princípio da igualdade se dá com a existência de um princípio geral de não discriminação por orientação sexual” e

o princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função de características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal.

Finalmente, na derradeira etapa do raciocínio, o desembargador aponta as “semelhanças relevantes” que justificam a integração analógica, com a aplicação às uniões homoafetivas do regime jurídico previsto para as uniões estáveis (heterossexuais). Para o julgador, a similitude repousa no “afeto informal”, pois, “em um e outro caso, as pessoas se unem pelo afeto e pela comunhão, pouco e pouco vão num crescendo de harmonia, a ponto de viverem como se casados fossem”, de modo que “os dois institutos centram-se em relações interpessoais de amor comum entre os parceiros”. Tal semelhança se revelaria, até mesmo, nas dificuldades enfrentadas por casais de ambas as espécies familiares (união estável heterossexual e união homoafetiva) ante a resistência dos órgãos judiciários no reconhecimento dos respectivos efeitos jurídicos. Assim, em conclusão, o desembargador rejeita alguns argumentos em sentido contrário e afirma que negar a interpretação “n2” apenas “traz o preconceito, o sectarismo, o *apartheid* pela opção sexual”.

No âmbito do STF, similarmente ao que se vê nas decisões de tribunais estaduais que adotam a interpretação “n2”, o recurso à interpretação sistemática se confunde inteiramente com a metodologia pós-positivista; interpretam-se o art. 1.723 do Código Civil e o art. 226 da Constituição à luz dos princípios constitucionais da dignidade, igualdade, pluralismo, não

discriminação etc. Por outro lado, diferente do que se vê nas cortes inferiores, na ADPF 132 não se atribui grande peso à integração por analogia. O argumento analógico aparece lateralmente nos votos dos ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso – nos quais é utilizado apenas para definir as consequências jurídicas da união homoafetiva, mas não o reconhecimento jurídico em si –, todavia é central apenas na argumentação do ministro Lewandowski. Ali, o discurso é construído de modo a se afastar (pelos cânones gramatical e histórico, como já se viu) a ideia de que a união homoafetiva já estaria contemplada numa interpretação extensiva do art. 226 da Constituição. Porém, em vez de concluir pela impossibilidade de se atribuir efeitos do direito de família a tais uniões, o ministro identifica nelas um “quarto gênero” de entidade familiar, não regrado pelo direito positivo, havendo a necessidade de colmatação da lacuna para “dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual”. E conclui:

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, **cumpre que se lance mão da integração analógica.**

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 cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.

Como se vê, a argumentação sistemática – seja a interpretação sistemática em si, seja a integração analógica – ocupa um lugar importante no discurso prático dos juristas, tratando-se, entre os métodos clássicos, do modelo de justificação da decisão interpretativa mais utilizado (nos limites do *corpus* desta pesquisa).

3.2.2.4 Interpretação teleológica

Por derradeiro, no que tange aos cânones clássicos, na interpretação teleológica a argumentação se volta não para o texto normativo, nem para a história de sua elaboração ou a sua comparação com outros textos revogados, nem para o condicionamento estrutural dos enunciados jurídicos aos demais textos do sistema; o que se tem em vista, nesse método, é a “orientação instrumental da norma” ou a “responsabilidade do intérprete pelo alcance de um resultado correto e/ou justo para o caso concreto a ser decidido”. Em virtude do distanciamento do texto, que é parte de sua própria definição, a interpretação teleológica é tida como “o mais

elástico dos cânones”, pois confere ao aplicador “considerável liberdade na afirmação deste fim concreto e das suas consequências para o caso” (KRELL, 2014, p. 306).

Essa elasticidade na utilização se confirma na análise das decisões que compõem o *corpus* deste trabalho. Na verdade, o discurso interpretativo como um todo apresenta um componente teleológico, na medida em que continuamente as decisões propõem investigar e explicitar quais são as finalidades da proteção estatal à família; o que se deve entender por família, casamento e união estável; qual a razão de ser da dualidade de sexos ou qual a razão de superá-la etc. Os demais métodos clássicos são, também, empregados de modo a descobrir a “vontade do legislador” (teleologia em sentido subjetivo) ou a “vontade da norma” (teleologia em sentido objetivo). Todavia, o que distingue a argumentação propriamente teleológica é precisamente o seu descompromisso discursivo com a literalidade, a história e a sistematicidade; a estrutura argumentativa se apresenta sem referência a esses aspectos ou, no mínimo, paralelo a eles, mas de modo relativamente independente.

O uso efetivo do argumento “puramente” teleológico nas decisões analisadas é variado, mas, na maioria de suas ocorrências, não integra o cerne da justificação – o que destoa da assertiva de Krell (2014, p. 306) de que tal cânone seria o preferido na prática interpretativa dos juristas. Nos discursos judiciais que adotam a interpretação “n1”, o método teleológico é empregado sempre para se estabelecer qual a finalidade da proteção do direito positivo às entidades familiares. Essa ideia aparece, porém, em três formas discursivas básicas com diferentes graus de sofisticação. Na primeira, indaga-se simplesmente qual a razão de ser da própria dualidade de sexos como “pressuposto material” do casamento – e, por conseguinte, da união estável –; ao que se responde que “duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face de eventuais filhos” (TJPR, processo 175784-4), até porque a função do matrimônio “repousa também na elevada finalidade de procriação” (TJRS, processo 70030975098). Na segunda, indaga-se a finalidade do conjunto de normas jurídicas do direito de família em si, desde a “especial proteção do Estado” prevista constitucionalmente às regras do Código Civil e da legislação esparsa; nessa estrutura, enfatizam-se os aspectos da tutela jurídica que (supostamente) não interessariam a casais de pessoas do mesmo sexo, novamente tendo-se em vista (expressa ou tacitamente) a procriação. Em duas decisões do TJPR (processos 361703-4 e 175784-4), encontra-se a seguinte citação doutrinária que expressa esse tipo de argumento teleológico:

o Direito de Família tutela os direitos, obrigações, relações pessoais, econômicas e patrimoniais, a relação entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e a dissolução da família, mas das famílias matrimonial, monoparental e concubinária. A união

entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem o objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela união estável.

A terceira estrutura teleológica típica encontrada nas interpretações “n1” apresenta um maior esforço argumentativo. Nela se constrói uma espécie de “história conceitual” da família, muito embora aparentemente calcada em afirmações do senso comum (dada a ausência de referências), na qual se afirma que a proteção do estado não é dada ao “amor” ou ao “afeto”, mas à família como núcleo social que forma a “base da sociedade”. Conclui-se, então, que as uniões homoafetivas não são aptas a promover o “ambiente ético” necessário ao exercício da “função procriativa”. Esse argumento teleológico é empregado pelo desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, do TJRS, em todos os julgamentos que relatou; o exemplo seguinte é extraído do processo 70037917184:

Observo que a homossexualidade não constitui fato social novo, mas que vem recebendo aceitação social progressiva, reconhecendo-se que a dignidade de uma pessoa não está atrelada à sua orientação sexual. Admite-se que cada pessoa exerce a própria sexualidade, externando comportamento compatível com a sua própria maneira de ser, respeitados obviamente os limites da privacidade de cada um. A orientação homossexual é uma definição individual vinculada a apelos próprios, físicos ou emocionais, sendo imperioso que a sociedade respeite o sentimento de cada um, a busca da própria realização pessoal, pois todos devem encontrar espaço para a integração ao grupo social a que pertencem, sem discriminações.

As relações entretidas por homossexuais, no entanto, não se assemelham a um casamento nem a uma união estável, pois estas são formas pelas quais se constitui um núcleo familiar e, por essa razão são merecedoras da especial proteção do Estado. Mas, ainda assim, merecem tutela jurídica, na medida em que o par pode constituir uma sociedade de fato e, no caso sub judice, o pedido formulado foi o de reconhecimento de união estável, com partilha de bens e separação de corpos movida contra SOLANGE T. B.

Ora, a família é um fenômeno natural e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade acatando os apelos naturais, que se encarregou de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada. **Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole,** e foi a partir dessa noção que se estruturou progressivamente esse grupamento social, em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade. Aliás, foi a busca da paternidade certa que fez com que se passasse a ter o homem como o centro da família e passasse a ser abominado o relacionamento poliândrico.

A sociedade foi evoluindo até chegar à monogamia, como ocorre no mundo moderno e, particularmente, no mundo ocidental. **Mas a estruturação da família focalizou sempre a noção de homem, mulher e prole** e acompanham o próprio desenvolvimento social, cultural e econômico de cada povo. Assim, a **idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrar espaço para se desenvolver de forma natural e segura.**

A consolidação da idéia de família foi construída e reconstruída muitas vezes, em processos sociais lentos, sempre em função de se estabelecer e manter uma vida social equilibrada e harmônica. **Portanto, a família é muito mais do que uma mera união**

de duas pessoas, ou, por absurdo que possa parecer, de três pessoas que pudessem se amar, porque não se está a falar em pacto ou de mera relação amorosa. Quando o legislador constituinte deu à união estável a feição de entidade familiar, certamente não procurou proteger o amor nem os amantes, mas a família, por ser ela a base da sociedade.

E, como base da sociedade, não pode a família se apartar da estrutura formal concebida pelo legislador constituinte, como sendo o **ambiente natural e próprio para a procriação e desenvolvimento da prole**, admitida como tal no ordenamento jurídico pátrio, como sendo decorrente do casamento ou da união estável, ou na modalidade monoparental, de um homem ou uma mulher com a sua prole, natural ou adotiva. Utilizo, propositalmente, a expressão estrutura formal, pois a forma concebida não partiu de uma idéia ou de uma convenção, mas da construção social consolidada através dos séculos: **a família diz com a estrutura afetiva construída por um homem e uma mulher em função de uma prole, natural ou adotiva, considerando-se também a estrutura de um homem ou uma mulher com a sua prole.**

Assim, a união de dois homens ou de duas mulheres não constitui núcleo familiar, como também não constitui núcleo familiar uma mera união de um homem e uma mulher, pelo só fato de existir afeto. A própria união de um homem e uma mulher não casados deve ser examinada restritivamente, porque ela é excepcional. E foi exatamente assim que tratou o Novo Código Civil, onde ficou claramente privilegiado o casamento civil, mas admitiu que a união estável constituída entre homem e mulher fosse merecedora de cuidadosa regulamentação.

[...]

Portanto, não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família. Afinal, é preciso convir que afeto também existe entre amigos, e não raro amigos moram juntos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos constituem uma família na acepção jurídica, nem podem eles pedir alimentos uns para os outros, nem reclamarem herança, e há amizades de 30, 40, 50 e até de 70 anos... E, data venia, o fato de serem ou não homossexuais é irrelevante.

Dante disso, reafirmo a minha convicção de que união homossexual não constitui entidade familiar, isto é, não é merecedora da especial proteção do Estado, embora possa merecer a proteção do Estado, na medida em que se pode reconhecer, por exemplo, uma sociedade de fato. E entendo que constitui até uma heresia, data maxima venia, dizer que tal forma de união possa ser considerada base da sociedade...

Em todos esses casos, fica evidenciada a elasticidade da argumentação teleológica e sua desvinculação da literalidade, da história e da ideia do direito como sistema, elementos que compõem os demais cânones. O último exemplo citado, aliás, esclarece por que não se considera parte do método histórico o recurso à situação social, política e econômica no contexto de positivação do texto a ser interpretado; esses elementos, além de externos ao discurso de elaboração do texto normativo e ao próprio “discurso jurídico”, são mobilizados pelo intérprete de modo radicalmente fluido, dando-se, no mais das vezes, ares de científicidade a meras afirmações do senso comum, ainda que do “senso comum teórico dos juristas” (WARAT, 1994, p. 13).

O mesmo caráter variado e acessório se verifica na argumentação teleológica empregada nas decisões interpretativas do tipo “n2”. Há, porém, a dificuldade adicional de que os “fins” atribuídos ao texto normativo se confundem, muitas vezes, com enunciados principiológicos da Constituição, confundindo-se assim com a interpretação pós-positivista. Por exemplo, no julgamento do processo 149310-5/188, no TJGO, argumenta-se que o reconhecimento das uniões homoafetivas promoveria a adequação do instituto jurídico da família “aos anseios de uma nova sociedade, mais justa, mais igualitária e menos preconceituosa”, sendo que a justiça, a solidariedade e a superação do preconceito são “objetivos fundamentais” da República expressamente previstos na Constituição de 1988 (art. 3.º, I e IV).

Os casos nos quais se considerou presente a argumentação teleológica, no âmbito das interpretações por “n2”, empregam a ideia de finalidade num sentido negativo. Argumenta-se que os textos normativos asseguradores da especial proteção do Estado à família não podem ser interpretados de modo a causar prejuízos aos casais homossexuais, sem que com isso, ademais, se alcance qualquer objetivo positivo. A interpretação contrária, afirma-se, estaria simplesmente promovendo a “perpetração de grandes injustiças” (TJRS, processo 70011120573), sem beneficiar, “em nenhuma medida, as uniões convencionais” e sem promover “qualquer valor constitucionalmente protegido” (TJMA, processo 203712008).

No julgamento da ADPF 132 pelo STF, igualmente, a interpretação teleológica não assume papel decisivo, sendo empregada como assessorio a outro(s) argumento(s) mais central(is). Apenas no voto do ministro Luiz Fux aparece com algum destaque a argumentação teleológica, quando se defende que a Constituição de 1988 “funcionalizou” o conceito de família e a consagrou

como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Em seguida, o ministro passa a discorrer sobre o estatuto “ontológico” do conceito de família, rejeitando que se possa encontrá-lo nos laços de consanguinidade ou na coabitAÇÃO; a natureza da família se deve (1) ao “**amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo”; (2) à “**comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum”; e (3) à “**identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade” (grifos no original). Esses requisitos ou elementos do conceito de família não são extraídos da textualidade, nem do

recurso à história normativa, nem a outros textos do sistema jurídico, tampouco são apresentados como o resultado da ponderação ou concretização de princípios constitucionais; são, na verdade, apresentados como o resultado duma busca “racional” pelas finalidades objetivas do texto normativo que estatui a proteção estatal à família. Trata-se, portanto, duma interpretação teleológica “pura”.

3.2.3 As metodologias pós-positivistas e o uso retórico dos princípios

3.2.3.1 Aspectos conceituais

Os brocados e os métodos clássicos de interpretação não encerram todas as formas de justificação da decisão interpretativa adotadas pelos juristas praticantes. A despeito das diversas sobreposições com os cânones (sobretudo o sistemático e o teleológico), a interpretação chamada “pós-positivista” é aqui tomada como um conjunto distinto de modelos de justificação porque aborda um conjunto peculiar de problemas hermenêuticos e, também, porque concebe de modo peculiar a atividade hermenêutica, sobretudo daquele que tem o dever de decidir.

O uso da expressão “pós-positivismo” traz alguma confusão, causada, segundo Travessoni (2011), pelos seus próprios adeptos, os quais atribuíram ao positivismo características que essa corrente teórica jamais defendeu. No que se refere especificamente à interpretação jurídica, os pós-positivistas atribuem erroneamente ao positivismo a defesa de uma interpretação “mecânica” (lógico-dedutiva), que ignora a força normativa dos princípios e da Constituição; essas ideias foram expressamente negadas por expoentes do positivismo, como Kelsen e Hart, que rejeitaram a dedução, afirmaram a força normativa dos princípios por meio de conceitos como o de normas gerais (Kelsen) e de textura aberta (Hart) e formularam contribuições importantes para a supremacia da Constituição. Para Travessoni (2011, p. 322-323), o traço realmente apto a distinguir positivismo de pós-positivismo é o modo como cada uma dessas correntes lida com o problema da discricionariedade; os positivistas constatam a discricionariedade como uma função da indeterminação do direito, porém, como têm um conceito estritamente formal de validade (em oposição aos jusnaturalismos), não podem lhe oferecer qualquer solução. Já o pós-positivismo

pode tentar resolver esse problema porque, apesar de concordar com o Positivismo Jurídico na negação do Direito Natural, adota um conceito procedural de validade. A validade do Direito não é material como no Jusnaturalismo, nem formal como no

Positivismo Jurídico, isto é, não depende de uma ordem material como o Direito Natural (Jusnaturalismo) e nem é materialmente indeterminada (Positivismo Jurídico); ela depende do procedimento (TRAVESSONI, 2011, p. 323).

Assim, o traço comum aos autores ditos pós-positivistas, no que se refere à interpretação, é o lugar central atribuído aos princípios jurídicos e, a partir dessa centralidade, a tentativa de lidar com o problema da discricionariedade da aplicação do direito. E foi esse o elemento básico considerado na análise das decisões para se identificar a presença ou ausência da interpretação pós-positivista. No entanto, há grande diversidade teórica no modo como a centralidade dos princípios e o controle da discricionariedade são abordados entre os autores geralmente associados a essa corrente, o que se procura sugerir ao empregar a expressão “metodologias pós-positivistas”, no plural. Dar conta dessas variações no discurso teórico dos juristas ultrapassaria os limites deste trabalho, que se preocupa precipuamente com o discurso jurídico prático, o judicial em particular; porém, era necessário identificar de que modo as teorias da interpretação inspiradas nas ideias pós-positivistas se projetariam sobre o discurso dos juristas praticantes, condicionando o modo como eles concretamente empregam os princípios ao justificarem suas escolhas interpretativas.

Da leitura inspecional das decisões, identificou-se a utilização de dois conceitos importantes para se compreender essa relação entre a prescrição teórica das metodologias pós-positivistas e a sua articulação no discurso judicial: a **ponderação** e a **concretização**, ideias que remetem, respectivamente, à teoria dos princípios de Robert Alexy e à metódica estruturante de Friedrich Müller.

Em Alexy, a força normativa dos princípios é propugnada a partir de três teses centrais. Primeiro, a **tese da otimização**: “princípios são normas as quais ordenam que algo seja realizado na maior medida de fato e de direito possível”⁶⁸ (ALEXY, 2000, p. 295); são, portanto, mandatos de otimização, passíveis de cumprimento em diferentes graus, e assim possuem uma estrutura lógica distinta das regras, que são mandatos definitivos (distinção qualitativa). Toda norma jurídica é uma regra ou um princípio. Segundo, a **tese da colisão**: por força de sua estrutura lógica distinta, conflitos de regras e conflitos de princípios são resolvidos distintamente. Quando duas regras se confrontam, a solução se dá ou pela declaração de invalidade de uma delas, ou pela inclusão de uma “cláusula de exceção” que desfaz o próprio conflito; no conflito de princípios, porém, a solução se dá por meio da atribuição de “uma prioridade condicional de um dos princípios colidentes sobre o outro, com respeito às

⁶⁸ No original: “*principles are norms commanding that something be realized to the highest degree that is actually and legally possible*”.

circunstâncias do caso”⁶⁹ (ALEXY, 2000, p. 296). Terceiro, a **tese da ponderação**: a definição do princípio prevalecente no caso concreto se dá pela aplicação do **princípio da proporcionalidade** com seus três subprincípios, a **adequação**, a **necessidade** e a **proporcionalidade em sentido estrito**.

Na metódica estruturante, por sua vez, as ideias formais de interpretação e aplicação do direito – no sentido de atividades lineares, sucessivas, em que primeiro se interpreta a norma, depois se qualificam os fatos, chegando-se à solução/aplicação – dão lugar ao conceito de **concretização** (MÜLLER, 2009, p. 77), indissociável da noção gadameriana de pré-compreensão, apropriada e amplamente explorada pela jurisprudência hermenêutica. Concretizar, segundo o autor, é construir a própria norma jurídica; significa “**produzir** diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito” (MÜLLER, 2009, p. 152, ênfase no original). A partir da sua teoria estruturante, segundo a qual o trabalho concretizador se dá na interligação entre programa normativo e âmbito normativo, propõe-se uma metódica capaz de guiar o intérprete, sobretudo, nos casos envolvendo o direito constitucional. Segundo Campos (2010, p. 44), os elementos de concretização se organizam em dois conjuntos, um relacionado ao texto da norma e o outro, ao âmbito normativo. Os elementos metodológicos concernentes ao texto normativo – que interessam diretamente à presente discussão –, são (1) as regras tradicionais de interpretação; (2) os princípios de interpretação da constituição; e (3) os subcasos de regras tradicionais da interpretação. Quanto aos princípios de interpretação constitucional, podem-se enumerar “a acepção dos direitos fundamentais como sistema fechado e coerente, do direito constitucional como sistema de valores, o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição e o critério de aferição da correção funcional” (CAMPOS, 2010, p. 44). Já no tocante aos subcasos das regras tradicionais, mencionam-se “o critério de interpretação a partir do nexo da história das idéias, da aferição do efeito integrante, do quadro global de direito pré-constitucional, do nexo de normas de direitos fundamentais e de normas de competência”, bem como “os princípios da concordância prática, da força normativa da constituição e da unidade da constituição” (CAMPOS, 2010, p. 44-45).

⁶⁹ No original: “*a conditional priority of one of the colliding principles over the other with respect to the circumstances of the case*”.

3.2.3.2 Usos “metódico” e “retórico” dos princípios

Com esse panorama teórico em vista, procedeu-se à leitura analítica das decisões e se constatou, de início, que a argumentação pós-positivista é inteiramente ausente nas decisões contrárias ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (“n1”). Em algumas decisões, há a expressa recusa a, “em cima de conceitos principiológicos ou até mesmo metajurídicos, contornar óbices claros advindos de norma constitucional e infraconstitucional” (TJRS, processos 70021085691, 70033073388 e 70036578706). A única ocorrência da interpretação pós-positivista nas decisões do tipo “n1” aparece numa decisão notoriamente contraditória, pois toda a argumentação é construída em defesa da equiparação à união estável, mas, no dispositivo, reconhece-se tão somente a sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo (TJRJ, processo 0117369-18.1997.8.19.0001).

Nas decisões que adotam a interpretação “n2”, abunda a invocação dos princípios como justificação; não obstante, o exame das formas argumentativas concretamente empregadas revela duas tendências distintas. De um lado, há um pequeno conjunto de decisões em que parece haver uma apropriação mais consciente dos aspectos especificamente metodológicos do(s) pós-positivismo(s). De outro, na maioria das decisões, o uso dos princípios jurídicos não se dá de forma metodicamente orientada, mas de modo fluido, sem a preocupação de explicitar por que são empregados num sentido, e não em outro igualmente possível, nem por que a sua aplicação deve se dar de uma maneira e não de outra.

Nos tribunais estaduais, o caso de emprego mais consistente de metodologia pós-positivista se vê no padrão de votos adotado pelo desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, do TJRS. No julgamento de embargos infringentes no processo 70011120573, que aqui se tomará por paradigma, a estrutura argumentativa do voto segue de perto a metódica estruturante de Müller, com a utilização explícita de conceitos como “ótima concretização da norma”, “atualização” e “princípio do efeito integrador”. O juiz, após fazer longo uso de argumentos não codificados (sobre o que se falará no item próprio) e de comparações com o direito estrangeiro, enuncia que “as uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos”. Em seguida, estabelece a tese central do argumento, segundo a qual

a partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art.

5º,X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, formam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade **imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária ([...]).**

O restante do voto se estrutura então em duas partes, a primeira dedicada à concretização do princípio da **dignidade** e a segunda, da **igualdade**. Sobre o primeiro, o voto ressalta o seu caráter apriorístico (“um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana”) e, ao mesmo tempo, a necessidade de sua concretização histórico-cultural, impondo-se que seu conteúdo “seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa”. No aspecto histórico-cultural, a dignidade da pessoa humana é descrita como “limite” e como “tarefa” do Estado, devendo não apenas ser defendida de violações (dimensão defensiva), mas também promovida (dimensão protecional) mediante a elaboração de regras e a sua efetiva consideração no momento da aplicação do direito. Ainda seguindo a estrutura do voto, a relação entre dignidade e orientação sexual se revela no “respeito aos traços constitutivos fundamentais da individualidade de cada um, sem depender de orientação sexual”, de modo que o dever do Estado consiste não apenas na abstenção de violações à esfera pessoal com fundamento na sexualidade, mas, também, a “promoção positiva de suas liberdades”. O princípio da dignidade, então, deve afasta quaisquer ações estatais, diretas ou indiretas, comissivas ou omissivas, que resultem na “possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual”, pelo que se conclui que

o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito ([...]).

O discurso se volta, então, para o princípio da igualdade, cujo conteúdo básico é a proibição de que a lei seja fonte de “privilégios” ou “perseguições”, atribuindo consequências jurídicas diversas para situações equivalentes. Defende-se que a discriminação em razão da orientação sexual é espécie do gênero discriminação em razão do sexo, vedada, portanto, pelo ordenamento jurídico. Indaga-se, então, se esse critério discriminatório se justifica racionalmente, se é possível, “à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada”; e se esse fundamento racional atribuído em tese guarda harmonia, na prática, com os “valores prestigiados nos sistema normativo constitucional”. Para isso, agrega-se o argumento analógico para se concluir que “a convivência homossexual em nada se diferencia da união estável”, por serem ambas

fundadas no amor, de modo que não se justifica o traço distintivo adotado. A essa altura, o desembargador passa a discorrer sobre as mudanças na realidade das famílias brasileiras contemporâneas, pelas quais os laços biológicos “cederam lugar aos compromissos dos vínculos afetivos, sendo um espaço privilegiado para que os opostos possam vir a se tornar complementares”; o momento histórico exigiria “ressignificar a família na função balizadora do péríodo existencial” e “revitalizá-la com o aporte de novas e mais satisfatórias modalidades de relacionamento entre os seus membros”. Em virtude dessa nova realidade dos arranjos familiares, fundados no afeto, é possível conceber a união homoafetiva como uma entidade familiar assemelhada à união estável, por via da interpretação constitucional extensiva. Em conclusão ao argumento, o voto afirma a necessidade de uma “hermenêutica real”, e não formal, como via para se alcançar a justiça do caso concreto e a promoção do bem comum:

se o juiz não pode, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com seu sentimento de justiça ou eqüidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável (STF, RBDP 50/159), **não é menos verdade que a hermenêutica não deve ser formal, mas antes de tudo real, humana e socialmente útil**; e se ele não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, decidindo contra ela, alude o Ministro Sálvio de Figueiredo, **pode e deve, por outro lado, optar interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum** (RSTJ 26/378), já que a proibição de decidir pela eqüidade não há de ser entendida como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução (RSTJ 83/168).

Diferente do padrão de votos acima descrito, nas demais ocorrências a interpretação com base em princípios se amolda muito mais ao método sistemático clássico, quando não se restringe à mera invocação dos textos constitucionais nos quais se expressam tais princípios. Essa constatação aproximou os resultados da pesquisa da reflexão, feita por Jakab (2009), de que a distinção entre regras e princípios não é lógico-jurídica, como propõe Alexy, mas **retórica**, no sentido de que certas normas jurídicas são tratadas por princípios em face da relevância que o intérprete lhes atribui. Essa função retórica dos princípios será discutida em detalhes no capítulo seguinte; não obstante, pode-se descrever aqui que, no mais das vezes, os princípios são utilizados mais genericamente apenas para justificar a escolha interpretativa, servindo também como apoio argumentativo a outras formas de justificação. Por exemplo, a desembargadora Maria Berenice Dias os emprega ao lado dos cânones clássicos (métodos histórico e grammatical e analogia), como que para defender que a interpretação “n2” é mais consentânea com os princípios constitucionais do que a “n1”. Já nos votos do desembargador Rui Portanova, do TJRS (processos 70039338587, 70035804772, 70023812423, 70021637145, 70021085691 e 70006542377), a invocação dos princípios da dignidade e da igualdade aparece

entre a afirmação da existência duma lacuna e a defesa da analogia às uniões estáveis, valendo de suporte ao argumento da integração analógica.

No STF, as mesmas dificuldades de enquadramento da interpretação principiológica numa determinada metodologia pós-positivista se apresentam. Há, decerto, diversas menções à ponderação e à concretização, bem como prolíficas citações de autores identificados com o pós-positivismo (Alexy, Müller, Dworkin, Hesse); contudo todas parecem acessórias, não decisivas, na estrutura argumentativa empregada pelos ministros. No voto de Luiz Fux, por exemplo, argumentos teleológicos e sistemáticos culminam com uma citação de Konrad Hesse e a afirmação de se estar diante da oportunidade de dar à Constituição e às leis interpretação “que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade”. Joaquim Barbosa, por sua vez, inicia seu voto com alusão ao “pensador israelense” Aaron Barak, para quem “as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como *bridging the gap between law and society*”; porém o restante da argumentação segue uma estrutura típica de interpretação sistemática. É apropriado dizer que, no conjunto das decisões analisadas e quanto às metodologias pós-positivistas de interpretação, o discurso dos ministros se limita, embora sempre com certa sofisticação e rebuscamento, à mera invocação dos princípios jurídicos, seguida da conclusão por esta ou aquela decisão interpretativa – revelando o uso precipuamente retórico, no sentido argumentativo proposto por Jakab.

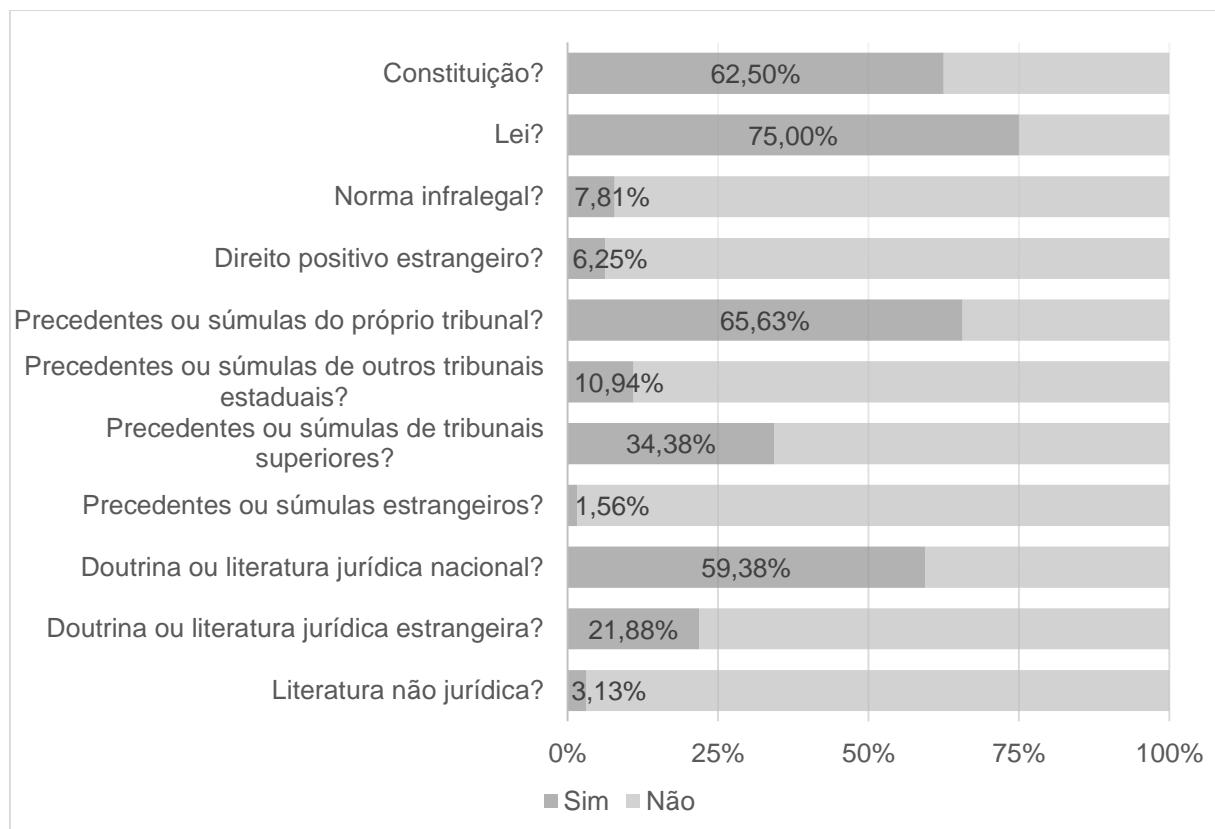
3.3 OS ARGUMENTOS NÃO JURIDICAMENTE CODIFICADOS

A despeito da expectativa inicial de que as decisões acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares abordariam um número relevante de argumentos não expressamente incorporados pela cultura jurídica – dado o caráter controverso do tema e a confluência, no debate público, de abordagens que incorporavam aspectos do discurso biológico, psicológico e psicanalítico, histórico, filosófico, moral, religioso etc. –, a identificação dos materiais jurídicos utilizados no discurso indicou que esse tipo de argumentação teve pouca relevância entre os recursos discursivos empregados pelos juízes. Apenas em duas decisões de tribunais estaduais (3,13%) invocam-se textos estranhos ao direito, sendo ambas proferidas pelo desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, do TJRS.

Há, como mostra a Figura 6, uma predominância na utilização dos textos constitucionais e legais, bem como de precedentes ou súmulas do próprio tribunal em que se está a proferir a

decisão e de textos do próprio campo jurídico de autores nacionais. Chama a atenção a pouca invocação de precedentes de outros tribunais de igual hierarquia (verificada em menos de 11% das decisões), porém os dados são insuficientes para se afirmar se há uma impermeabilidade em geral à jurisprudência produzida em outras unidades da federação; é possível, simplesmente, que seja uma constatação peculiar ao caso das uniões homoafetivas, em que parece ter havido alguma polarização entre cortes “conservadoras” e “progressistas”. Ainda, apesar do baixo percentual, há um uso relevante do direito positivo estrangeiro e da respectiva literatura jurídica, sobretudo nas decisões favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva. Quanto às demais espécies de materiais, seu uso mostrou-se de pouca significância.

Figura 6 – Materiais jurídicos utilizados



Porém, a despeito da irrelevância quantitativa da “literatura não jurídica” no conjunto das decisões, as suas duas únicas aparições no discurso dos tribunais estaduais se dão em contextos os quais se podem considerar de demarcação de posições. A primeira delas se dá na primeira decisão (entre as consideradas relevantes) proferida pelo TJRS em favor da equiparação das uniões homoafetivas como entidades familiares (processo 70005488812); a segunda, por sua vez, ocorre no julgamento dos primeiros embargos infringentes (entre os considerados relevantes) e, portanto, na primeira oportunidade em que um órgão fracionário

maior daquele tribunal (o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis) se pronuncia sobre o referido conflito interpretativo (processo 70011120573). Na verdade, o relator indica nesses dois julgamentos que a referida argumentação foi originalmente empregada no julgamento do processo 70001388982, quando se acolheu “por primeira vez no País a possibilidade de reconhecer-se a relação homoerótica uma união estável”. Pode-se dizer, então, que o emprego da argumentação não codificada se verifica em dois momentos simbólicos para o avanço da juridificação das demandas sociais pelos movimentos de diversidade sexual.

Como o argumento no processo 70005488812 está contido naquele do 70011120573, limitar-se-á a descrever este último. Inicia-se com a afirmação de que o estigma da homossexualidade nas sociedades contemporâneas é um exemplo particular da estigmatização do comportamento sexual “anormal”, e de que o direito, ao adotar implicitamente o binômio normal-anormal para referir-se à sexualidade, funciona como um **sistema de exclusão** – referência que remete a Foucault, como se descreveu no item 1.2.2, quanto não se leia a essa altura qualquer referência ao autor. A recusa de direitos em função da sexualidade é resultado de um “juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado”, um verdadeiro “medievo jurídico” a ser superado. A partir desse ponto, apresenta-se um argumento histórico (não de interpretação histórica) sobre como a homossexualidade estava presente nos povos “primitivos” e “selvagens” e nas civilizações antigas, tendo sido, entre os gregos, alcada ao status de prática “recomendável” e “mais nobre que a relação heterossexual”, por sua associação com a intelectualidade, a estética e a ética. Atribui-se ao judaísmo e ao cristianismo, então, o tratamento da homossexualidade como “uma anomalia psicológica, um vício baixo, repugnante”, e faz-se referência ao texto bíblico de Levítico 18.22 e à narrativa da destruição de Sodoma e Gomorra. Os dados históricos se encerram com a menção de que “a Idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade”.

Segue-se então uma série de argumentos a partir de dados da medicina, biologia e psicologia. Registram-se as sucessivas mudanças no enquadramento médico das práticas homossexuais no âmbito do Código Internacional de Doenças (CID), no qual passaram de patologia (distúrbio mental) a “sintomas decorrentes de circunstâncias psicosociais” (“desajustamento social decorrente da discriminação religiosa ou sexual”), posteriormente abandonando-se o sufixo –ismo (designativo de doença) para –idade (designativo de um modo de ser). Abordam-se, ainda, discussões no campo da genética e da biologia evolutiva acerca da

função primária do comportamento sexual (se procriativa ou de “mecanismo de união”). A essa altura, há referências ao tratamento do tema no âmbito da psicologia, da psicanálise e até da teologia, citando-se o teólogo protestante alemão Helmut Thielick.

A argumentação chega ainda a citar concepções voluntaristas da filosofia da linguagem, como as de Wittgenstein, Foucault e Rorty, a partir das quais se pode afirmar que “nossa subjetividade e nossa sexualidade são realidades lingüísticas, não existindo uma coisa sexual objetiva que preexista à forma como se conhece lingüisticamente”. Mais do que isso, admitir *a priori* que a sexualidade se expressa em poucas formas definidas (heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade) “significa acumpliciar-se com um jogo de linguagem que se mostrou violento, discriminador, preconceituoso e intolerante, e que já levou a acreditar que certas pessoas humanas são moralmente inferiores, só pelo fato de sentirem atração por outras do mesmo sexo biológico”.

Há no discurso um constante critionismo da “moral judaico-cristã”, o qual se expressa explicitamente em alguns elementos argumentativos – como ao se indicar que, historicamente, foram o judaísmo e o cristianismo que relegaram a homossexualidade ao estigma –, mas, também, num tom depreciativo da “moral judaico-cristã” que permeia todo o padrão de voto.

No âmbito do STF, por sua vez, os argumentos não codificados ocupam apenas um lugar lateral no discurso. Há, sim, uso abundante de citações externas ao direito, desde definições de dicionário à produção literária de Fernando Pessoa ou Graciliano Ramos. Invoca-se a produção filosófica de Platão a Descartes, de Nietzsche a Hegel. Há, ainda, menções a Jung, Spinoza, Rui Barbosa, Kant e Hannah Arendt. Não obstante, essas referências parecem compor tão somente o *ornatus* do discurso, não tendo qualquer peso decisivo na argumentação geral. O único argumento não codificado que se mostra relevante no que se refere ao ônus dos juristas para com a retórica da objetividade, no caso analisado, é de natureza estatística: diversos ministros se referem a dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que mostram o elevado número de casais homossexuais no país; a partir dessa informação, argumenta-se que se está diante de um fato social relevante a reclamar um tratamento jurídico apropriado e, diante da inércia legislativa, caberia ao judiciário regular os efeitos de direito dessas relações. Por exemplo, no voto de Luiz Fux, estes dados estatísticos compõem uma das “premissas fundamentais para a apreciação da causa” (ênfase acrescida):

A quarta das premissas: os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE (disponíveis em

<<http://www.ibge.gov.br>>; consulta em 30.04.2011), atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

Em todo caso, o STF mostra-se mais comedido, neste caso particular, no emprego de “materiais” e argumentos não expressamente codificados ou recepcionados pela comunidade jurídica, em comparação com as decisões pioneiras do TJRS prolatadas pelo desembargador Giorgis.

4 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS: O PODER DA INTERPRETAÇÃO E A RACIONALIDADE JUDICIAL COMO RETÓRICA DA OBJETIVIDADE

4.1 FOTOGRAFANDO NUVENS? UM RETRATO APARENTEMENTE CAÓTICO DA RACIONALIDADE E DAS FORMAS ARGUMENTATIVAS UTILIZADAS PELOS TRIBUNAIS

A expectativa de um trabalho fundado em premissas relativamente céticas acerca da controlabilidade racional das decisões interpretativas é, decerto, encontrar variações no discurso judicial que refletem o caráter indeterminado dos enunciados de direito e do material jurídico à disposição do juiz. Porém, ao se postular que o poder do juiz é inseparável do seu ônus para com a retórica da objetividade (Just, 2016) e que a sua liberdade não é isenta de determinismos (Troper, 2006), conjecturava-se a princípio a existência de certos padrões argumentativos e certas regularidades no discurso jurídico que dariam conta dessa exigência, típica da pretensão do direito moderno à rationalidade lógico-formal, de que as decisões jurisdicionais empreguem critérios intrínsecos ao sistema jurídico e apliquem regras gerais e universais.

No que se refere às decisões relativas ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, conjecturava-se que as formas argumentativas variariam basicamente em dois eixos. Primeiro, esperava-se que a principal variação nos argumentos se explicaria pelo resultado, isto é, pela tomada da decisão interpretativa: os juízes contrários ao reconhecimento da união homoafetiva adotariam predominantemente os cânones clássicos da interpretação, pois estes pressupõem a inexistência de um poder criativo na aplicação do direito, ao passo que os juízes favoráveis privilegiariam os argumentos construídos a partir das metodologias pós-positivistas, que têm a atividade criadora do intérprete como um dos postulados fundamentais de sua elaboração teórica. A segunda fonte de variação discursiva inicialmente conjecturada era a hierarquia dos tribunais e suas distintas funções no arranjo institucional delineado pela Constituição da República: as cortes estaduais seriam mais comedidas no reconhecimento de sua função criadora e, portanto, no emprego mais escancarado dos argumentos pós-positivistas, enquanto o STF, por cumular as funções de “corte de vértice” e de tribunal constitucional, estaria mais à vontade para reconhecer seu papel criador e utilizar as metodologias que assumem esse papel na sua tentativa de dar conta da rationalidade jurisdicional.

Não obstante, como se expôs no capítulo anterior, os resultados da coleta e análise das decisões em grande medida se afastaram das conjecturas iniciais e se mostraram significativamente mais caóticos do que o esperado. Embora os discursos contrários ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, de fato, privilegiem a argumentação segundo os métodos clássicos, verifica-se o recurso abundante aos cânones, também, entre aqueles favoráveis à tutela das uniões entre pessoas do mesmo sexo em termos do direito de família. A conjectura sobre as variações em torno do eixo hierárquico também não se comprovou na pesquisa; quanto os discursos dos ministros do STF façam uso abundante dos princípios jurídicos, a forma argumentativa empregada nem sempre corresponde às metodologias pós-positivistas, assemelhando-se, no mais das vezes, a uma simples interpretação sistemática do texto constitucional, nos moldes dos cânones tradicionais. Por outro lado, algumas decisões de tribunais estaduais mostram-se conscientemente – e consistentemente, talvez se possa dizer – pós-positivistas na argumentação, havendo interessantes exemplos de aplicação da metódica estruturante de Müller à controvérsia interpretativa.

Esse “caos” argumentativo conduziu, inicialmente, a dúvidas sobre a utilidade prática dum pesquisas empírica voltada à racionalidade dos discursos judiciais. Parecia, a princípio, que nenhum resultado comprehensivo poderia ser obtido de um recorte tão estreito da atividade decisória, a qual, ademais, seria marcada por irregularidade e imprevisibilidade radicais – o esforço analítico, sob essas condições, parecia aproximar-se à tentativa de compreender a dinâmica atmosférica fotografando nuvens. A despeito disso, novas conjecturas restauraram a confiança na fecundidade da pesquisa, sobretudo diante da percepção de certas “irregularidades regulares” no modo como os discursos decisórios se (des)organizam. Essas novas conjecturas foram impulsionadas em duas direções especulativas básicas e, por fim, conduziram a uma síntese teórica importante, a qual, na verdade, trouxe o trabalho de volta à sua hipótese principal.

Primeiro, constatou-se que, a despeito das muitas variações, os discursos jurídicos sobre o reconhecimento da união homoafetiva convergiam na redução do conflito social a um conflito interpretativo; os muitos apelos pós-positivistas à “realidade viva” do direito, à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” etc. não impedem que a discussão, enfim, seja reduzida a identificar ou a vontade do legislador, ou uma lacuna no direito, ou uma interpretação (da Constituição) conforme a Constituição, e assim resolver o conflito com uma argumentação relativamente formal – no sentido weberiano do emprego de formas intrínsecas ao sistema jurídico –, notadamente os cânones da interpretação clássica. Essa constatação se aproxima da tese, formulada por Krell (2014), de que os métodos clássicos de interpretação gozam de

elevado prestígio entre os juristas praticantes, a despeito do “desdém teórico” que recebem do atual estado da arte da hermenêutica jurídica. Ao mesmo tempo, os resultados da pesquisa indicam que em geral o uso dos princípios jurídicos não se dá de forma metodicamente orientada, mas de modo fluido, sem a preocupação de explicitar por que são empregados num sentido, e não em outro igualmente possível, nem por que a sua aplicação deve se dar de uma maneira e não de outra. Não se vê, por exemplo, o emprego consistente dos testes de ponderação de Alexy (2000) nem da metódica estruturante de Müller (2009) como formas de justificação da decisão interpretativa. Tal circunstância aproximou a pesquisa empírica e a análise das reflexões de Sundfeld (2011) sobre o estado de “geleia geral” no emprego jurisprudencial dos princípios, bem como da tese de Jakab (2009) acerca dos usos retóricos dos princípios jurídicos.

Segundo, o retrato caótico do raciocínio jurisdicional e das formas argumentativas empregadas parecia passível de interpretação em termos de um déficit de modernidade no direito brasileiro, segundo a concepção weberiana da racionalidade lógico-formal. Todavia, essa compreensão, embora não inteiramente desprezível, revelou-se apressada diante das ponderações de Rodriguez (2013, p. 63) sobre a importância de pensar o direito no Brasil “sem tomar a tradição estrangeira como modelo normativo”. Passou-se então a considerar, a partir da proposta conceitual do autor, a existência no direito brasileiro de um modelo de racionalidade decisória marcado pela “pobreza argumentativa” nos casos fáceis e pela utilização de “argumentos de autoridade” nos casos difíceis, numa estrutura de “agregação de opiniões”. Ao mesmo tempo, indagou-se de que modo a racionalidade jurisdicional se vale, no caso das uniões homoafetivas, do conceito de separação de poderes como um argumento relativamente flexível e eficaz para se expor e dissimular o poder exercido na interpretação.

Essas teses pareceram encontrar ressonância nos dados coletados, pelo que se passou a explorar a sua fecundidade para a compreensão dos resultados da pesquisa. E, à medida que se avançava, esses elementos de inteligência conduziam a análise de volta à dupla hipótese proposta por Just (2016), de que (1) toda escolha interpretativa tem um impacto na persuasão e na objetividade da decisão que está sendo proferida, mas também tem um impacto potencial sobre o poder do intérprete na prolação de futuras decisões; e (2) em consequência, um dos fatores de influência das escolhas interpretativas é o raciocínio estratégico que pondera os bônus e os ônus de determinada escolha, tanto sobre a objetividade e persuasão da decisão que se está a proferir como das que serão futuramente prolatadas. As irregulares e imprevisíveis variações no discurso relativo ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, embora pudesse ser criticadas à luz de teorias normativas da argumentação racional, ou mesmo da

concepção weberiana da racionalidade do direito moderno, não implicam que os juízes brasileiros estejam despreocupados de desincumbirem-se de seu ônus para com a retórica da objetividade. Em vez disso, a utilização abundante dos cânones clássicos e o uso fluido dos princípios indicam, enfim, uma preocupação real dos juízes não apenas com a persuasão das decisões que estavam sendo proferidas, mas também com o possível impacto social e institucional de uma postura que pudesse ser considerada “ativista” e usurpadora da competência legislativa do Congresso Nacional. Nesse contexto, a emergência no discurso decisório de questões sobre o papel do judiciário – à luz do arranjo constitucional da separação de poderes – se explica em termos do raciocínio estratégico e da retórica da objetividade.

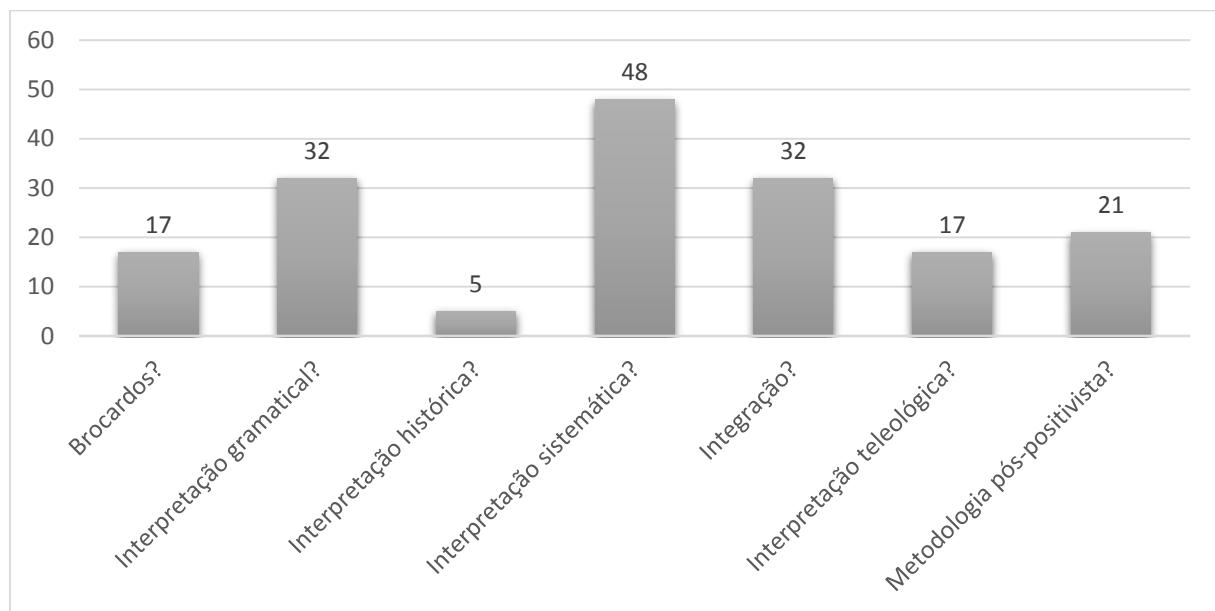
O objetivo deste capítulo é discutir os resultados da coleta e análise das decisões e refletir sobre como os dados obtidos podem ser lidos em termos desses caminhos teóricos aqui sintetizados e o que, a partir deles, se pode compreender acerca do estágio atual da racionalidade jurisdicional brasileira e o compromisso dos juristas para com a retórica da objetividade.

4.2 O PODER INTERPRETATIVO NAS FORMAS DE JUSTIFICAÇÃO: O PRESTÍGIO PRÁTICO DOS MÉTODOS CLÁSSICOS E O USO RETÓRICO DOS PRINCÍPIOS

A apresentação dos resultados, ao longo do capítulo anterior, evidencia uma preferência geral – a despeito das muitas irregularidades já salientadas – pelo emprego dos métodos clássicos como recurso argumentativo no nível da justificação das decisões, em detrimento da tradição dos brocados e das metodologias pós-positivistas. Essa constatação corrobora a afirmação de Krell (2014, p. 307, 317) de que os cânones tradicionais, apesar das muitas críticas que lhe são dirigidas no plano teórico, “sempre têm funcionado” na prática operacional do direito e que, por isso, “devem ser respeitados e estudados pela teoria, inclusive no Brasil do século XXI”. De fato, no que se refere à argumentação efetivamente empregada pelos juristas praticantes – no caso, especificamente, os juízes (desembargadores e ministros) –, a sua deferência para com a objetividade se expressa mediante o emprego de estruturas argumentativas partilhadas pela comunidade jurídica e tidas como hábeis a apresentar a decisão como o resultado de um processo racional; sendo que, entre essas formas de justificação da decisão interpretativa, os métodos clássicos gozam de um prestígio prático superior aos demais,

no que se refere ao seu potencial para revestir de autonomia, neutralidade e impessoalidade os atos decisórios.⁷⁰ A X ilustra

Figura 7 – Formas de justificação empregadas por decisão



Consoante se expôs, no *corpus* analisado a interpretação sistemática, ladeada pela integração analógica, sobrepuja todas as demais formas de justificação em sua adoção massiva nos discursos jurídicos. Muito embora rejeitados no plano teórico, os dogmas da coerência e consistência da ordem jurídica conferem aos juristas praticantes um caminho fértil de argumentos interpretativos não apenas aceitáveis, mas (pragmaticamente) tidos como adequados a justificarem as decisões interpretativas. Se os quatro cânones clássicos oferecem aos juristas “uma abordagem nitidamente superficial” pela qual podem finalizar o processo de discussão interpretativa (KRELL, 2014, p. 316-317), a argumentação sistemática parece fornecer o caminho justificativo mais fácil, na medida em que a simples invocação de outros textos normativos do sistema (no mais das vezes, textos dotados de alto grau de generalidade e indeterminação) pode ser utilizada para fundamentar as escolhas interpretativas.

Trata-se em todo caso, como inicialmente se postulou e como confirmaram os resultados, duma **objetividade retórica**, porque nenhuma das formas de justificação admitidas no campo jurídico conduz a uma única resposta correta ou mesmo a uma previsibilidade quanto aos limites da interpretação-aplicação; o caráter retórico das justificativas se revela

⁷⁰ As afirmações feitas ao longo deste capítulo a respeito de como os juristas efetivamente “raciocinam”, argumentam e fundamentam suas decisões devem ser entendidas como circunscritas, sempre, ao âmbito dos dados coletados, e não como afirmações generalizantes ou universalizantes.

constantemente, em diversos sentidos. Primeiro, não existe um critério prévio e claramente identificável acerca de quais formas argumentativas são ou não aceitáveis; há apenas acordos difusos, contingentes, historicamente situados, mutáveis e mutantes, sobre a aceitabilidade desses “métodos”. Segundo, inexiste também qualquer hierarquia estabelecida entre as justificativas aceitáveis; o jurista pode se valer de qualquer uma delas (e efetivamente assim o faz), ou agregá-las numa argumentação híbrida, sem que se possa avaliar *a priori*, simplesmente a partir das técnicas escolhidas, que uma forma de justificação seja superior à outra. Terceiro, o emprego de uma mesma técnica justificativa pode conduzir a resultados diferentes, até mesmo opostos; a interpretação gramatical pode ser utilizada para defender que as uniões homoafetivas estão excluídas do rol de entidades familiares constitucionalmente protegidas, mas também pode ser carreada de modo que se tenha uma “tipicidade aberta”, uma “cláusula geral de inclusão” pela qual o Estado protegerá todas as formas de vinculação afetiva que se apresentem socialmente – e ambas as interpretações podem ser construídas a partir do campo semântico de uma mesma palavra do texto constitucional (“também”).

Todos esses fatos acerca da (in)controlabilidade racional das interpretações são também reconhecidos por Krell (2014, 315), para quem “os cânones metódicos clássicos não garantem resultados certos ou verdadeiros”, servindo apenas como “meios de apoio ao trabalho jurídico”, orientações gerais que conduzem o jurista à formulação de certas perguntas e, portanto, fornecem um caminho básico para o processo de tomada de decisão. Não obstante, o autor conserva certas expectativas de racionalidade no emprego dos cânones, conquanto as reduzindo ao âmbito de um controle intersubjetivo do raciocínio jurídico (KRELL, 2014, p. 316). Tais expectativas, mesmo deflacionadas, não se confirmam nos dados coletados, pois o discurso judicial se mostra em grande medida impermeável às críticas internas e externas que lhe são postas; mesmo se tratando de decisões colegiadas, nas quais por princípio se admite a discussão e a argumentação, poucas vezes se estabelece um momento crítico no qual se aborda, concretamente, a correção ou a adequação no emprego dos métodos interpretativos. Isso revela que, na prática, os cânones não produzem uma instância de discussão (racional) sobre a validade ou legitimidade da interpretação adotada, mas servem apenas à apresentação (retórica) do resultado como dotado de racionalidade.

Esse caráter retórico da justificação é revelador do poder inerente à interpretação, em especial à interpretação jurídica, dado que os juristas, na linguagem e por trás da linguagem, fazem escolhas subjetivas (atos de vontade) que são posteriormente ornadas como se tomadas racionalmente (atos de conhecimento). Os cânones clássicos de interpretação mostram-se meios

comparativamente eficazes de operar essa dissimulação e conferir ao discurso judicial a necessária **aceitabilidade** entre a comunidade jurídica.

Diferentemente, os métodos propostos pelos autores tidos por pós-positivistas são raramente empregados no discurso prático dos juízes. As razões para tanto não podem ser estabelecidas mediante o exame de uma única controvérsia interpretativa, como se faz neste trabalho; porém, do *corpus* analisado, comprehende-se que as metódicas pós-positivistas, além de apresentarem de modo mais escancarado a dimensão criadora da aplicação do direito (o que se discute adiante), impõem um caminho argumentativo menos superficial e mais oneroso ao intérprete. Compare-se, por exemplo, a argumentação “estruturante” empregada pelo desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, do TJRS, e aquela utilizada pelo desembargador Rui Portanova, do mesmo tribunal, baseada na integração analógica. Ambos os juízes tomam a mesma decisão interpretativa (n2), reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar; ambos fundamentam a decisão em discurso extenso, repleto de citações doutrinárias e de referências à teoria do direito. Não obstante, o cerne da argumentação com base em lacuna é relativamente “frugal”: há um fenômeno da vida humana que não é proibido pelo direito nem é por ele expressamente regulado; porém, há uma semelhança relevante entre tal fenômeno e outro, esse sim objeto de regulação jurídica; logo, por analogia, aplica-se ao primeiro a regulação prevista para esse segundo fenômeno. A primeira premissa (de que não há proibição nem regulação das uniões homoafetivas) não parece ser seriamente questionada; e, quanto à segunda (a semelhança relevante entre uniões hétero- e homoafetivas), sua aceitabilidade foi pavimentada pela doutrina familiarista e sua ênfase na afetividade como elemento nuclear da família, em vez da biologicidade. Por sua vez, o argumento “estruturante” se apresenta muito mais custoso ao intérprete: a construção do “programa da norma” exige ampla discussão dos princípios constitucionais da dignidade e da igualdade, suas dimensões e “âmbitos” de normatividade, bem como sua relação (em sentido negativo e positivo) com a orientação sexual e os pretendidos efeitos jurídicos sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Para se chegar à conclusão pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (e não ao mero sentido abstencionista da proibição do preconceito) a partir dos princípios, a argumentação envereda por escolhas complexas e com potencial para limitar o poder do intérprete nas futuras decisões – por exemplo, no âmbito do STF há a clara preocupação de alguns ministros com os impactos de uma decisão excessivamente “criativa” sobre a legitimidade daquele tribunal.

O raciocínio estratégico indica, então, por que na maioria das decisões a interpretação com base em princípios se amolda muito mais ao método sistemático clássico do que às

metodologias pós-positivistas, quando não se restringe à mera invocação dos textos constitucionais nos quais se expressam tais princípios. Essa constatação aproximou os resultados da pesquisa da reflexão, feita por Jakab (2009), de que a distinção entre regras e princípios não é lógico-jurídica, como propõe Alexy, mas **retórica**, no sentido de que certas normas jurídicas são tratadas por princípios em face da relevância que o intérprete lhes atribui. Ao serem assim retoricamente destacadas ao posto de princípios, tais normas passam a exercer certas funções peculiares no discurso jurídico: (1) uma **função heurística**, pela qual são utilizados para estruturar e sistematizar os textos normativos de modo a torná-los “manuseáveis” pelo jurista (no sentido tradicional dos “princípios gerais de direito”); (2) uma **função metanormativa**, no sentido de que são invocados na propositura de mudanças legislativas e também para justificar os textos normativos existentes; (3) uma **função social**, pela qual os princípios cristalizam valores importantes à sociedade, promovendo-lhe maior integração e possibilitando a solução de conflitos à luz desses valores; e (4) uma **função prática**, no sentido de que os princípios exercem um papel peculiar na interpretação e aplicação do direito (JAKAB, 2009, p. 10-14).

No que se refere à função prática, os princípios são empregados pelos juristas com grande variedade de objetivos. O autor destaca três papéis práticos principais. O primeiro diz respeito à argumentação jurídica e ao **raciocínio jurídico**: os princípios justificam escolhas interpretativas (quando duas interpretações de um texto normativo são possíveis, argumenta-se que uma delas é mais compatível com os princípios e, portanto, deve ser preferida); possibilitam o afastamento de regras concretas quando estas não conduzem (ou não conduzem inequivocamente) ao resultado desejado; ou são utilizados como “apoio” argumentativo, como autoridade adicional para o raciocínio e a conclusão já firmados a partir de uma regra concreta. O segundo papel dos princípios tem a ver com sua **abstração**: argumenta-se com princípios para aplicar regras que não estejam formalmente em vigor na ordem jurídica vigente. Nesse sentido, os princípios são “portas de entrada” para a aplicação de normas que já foram derrogadas, de normas de outras ordens jurídicas ou mesmo de ideias “extrajurídicas” de moralidade (social e política). Terceiro, os princípios exercem um papel no “**desenvolvimento**” do direito: usam-se princípios para mudar o direito nas circunstâncias em que ele se mostra “subdesenvolvido” (JAKAB, 2009, p. 11-13).

As decisões analisadas apresentam ocorrências interessantes desse uso retórico. Pode-se dizer que, num mesmo discurso, os princípios exercem simultaneamente diversos papéis práticos, ainda que não sejam empregados na metódica prescrita por qualquer doutrina pós-

positivista. Nos casos mais radicais desse fenômeno, os princípios são utilizados expressamente para afastar a aplicação da regra concreta do art. 226, § 3.º, da Constituição – como que reconhecendo uma antinomia entre normas emanadas do constituinte originário (normas constitucionais inconstitucionais) –, em virtude do seu resultado indesejado. No processo 70007243140, do TJRS, o relator afirma que os princípios são normas que “se sobrepõem a quaisquer outras, inclusive àquela esculpida no art. 226, § 3.º, CF/88 [...], que prevê o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher”. O mesmo argumento é encontrado no processo 70016660383, também do TJRS, no qual se defende que

estes princípios, justamente por retratarem direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras regras, inclusive à insculpida no artigo 226, §3º, da CF, [...], que exige a diversidade de sexos para o reconhecimento da união estável.

De acordo com ADAUTO SUANNES, quando há confronto entre a norma constitucional e os princípios que a norteiam, a conclusão é uma só: “desde que a norma constitucional se mostre contrária a um princípio constitucional, há de prevalecer o princípio”.

No mais das vezes, os princípios são utilizados mais genericamente apenas para justificar a escolha interpretativa, servindo também como apoio argumentativo a outras formas de justificação. A desembargadora Maria Berenice Dias os emprega ao lado dos cânones clássicos (métodos histórico e gramatical e analogia), como que para defender que a interpretação “n2” é mais consentânea com os princípios constitucionais do que a “n1”. Já nos votos do desembargador Rui Portanova, do TJRS, a invocação dos princípios da dignidade e da igualdade aparece entre a afirmação da existência dum lacuna e a defesa da analogia às uniões estáveis, valendo de suporte ao argumento da integração analógica. Ainda, no processo 2863677-95.2009.8.13.0223 (1), no TJMG, argumenta-se que

o pedido de reconhecimento da união homoafetiva no Brasil é perfeitamente possível, uma vez que a Constituição da República, ao consagrar os princípios da dignidade e da igualdade, garante a todos os cidadãos o direito de constituir família, não fazendo qualquer distinção de sexo.

Entendimento em contrário ensejaria uma sociedade injusta e preconceituosa, o que se torna impensável nos dias atuais.

A Constituição da República consagra os princípios da dignidade, da igualdade e da não discriminação [...]

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, análoga à união estável, está de acordo com o objetivo constitucional de que se alcance uma sociedade mais justa, mais igualitária e menos preconceituosa, em que esteja assegurado a todos, independentemente de raça ou opção sexual, o direito de constituir “família” e ter assegurada a dignidade.

Ademais, em diversos casos, verifica-se que os princípios são implicitamente utilizados com a finalidade de “desenvolver” o direito; embora esse papel guarde estreita relação com o tema da dimensão criadora da atividade interpretativa, abordado no capítulo seguinte, cabe mencionar brevemente duas de suas ocorrências. Esse uso peculiar dos princípios aparece ora como parte da estrutura argumentativa nos moldes da metódica estruturante, como no julgamento do processo 70005488812 pelo TJRS (“quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”); ora como uma conclamação aos juízes para que não resistam à modernização “científica” do direito, como se vê em afirmação panfletária do relator do processo 70030880603, do TJRS:

a matéria em julgamento, repito, é controvertida e polêmica. Nutro respeito pelo pensamento divergente. Creio firmemente, porém, que os avanços devem continuar. **E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas**, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e as coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.

Ainda no tocante ao uso dos princípios, é curioso que, no STF, não se haja encontrado exemplo do emprego metódico da interpretação pós-positivista, contrariando as conjecturas iniciais. O amplo recurso aos princípios verificado nos discursos dos ministros apresenta, quando muito, uma estrutura de interpretação sistemática, e, no mais das vezes, expressa os usos práticos referidos por Jakab.

4.3 NATURALIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES?: O DISCURSO JUDICIAL SOBRE A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

O modo como os juristas efetivamente argumentam, preferindo a metodologia clássica às propostas pós-positivistas, não pode ser compreendido à parte dos debates sobre a criação do direito no momento de interpretação-aplicação e a correlação dessa questão teórica com a concepção “tradicional” da separação de poderes. Não é o caso de se encaminhar a discussão, aqui, em torno da querela sobre o “ativismo judicial” e a autocontenção do juiz (*judicial self-restraint*), apontando-se normativamente esta ou aquela posição como a mais adequada à promoção de certos valores ou ideias políticas que são caras ao proponente; o que se mostra relevante, para a hipótese de pesquisa, é indagar de que modo essas ideias sobre o papel criador

da interpretação e as limitações inerentes à separação de poderes interferem e condicionam o discurso judicial interpretativo.

A coleta de dados confirma a conjectura inicial de que, nos casos relativos ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, essa discussão sobre a “criatividade” jurisdicional seria expressamente abordada pelas decisões, fosse para rejeitar a possibilidade de uma postura “ativista”, fosse para admiti-la. No âmbito dos tribunais estaduais, as decisões contrárias ao reconhecimento (“n1”) frequentemente incluem alguma negação da atividade criadora do juiz e relegam a discussão sobre os efeitos jurídicos das uniões homoafetivas à competência legislativa do Congresso Nacional (cf. Quadro 6). Semelhantemente, diversas decisões favoráveis afirmam a criação judicial do direito, seja em caráter residual (no caso das lacunas), seja como um aspecto inevitável da interpretação-aplicação (cf. Quadro 7).

Quadro 6 – Rejeição da atividade criadora nos tribunais estaduais “n1”

| Tribunal | Processo | Argumento (grifos acrescidos) |
|----------|-------------------------------|---|
| TJMG | 7640886-17.2007.8.13.0024 (1) | “A legislação brasileira ainda não contempla a figura da união homoafetiva, os modernismos ficam para os legisladores. Quando a lei for alterada, muda-se o entendimento, mas enquanto não houve previsão, nem constitucional, nem legal, não vejo como o Judiciário possa criar essa situação.” |
| TJMG | 5371218-79.2004.8.13.0024 (1) | “Ora, em sendo assim, evidente que não pode o intérprete, mormente no caso de ser um julgador, ir além do que quis o legislador , ainda que pessoalmente entenda ser muito tímida a evolução no reconhecimento dos direitos dos homossexuais, como no caso. É fato público e notório que tramita no Congresso Nacional projeto de lei que visa justamente permitir o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, que no entanto tem recebido da sociedade (em geral, e não de seus grupos intelectualmente mais avançados) fria acolhida, o que repercute inclusive nos membros do Legislativo, que não parecem dispostos a levar adiante a iniciativa. Se o próprio Legislativo, e ao que parece, a maioria da sociedade, que elege os membros daquele Poder, não se |

| | | |
|------|--------------------------|--|
| | | definiu acerca da possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, vale dizer, se no momento atual inexiste norma jurídica que permita tal união e, ao contrário, tanto a Constituição Federal quanto Lei específica a vedam (ao exigir para tal desiderato a existência de um homem e uma mulher), não pode o julgador - cuja tarefa primeira é aplicar a norma posta, e não criá-la -, ignorar tais limites e buscar, como se fora onipotente, tutelar um suposto direito ao arrepio da lei.” |
| TJRS | 70030975098 | “Com isso quero dizer que a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar, foro, esse sim, competente para formular regramento jurídico específico, sendo recomendável, a meu sentir, evitarse aqui o ativismo judicial , que nem sempre se traduz nas reais aspirações da sociedade, até mesmo porque a “modernidade” do direito não pode enfocar somente seu aspecto sociológico, mas obrigatoriamente o normativo, axiológico e histórico.” |
| TJRS | 70036578706, 70033073388 | “A respeito, é preciso reconhecer que laboriosa jurisprudência, caminhando no avanço das relações sociais, passo a passo vem construindo essa possibilidade, partindo de decisões do Tribunal de Justiça Gaúcho, tendo como base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que não permite qualquer discriminação, inclusive em razão de sexo. Nada obstante, com a vênia consentida dos que pensam em contrário, ainda não consigo, em cima de conceitos principiológicos ou até mesmo metajurídicos, contornar óbices claros advindos de norma constitucional e infraconstitucional. ” |

Quadro 7 – Afirmiação da atividade criadora nos tribunais estaduais “n2”

| Tribunal | Processo | Argumento |
|----------|---------------------------|---|
| TJRJ | 0117369-18.1997.8.19.0001 | “Além disto, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil permite que o juiz decida o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. |

| | | |
|------|---------------------------|--|
| | | <p>E assim foi feito ao longo dos tempos, tendo a jurisprudência provocado alterações profundas no direito positivado, principalmente no âmbito do Direito de Família, como ocorreu com o desquite, divórcio e o próprio reconhecimento de uma união estável com efeitos semelhantes aos do casamento.</p> <p>O Direito deve ser encarado com um meio de garantia da paz social e, para tal, tem a função de fazer justiça, dando a cada um o que é seu. E subtrair juridicidade a um fato social implica em deixar os indivíduos envolvidos à margem da própria cidadania.”</p> |
| TJGO | 149310-5/188 | <p>“Dessa forma, pode o julgador adotar interpretação de forma sistêmica e evolutiva, em razão de mudanças históricas ou de fatos políticos e sociais que não se encontravam presentes na mente do legislador, aproximando-se do ideal de justiça, sem que haja norma expressa sobre a questão posta sob discussão.”</p> |
| TJRJ | 0006109-93.2003.8.19.0204 | <p>“Observe-se que antes mesmo da regulamentação e reconhecimento constitucional da união estável entre o homem e a mulher, sua existência já era reconhecida e declarada nos Pretórios, na relação concubinária.</p> <p>Não é preciso esperar a aprovação no Congresso Nacional do Projeto de Lei n.º 1.151/95, que disciplina a “parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo”, para reconhecer-se a possibilidade de reconhecimento de uma união estável entre homossexuais, porque, além dos dispositivos constitucionais elencados, nossa legislação permite que o juiz decida o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (art. 4.º da LICC).</p> <p>O direito tem caminhado com segurança ao retratar o descabimento de preconceitos e discriminações.”</p> |
| TJRS | 70007243140, 70030880603 | <p>“Observe-se que antes mesmo da regulamentação e reconhecimento constitucional da união estável entre o homem e a mulher, sua existência já era reconhecida e declarada nos Pretórios, na relação concubinária.</p> <p>Não é preciso esperar a aprovação no Congresso Nacional do Projeto de Lei n.º 1.151/95, que disciplina</p> |

| | | |
|------|-------------|--|
| | | <p>a “parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo”, para reconhecer-se a possibilidade de reconhecimento de uma união estável entre homossexuais, porque, além dos dispositivos constitucionais elencados, nossa legislação permite que o juiz decida o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (art. 4º da LICC).</p> <p>O direito tem caminhado com segurança ao retratar o descabimento de preconceitos e discriminações.”</p> |
| TJRS | 70005488812 | <p>“Essa visão autopoética, que aceita a influência indireta da sociedade sobre o Direito num sistema de fechamento auto-referencial, sinaliza que a Constituição é um sistema aberto, trazendo um roteiro para as decisões, mas não um sistema cerrado de soluções, o que possibilita maior liberdade criadora do intérprete, o que não apenas extrai o sentido da norma, mas o perfaz no caso concreto.</p> <p>O que corresponde a reputar o Direito, enquanto sistema aberto de normas, a uma incompletude completável, já que ele mesmo trás soluções para os casos que eventualmente deixa de regular.”</p> |

É no STF, todavia, que a conexão de sentido entre a retórica da objetividade e o discurso sobre a separação de poderes se revela com maior clareza. Os votos dos ministros mencionam expressamente a sua função criadora em diversas ocasiões, em argumentos que seguem uma de duas estruturas básicas. De um lado, há a menção mais técnica à “função contramajoritária” da Suprema Corte (que implica a necessidade de sanar as ações ou omissões inconstitucionais do legislador), como nos votos de Luiz Fux, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello; a linguagem tecnológica da dogmática jurídica é empregada, também, na referência à doutrina constitucional italiana das “decisões manipulativas de efeitos aditivos” (Gilmar Mendes). De outra banda, o reconhecimento da atividade criadora aparece nas diversas menções ao caráter “histórico” daquele julgamento e à oportunidade que a corte teria de fazer o direito “progredir”. Esse tipo de referência aparece sutilmente no voto da ministra Carmem Lúcia, ao afirmar as dificuldades enfrentadas pela sociedade na “conquista de novos direito”; ocorrência mais explícita se vê no voto do ministro Luiz Fux, segundo o qual

esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada

um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.

Não obstante, essa afirmação da criação judicial do direito contrasta com diversas menções aos limites da atividade interpretativa. No voto de Lewandowski, por exemplo, no mesmo parágrafo em que se rejeita a ideia do juiz como mera boca da lei, reconhecendo-se “uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei”, essa atividade criadora é descrita em termos bastante tímidos, pois a “atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto”. O mesmo Gilmar Mendes que afirma a possibilidade de decisões com efeitos “aditivos” defende que o conflito posto à apreciação do STF não implica “ativismo judicial”, e sim “cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional”.

Na verdade, em um dos momentos de debate taquigrafados (nos quais os ministros não leem os respectivos votos, mas falam extemporaneamente), a questão dos limites da interpretação é diretamente abordada por três ministros em termos da **legitimidade** do Supremo Tribunal. Gilmar Mendes afirma que o STF se legitima enquanto corte constitucional ao aplicar a Constituição “enquanto norma”, e isso significa que deve haver limites à atividade interpretativa, “sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa”; conclui-se, então, que “**não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos**”. O argumento é seguido por duas assertivas peremptórias: o ministro Marco Aurélio afirma que “a atuação judicante é sempre **vinculada** à Constituição e à legislação de regência”, ao que Ayres Britto complementa: “é sempre **vinculada e objetiva**” (ênfases acrescidas).

Como se vê, a discussão se encaminha abertamente em termos da legitimidade do tribunal, o que significa, nos termos da hipótese deste trabalho, o seu poder (jurídico) para proferir aquela e as futuras decisões. No âmbito do STF, o problema da legitimação se apresenta de modo radical, porquanto indissociável do “paradoxo da jurisdição constitucional”, no qual se discute “como explicar que uma instituição composta por pessoas não eleitas possa anular a expressão mais eminente da vontade dos representantes do povo” (JUST, 2005, p. 25). Porém, essa é apenas a expressão mais aguda do debate sobre a separação de poderes e suas conexões de sentido com a ideia de uma separação mais ou menos estrita entre as funções de criação e aplicação do direito. Todavia, não parece adequado tratar da questão da separação de poderes como um “peso morto” do imaginário jurídico ocidental, como faz Rodriguez (2010, p. 45) a partir de Neumann, tampouco como um conceito naturalizado que “não abre espaço para a transformação do código do direito”, como aduz alhures o mesmo autor (RODRIGUEZ, 2013, p. 184). Em vez disso, o emprego da ideia de separação de poderes como um conceito

relativamente **cristalizado** apresenta uma importante função retórica, na medida em possibilita ao juiz expor ou dissimular, com relativa flexibilidade, o poder exercido no (e por trás) do discurso.

O uso do conceito entre os juízes adeptos da interpretação “n1”, por exemplo, não precisa ser descrito como uma adesão formalista a um conceito naturalizado de separação de poderes; a rejeição da atividade criadora do intérprete pode muito bem ser descrita como uma maneira persuasiva de se argumentar em favor daquela decisão interpretativa, ao mesmo tempo em que se minimiza o risco de ser acusado de uma postura preconceituosa, homofóbica etc. Decide-se assim, segue o argumento, porque o legislador ainda não levou a cabo as necessárias mudanças para que se possa reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Por sua vez, o mesmo conceito de separação de poderes – embora com uma conotação um tanto distinta – é também empregado para se argumentar favoravelmente ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo: a “função contramajoritária” da corte constitucional não deixa de ter por pressuposto uma separação de funções, segundo a qual o legislativo expressa a vontade majoritária e o judiciário (especialmente o STF) funciona como limitador das tendências totalitárias da maioria – numa expressão bastante “ortodoxa” da ideia tradicional de freios e contrapesos. Também neste último caso, a separação de poderes é invocada como argumento legitimador do poder do tribunal para proferir a decisão interpretativa, ainda que se trate de uma decisão “criativa”. Seja como for, não parece adequado criticar o conceito como um empecilho à transformação do direito; ele é empregado, retoricamente, para ornar de objetividade tanto decisões tidas por “progressistas” ou ativistas quanto aquelas consideradas “conservadoras” ou fruto da autocontenção do juiz.

4.4 A PESSOALIDADE E O CARÁTER RADICAL DA OBJETIVIDADE RETÓRICA NA RACIONALIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O modo como os juízes efetivamente argumentam ao decidir os casos relativos ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar expressa então, de diversas maneiras, o ônus do jurista praticante para com a retórica da objetividade. A despeito das muitas variações no discurso jurídico analisado, a preocupação com a persuasão e a objetividade das decisões proferidas se apresenta como um elemento constante, que se revela não só no emprego preferencial de formas de justificação tidas por hábeis a fundamentar “racionalmente” as

escolhas interpretativas, mas também num “jogo” estratégico que ora expõe, ora dissimula o poder que se exerce ao interpretar e decidir casos.

Não obstante, esse retrato não termina com uma constatação do modo como o poder dos juristas se exerce no discurso e por trás do discurso; também se manifesta, no *corpus*, o fato de que eles se utilizam da retórica da objetividade para preservar e aumentar o seu poder na prolação de decisões futuras. No que se refere à discussão judicial acerca das uniões homoafetivas, estava-se diante de uma demanda social objeto de diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, sem que nenhum deles avançasse para votação e ulterior aprovação, dada a resistência de diversos setores da população representados no legislativo. A juridificação dessas demandas também parecia oferecer resistência dos “materiais jurídicos”, dado que a dualidade de sexos e a “alteridade” sempre foram referidos, na doutrina familiarista, como requisitos de existência ou pressupostos materiais do casamento (e, por conseguinte, da união estável). O deslocamento da discussão pública para o judiciário se deparava não apenas com a necessidade de enfrentar a oposição fundada em convicções de natureza moral e/ou religiosa, mas também de responder às questões relativas aos limites da “criação judicial do direito” e do chamado “ativismo judicial”. Ao decidirem, então, os casos relativos ao tema, tanto os tribunais estaduais como o STF se veem diante do desafio de proferir uma decisão que impactaria o seu poder (“legitimidade”) para proferir decisões futuras.

A apresentação dos resultados ao longo do capítulo anterior evidencia que as variações nas formas de justificação concretamente empregadas pelos juízes são mais radicais e caóticas do que se imaginava a princípio. No interior de um mesmo tribunal (às vezes, de um mesmo órgão fracionário) variam não apenas os resultados das decisões, mas os próprios argumentos empregados para sustentar esta ou aquela escolha interpretativa. Há, certamente, algumas regularidades visíveis de imediato, como o uso meramente residual dos brocados; o emprego abundante da interpretação sistemática (tanto nos tribunais estaduais como no STF, tanto nas decisões favoráveis como nas contrárias ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar); o desprestígio do método histórico; a preferência, no caso da interpretação “n1”, pelo método gramatical, em contraste com sua importância significativamente menor na interpretação “n2”; e o recurso frequente aos princípios, nas decisões do tipo “n2” e nos votos dos ministros do STF, em contraste com sua quase total ausência nos julgados do tipo “n1”. Não obstante, esses padrões confirmaram apenas parcialmente as conjecturas iniciais de que as variações na argumentação se dariam em dois eixos básicos – pela tomada da decisão interpretativa e pela hierarquia dos tribunais.

Quanto ao primeiro eixo, os cânones clássicos apresentam um peso decisivo também para “n2”, emergindo a integração analógica como a forma argumentativa mais utilizada naquelas decisões, ao lado da própria interpretação sistemática, o que não era esperado; constatou-se, aí, uma decisão interpretativa “progressista” justificada mediante um argumento bastante “conservador”. Já quanto ao eixo hierárquico, as diferenças argumentativas parecem se explicar muito mais pela natureza das ações (o STF exercia controle abstrato de constitucionalidade) do que por uma “racionalidade institucional” específica que privilegiaria determinadas formas de justificação; na verdade, não parece haver diferença significativa no modo como os tribunais estaduais e o STF recorrem aos princípios com grande fluidez, afastando-se dos métodos propugnados nas teorias pós-positivistas.

Diante dessa dinâmica caótica, o primeiro impulso compreensivo seria atribuir ao judiciário brasileiro um “déficit de racionalidade”. Essa é, na verdade, uma tendência (ou um vício) dos estudos sociojurídicos que se debruçam sobre a relação entre teoria social e direito, os quais costumam enfatizar a modernização incompleta da sociedade brasileira ou das sociedades pós-coloniais em geral (LOPES; FREITAS FILHO, 2014, p. 95-96). Tais abordagens costumam partir de teorias do desenvolvimento de inspiração weberiana, que reputam a impessoalidade burocrática do sistema jurídico como uma parte essencial da modernidade, ou mesmo da teoria dos sistemas de Luhmann, para concluir que no Brasil há uma modernidade distorcida ou incompleta e uma ordem jurídica insuficientemente autônoma e de racionalidade deficiente. Essas falhas são comumente atribuídas ao abuso intencional das instituições ou a uma estrutura institucional incapaz de prover os incentivos adequados para que os indivíduos se conformem a tais padrões de impessoalidade e racionalidade. Há nesse campo de estudos, segundo Rodriguez (2013, p. 26), um consenso teórico a respeito da “farsa” do estado de direito brasileiro.

Essas perspectivas certamente são úteis do ponto de vista de uma teoria normativa da decisão judicial, na medida em que enfatizam a distância entre as práticas decisórias concretas e determinados modelos da racionalidade que se consideram mais adequados, justos ou eficientes. Todavia, elas não dão conta do fato de que há no Brasil um “direito formado e em funcionamento”, embora “não isento de críticas” (RODRIGUEZ, 2013, p. 44); e também parecem considerar uma perspectiva radicalmente externalista do direito, incapaz de conceber uma racionalidade discursiva interna a um campo jurídico historicamente situado.

É verdade que, mesmo sem apego aos externalismos, pode-se apontar um déficit de racionalidade no direito brasileiro, na linha proposta por Rodriguez (2013). Segundo o autor,

prevalece no Brasil um modelo de racionalidade decisória marcado pela “pobreza argumentativa” nos casos fáceis e pela utilização de “argumentos de autoridade” nos casos difíceis, numa estrutura de “agregação de opiniões”. A partir da análise das decisões que compõem o *corpus* deste trabalho, pode-se concordar com o autor ao afirmar que uma marca decisiva do funcionamento do sistema judiciário brasileiro é a **pessoalidade**, em função da qual o juiz é “considerado sempre como indivíduo e não como voz de uma instituição dotada de uma racionalidade própria” (RODRIGUEZ, 2013, p. 62). É sintomático que, durante os cerca de dez anos em que foram proferidas as decisões analisadas, jamais se tenha firmado uma jurisprudência em torno do status jurídico das uniões homoafetivas com Na verdade, não só jamais se firmou uma definição institucional do modo como os casos deveriam ser solucionados, como a maioria dos juízes desenvolveu um “padrão” de votos próprio e estanque, que era utilizado repetidamente nos julgamentos, sem que se possa identificar o esforço de efetivamente debater os argumentos divergentes com vistas à produção dum discurso institucional que resolvesse os conflitos de forma isonômica.

Para além dessa dimensão institucional da racionalidade, as ideias da sociologia do campo jurídico abrem também um caminho fértil de reflexão, a partir do qual se pode compreender algo do modo como os juristas praticantes efetivamente argumentam em favor de suas escolhas interpretativas. Para Bourdieu (2009, p. 213), a principal nota distintiva da hermenêutica jurídica em relação à hermenêutica literária ou filosófica é o seu caráter eminentemente prático, pois a “interpretação de textos jurídicos não tem nela própria a sua finalidade”, sendo sempre orientada à tomada de uma decisão. Esse compromisso fundamental do jurista com a tomada de uma decisão que ponha fim ao conflito interpretativo representa uma restrição da sua autonomia, a qual por sua vez se justifica na própria existência da retórica da objetividade. Como já se disse (cf. 1.3, *supra*), ao longo do processo de racionalização que caracterizou a passagem à modernidade, a decisão jurídica passou a distinguir-se dum mero ato de “poder nu” ao apresentar-se “como resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos” (BOURDIEU, 2009, p. 214).

A fim de se manter a retórica da impessoalidade e da neutralidade, as divergências interpretativas estão sempre inseridas num “corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações” (BOURDIEU, 2009, p. 213-214). Os juristas se comportam (ao menos, segundo o sociólogo, em períodos de equilíbrio) como parte de um aparelho, cujo bom funcionamento repousa na disciplina desse corpo hierarquizado e na utilização de procedimentos codificados com vistas à

“resolução regulada dos conflitos” (BOURDIEU, 2009, p. 214). O que une esse corpo de juristas praticantes – do teórico do direito e do juiz da corte constitucional ao meirinho e ao guarda da prisão – é “uma **cadeia de legitimidade** que subtrai os seus actos ao estatuto de violência arbitrária” (BOURDIEU, 2009, p. 220, ênfase no original).

No que se refere ao *corpus* deste trabalho, as muitas variações e irregularidades entre os discursos judiciais não exclui o fato de que, ao fim e ao cabo, a atividade interpretativa dos juristas mantém o compromisso central com a decidibilidade e, por conseguinte, não se afasta do emprego de formas argumentativas reconhecidas como aptas a justificar as decisões. Esse ônus para com a retórica da objetividade permite compreender o uso “conservador” da analogia nas decisões que afirmaram pioneiramente a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, assim como a utilidade e o prestígio prático dos cânones clássicos de interpretação. Como afirma Krell (2014, p. 307), esses métodos “sempre têm funcionado: os operadores do Direito (administradores, procuradores, juízes, advogados etc.) continuam a se valer efetivamente deles para produzir as suas sentenças, petições e pareceres”; e, se não se pode concordar inteiramente com a afirmação de que eles se prestam para “delimitar e reduzir a arbitrariedade subjetiva do intérprete”, pode-se concluir que eles servem para **apresentar** a decisão interpretativa como não sendo subjetiva nem arbitrária (ao menos, não inteiramente). Do mesmo modo, a ausência de uma metodologia no emprego da interpretação principiológica (na maioria das decisões) não depõe em favor da tese da irracionalidade ou irrelevância do direito brasileiro; verificou-se que esse uso retórico dos princípios tem funções práticas relevantes, pois orienta as escolhas interpretativas e a sua justificação, permite argumentar pelo afastamento de regras concretas que conduzem a resultados indesejados, serve de reforço a outros argumentos e abre caminho, ainda, para a criação judicial do direito – o que será explorado no capítulo seguinte. As irregularidades e variações argumentativas, portanto, compõem o próprio ferramental discursivo do campo do direito e possibilitam aos juristas, na produção e reprodução dos discursos jurídicos, desincumbirem-se não apenas do seu compromisso com a decidibilidade, mas também com a objetividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação propôs examinar, de uma perspectiva observacional, o raciocínio estratégico e a argumentação em torno das escolhas interpretativas na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que julgou procedentes a ação direta de constitucionalidade (ADI) 4.277 e a ação por descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 132 e afirmou o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como nas decisões dos tribunais estaduais brasileiros sobre o mesmo tema, proferidas até o julgamento da ADPF 132.

Partiu-se da premissa, formulada por Just, de que as decisões interpretativas são discursos orientados à objetividade, os quais têm a pretensão de se apresentarem, se justificarem e se perceberem como o resultado de critérios neutros e impessoais, e não como a expressão da arbitrariedade ou das preferências subjetivas do julgado; e buscou-se investigar a hipótese de que toda escolha interpretativa tem um impacto na persuasão e na objetividade da decisão que está sendo proferida e, também, um reflexo potencial sobre o poder do intérprete na prolação de futuras decisões; em consequência, um dos fatores de influência das escolhas interpretativas é o raciocínio estratégico que pondera os benefícios e sacrifícios de determinada decisão.

A análise das decisões se concentrou em dois níveis de recursos discursivos empregados pelos juristas com o fito de se desincumbirem de seu ônus para com a retórica da objetividade: a justificação da decisão interpretativa, mediante o emprego de formas argumentativas aceitas na comunidade jurídica como aptas a fundamentar escolhas interpretativas; e a invocação de argumentos não “codificados” pela cultura jurídica, como aqueles encontrados na literatura filosófica, política ou econômica.

O caráter irregular (e em grande medida caótico) das estruturas argumentativas concretamente empregadas indica que o discurso judicial brasileiro é marcado pela pessoalidade e por uma estrutura de agregação de opiniões, e não por uma racionalidade institucional; entretanto, essa constatação é insuficiente para se concluir pela inexistência do direito brasileiro como um campo social diferenciado e autônomo, pois esse arranjo institucional apresenta relativa funcionalidade e os discursos jurídicos nele produzidos mantêm o compromisso com a retórica da objetividade, ainda que não atendam às exigências de modelos normativos pensados em tradições estrangeiras.

Constatou-se nas decisões coletadas que esse raciocínio estratégico orientado à objetividade se expressa de quatro maneiras principais. Primeiro, no relativo prestígio que possuem os métodos clássicos de interpretação (especialmente o grammatical e o sistemático), a despeito das fortes críticas que lhe são feitas no plano teórico. Segundo, na utilização fluida dos princípios jurídicos, sem apego aos esforços metodologizantes das teorias pós-positivistas. Terceiro, no emprego comedido (e com função meramente ornamental) da argumentação não juridicamente codificada. Quarto, na afirmação limitada da dimensão criadora da atividade do intérprete, quase sempre contrabalanceada por um discurso de deferência à concepção tradicional da separação de poderes.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Revista CEJ (Brasília)**, Brasília, v. 7, 1998. Disponível em: <http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo_Bases_Metodologia_Pesquisa_em_Direito.pdf>. Acesso em: 27 maio 2017.
- _____. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.
- _____. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann)**. 5. ed. substancialmente revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ADLER, Mortimer J.; VAN DOREN, Charles. **Como ler livros: o guia clássico para a leitura inteligente**. São Paulo: É Realizações, 2010.
- ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, vol. 13, n. 3, set. 2000, p. 294-304.
- ARRUDA JR., Gerson Francisco de. **10 lições sobre Wittgenstein**. Petrópolis: Vozes, 2017.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a.
- _____. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014b.
- AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words: the William James Lectures delivered at Harvard University in 1955**. Edited by James O. Urmson. London: Clarendon Press, 1962.
- _____. **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- BIX, Brian H. Can theories of meaning and reference solve the problem of legal determinacy? **Ratio Juris**, 16: 3 set. 2003, p. 281–295.
- BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. **Jueces para la democracia**, 47, 2003, p. 3-5.

_____. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. **O poder simbólico.** 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 209-253.

CALVINO, João. **A instituição da religião cristã.** Tomo II, Livros III e IV. São Paulo: Unesp, 2009.

CAMPOS, Luíza Ferreira. **Reformulação do discurso dogmático do direito administrativo: análise a partir da incidência do discurso teórico prescritivo “pós-positivista”.** Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

CAPELLER, Wanda. De que lugar falamos?: retomando um velho papo sobre o direito e a sociologia. **Revista de Estudos Empíricos em Direito (Brazilian Journal of Empirical Legal Studies)**, vol. 2, n. 2, jan. 2015, p. 10-25.

COLARES, Virgínia. Hermenêutica endoprocessual: aproximações entre as teorias do processo e a análise crítica do discurso jurídico. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A.; CULLETON, Alfredo; COLARES, Virgínia. **Direitos humanos e crítica teórica.** Porto Alegre: Entremes, 2015.

CULLER, Jonathan. **As idéias de Saussure.** São Paulo: Cultrix, 1979.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença et. al. (coords.). **Manual do direito homoafetivo.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75-87.

DOOYEWERD, Herman. **The secularization of science.** Memphis: Christian Studies Center, 1954.

_____. **A new critique of theoretical thought.** v. I: the necessary presuppositions of philosophy. Philadelphia: The Presbyterian and Reformed Publishing Company, 1969a.

_____. **A new critique of theoretical thought.** v. II: the general theory of the modal spheres. Philadelphia: The Presbyterian and Reformed Publishing Company, 1969b.

_____. **A new critique of theoretical thought.** v. III: the structures of individuality of temporal reality. Philadelphia: The Presbyterian and Reformed Publishing Company, 1969c.

_____. **No crepúsculo do pensamento ocidental:** estudos sobre a pretensa autonomia do pensamento filosófico. São Paulo: Hagnos, 2010.

FAIRCLOUGH, Norman. **Language and power.** London and New York: Longman Group UK, 1989.

FERRAZ JR., Tercio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito, retórica e comunicação:** subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISH, Stanley. Is there a text in this class? **Alfa: Revista de Linguística**, vol. 36, 1992, p. 189-206.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso:** aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Verdad y método.** v. 1. 9. ed. Salamanca: Síngueme, 2001.

_____. **Verdad y método.** v. 2. 5. ed. Salamanca: Síngueme, 2002.

GARTH, Bryant G. Brazil and the field of socio-legal studies: globalization, the hegemony of the US, the place of Law, and elite reproduction. **Revista de Estudos Empíricos em Direito (Brazilian Journal of Empirical Legal Studies)**, vol. 3, n. 1, jan. 2016, p. 12-23.

GEDICKS, Frederick Mark. Spirituality, fundamentalism, liberty: religion at the end of Modernity. **DePaul Law Review**, 2005, vol. 54, p. 1.197-1.235. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=634262>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 303-326.

HARE, R. M. **Ética:** problemas e propostas. São Paulo: Unesp, 2003.

HART, Herbert. **O conceito de direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HARTMANN, Ivar A. Carta a um jovem pesquisador do direito: O que existiu até hoje no país é a opção de uma carreira amadora de pesquisa na área. **Jota**, online, 16 maio 2017. Disponível em: <<https://jota.info/carreira/carta-a-um-jovem-pesquisador-do-direito-16052017>>. Acesso em: 16 maio 2017.

HENRY, Michel. **Barbarism.** London/New York: Continuum International Publishing Group, 2012.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade:** os iluminismos britânico, francês e americano. São Paulo: É Realizações, 2011.

JAKAB, András. Concept and Function of Principles: A Critique of Robert Alexy. **ARSP BEIHEFT**, Stuttgart: Steiner, n. 119 (On the nature of legal principles), p. 145-159, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1918421>>, p. 1-14. Acesso em: 25 jun. 2015.

JUST, Gustavo; REIS, Isaac (orgs.). **Teoria hermenêutica do direito:** autores, tendências e problemas. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 209-230.

JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 25-32, 2005.

_____. **Interpretando as teorias da interpretação.** São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Interpretative Choices and Objectivity-Oriented Legal Discourse: A Strategic Analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban. **International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique**, v. 29, n. 3, p. 577-594, 2016.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999 (reimpr. 2002).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do estado.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, Duncan. A left phenomenological alternative to the Hart/Kelsen theory of legal interpretation. **Legal Reasoning: Collected Essays (Contemporary European Cultural Studies)**, p. 154-173, 2008.

KOYZIS, David T. **Visões e ilusões políticas:** uma análise e crítica cristã das ideologias contemporâneas. São Paulo: Vida Nova, 2014.

KRELL, Andreas. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, [S.I.], v. 10, n. 1, p. 295-320, jan. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTI, José Luis. Escepticismo epistemológico y neutralidad en la ciencia del derecho. Algunas críticas a la teoría crítica del derecho. In: ALONSO, Juan Pablo (compilador). **Racionalidad en el derecho.** Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2016.

MORAES, Raquel. CAMINO, Leoncio. Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 12, p. 648-666, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MUNIZ, Francisco Arthur de Siqueira. **As retóricas na história da (in)distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito:** análise do juízo de cognição do conceito indeterminado de improbidade administrativa dolosa nos recursos especiais. 432 f. Dissertação

(Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

OLIVEIRA, Ítalo José da Silva. **Contra o conceito do direito:** ontologia e epistemologia no problema da definição do direito. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: _____. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 27 maio 2017.

OLIVEIRA, Plínio Pacheco. Relações entre a ideia de separação dos poderes e a interpretação no contexto do Direito (in)determinado: da centralidade do legislador ao protagonismo do intérprete. In: JUST, Gustavo; REIS, Isaac (orgs.). **Teoria hermenêutica do direito:** autores, tendências e problemas. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 209-230.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 257-275.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação:** a nova retórica. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

RICŒUR, Paul. O ato de julgar. In: _____. **O justo 1:** a justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 175-181.

RIO GRANDE DO SUL. Lei 7.356, de 1.º de fevereiro de 1980 (atualizada até a Lei 14.419, de 3 de janeiro de 2014). **Dispõe sobre o Código de Organização Judiciária do Estado.** Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%207356&idNorma=948&tipo=pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível 70031663818. Apelante: D.C.B.M. Apelados: S.F.P.S.B., T.S.B., M.S.B. e C.B.S.B. Relator: José Conrado de Souza Júnior. Porto Alegre, 28 abr. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/gjswRG>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PUSCHEL, Flavia Portella. The juridification of social demands and the application of statutes: an analysis of the legal treatment of antiracism social demands in Brazil. **Fordham Law Review**, v. 77, p. 1535-1558, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. The persistence of formalism: towards a situated critique beyond the classic separation of powers. **The Law and Development Review**, v. 3, n. 2, art. 3, p. 39-77, 2010.

_____. **Como decidem as cortes?:** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

_____. Figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos – Derechos y Valores (Universidad Militar Nueva Granada)**, v. XIX, p. 99-124, 2016.

ROESLER, Claudia Rosane; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. **Revista Direito GV**, v. 10, p. 615-638, 2014.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do direito.** 4. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral.** 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teologia política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SHAPIRO, Martin. The Courts of Islam and the Problem of Appeal. In: _____. **Courts: a comparative and political analysis.** Chicago/London: University of Chicago Press, 2013, p. 194-222.

SHECAIRA; Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica.** Rio de Janeiro: PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução de João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos cursos de Pós-graduação em Direito.** n. 7. Recife: UFPE, 1995.

SOLUM, Lawrence B. On the indeterminacy crisis: critiquing critical dogma. **The University of Chicago Law Review**, v. 54, n. 2, p. 462-503, 1987.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito:** uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

STAMFORD DA SILVA, Artur. Sociologia da decisão jurídica: aplicação ao caso da homossexualidade. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 1, p. 66-87, 2014.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea:** introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem:** uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça?. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação:** racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-305.

TRAVESSONI, Alexandre. Pós-positivismo jurídico. In: _____ (org.). **Dicionário de teoria e filosofia do direito.** São Paulo: LTr, 2011, p. 319-324.

TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. **Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus**, n. 8, ano 4, 2006.2, p. 280-300.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VANHOOZER, Kevin J. **Há um significado neste texto?:** interpretação bíblica: os enfoques contemporâneos. São Paulo: Editora Vida, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: UNB, 1979.

WAISMANN, F. Verifiability. In: MACKINNON, D. M.; WAISMANN, F.; KNEALE, W. C. Symposium: verifiability. **Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes**, v. 19, p. 101-164, 1945.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito.** v. 1: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max; MAXIMILIAN, Karl Emil. **From Max Weber:** essays in sociology. Translated, edited and with an introduction by H. H. Gerth and C. Wright Mills. New York: Oxford University Press, 1946.

WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais.** 5. ed. São Paulo: Cortez; Campinas/SP: Editora da Unicamp, 2016.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations.** 3. ed. Oxford: Basil Blackwell, 1967.

_____. **Investigações filosóficas.** São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación.** trabajos compilados por Ana Messuti. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

APÊNDICE A – COLETA DE DADOS

| Tribunal | Processo / Recurso | Data de julgamento | Relevância para a pesquisa | Observação |
|--------------|---------------------------|--------------------|----------------------------|--|
| TJAC | 0016043-98.2006.8.01.0001 | 25/09/2007 | Não | Benefício previdenciário |
| TJAC | 0021763-70.2011.8.01.0001 | 04/12/2012 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |
| TJAC | 0008869-28.2012.8.01.0001 | 09/10/2015 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |
| TJAL | 0801838-26.2014.8.02.0000 | 30/07/2014 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |
| TJAM | 4000650-06.2014.8.04.0000 | 14/09/2014 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |
| TJAM | 0204416-91.2014.8.04.0020 | 26/07/2015 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |
| TJDFT | APR867387 | 07/10/1987 | Não | Criminal |
| TJDFT | APR886387 | 10/03/1988 | Não | Criminal |
| TJDFT | APC2015389 | 25/05/1992 | Não | Anulação de casamento |
| TJDFT | APR1307593 | 03/03/1994 | Não | Criminal |
| TJDFT | APR1432694 | 13/10/1994 | Não | Criminal |
| TJDFT | APR1497395 | 16/03/1995 | Não | Criminal |
| TJDFT | APR1541895 | 04/10/1995 | Não | Criminal |
| TJDFT | APC2326790 | 24/02/1997 | Não | Direito administrativo |
| TJDFT | APR1731996 | 15/05/1997 | Não | Criminal |
| TJDFT | APR1766197 | 28/08/1997 | Não | Criminal |
| TJDFT | APR1826997 | 19/03/1998 | Não | Criminal |
| TJDFT | APR1778997 | 07/05/1998 | Não | Criminal |
| TJDFT | 19990020013502HBC | 09/06/1999 | Não | Criminal |
| TJDFT | 20020130008240APE | 05/09/2002 | Não | ECA. Medida socioeducativa |
| TJDFT | 20030020098211AGI | 15/12/2003 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJDFT | 20040020013132CCP | 28/04/2004 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJDFT | 19990110511199APR | 13/05/2004 | Não | Embargos de declaração |
| TJDFT | 20000310093228APC | 03/03/2005 | Não | Direito sucessório |
| TJDFT | 20000110170300APR | 31/03/2005 | Não | Criminal |
| TJDFT | 20050020051079AGI | 10/10/2005 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJDFT | 20030110353952APR | 30/11/2006 | Não | Criminal |
| TJDFT | 20070020104323CCP | 12/11/2007 | Não | Conflito de competência |
| TJDFT | 20070111509358APC | 29/10/2008 | Não | Competência |
| TJDFT | 20080020129289AGI | 18/03/2009 | Não | Competência |

| | | | | |
|--------------|-------------------------------|------------|-----|---|
| TJDFT | 20090020042214CCP | 21/09/2009 | Não | Aplicação da Lei Maria da Penha a casal homossexual |
| TJDFT | 20060111329716APC | 25/11/2009 | Sim | |
| TJDFT | 20080111295196APC | 25/08/2010 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJDFT | 20070110940127APC | 10/11/2010 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJDFT | 20100110136907APC | 12/01/2011 | Não | Direito administrativo |
| TJDFT | 20080110787857APC | 11/03/2011 | Não | Plano de saúde |
| TJES | 0010126-30.2004.8.08.0048 | 09/11/2010 | Não | Competência |
| TJES | 0004147-61.2009.8.08.0000 | 29/11/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJES | 0003167-80.2010.8.08.0000 | 08/12/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJES | 0000035-49.2009.8.08.0000 | 18/01/2011 | Não | Conflito de competência |
| TJES | 0091739-12.2010.8.08.0000 | 21/02/2011 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJES | 0031442-06.2006.8.08.0024 | 29/03/2011 | Não | Benefício previdenciário |
| TJES | 0091237-73.2010.8.08.0000 | 05/10/2010 | Não | Benefício previdenciário |
| TJES | 0039512-75.2007.8.08.0024 | 25/01/2011 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJGO | 85878-7/188 | 13/09/2005 | Não | Pensão por morte |
| TJGO | 62506-8/180 | 10/06/2008 | Não | Direito sucessório |
| TJGO | 65528-5/180 | 02/10/2008 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJGO | 68180-8/180 | 27/01/2009 | Não | Benefício previdenciário |
| TJGO | 149310-5/188 | 15/12/2009 | Sim | |
| TJGO | 150190-3/188 | 15/12/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJGO | 369841-37.2010.8.09.0000 | 27/01/2011 | Não | Direito sucessório |
| TJGO | 133708-55.2009.8.09.0051 | 13/03/2012 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 138 |
| TJGO | 110456-22.2010.8.09.0040 | 18/12/2012 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 137 |
| TJGO | 205235-55.2010.8.09.0076 | 04/07/2013 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 136 |
| TJGO | 267981-89.2010.8.09.0162 | 15/05/2014 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 135 |
| TJGO | 410144-19.2011.8.09.0175 | 03/11/2015 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 134 |
| TJGO | 120079-25.2012.8.09.0175 | 05/05/2016 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 133 |
| TJGO | 98354-78.2016.8.09.0000 | 19/05/2016 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |
| TJMA | 829232009 | 30/06/2008 | Não | Criminal |
| TJMA | 203712008 | 29/10/2008 | Sim | |
| TJMG | 1655372-31.2000.8.13.0000 (1) | 16/12/1999 | Não | Criminal |

| | | | | |
|-------------|-------------------------------|------------|-----|---------------------------------|
| TJMG | 1651736-57.2000.8.13.0000 (1) | 03/02/2000 | Não | Anulação de casamento |
| TJMG | 1948181-56.2000.8.13.0000 (1) | 16/11/2000 | Não | Anulação de casamento |
| TJMG | 2067536-60.2000.8.13.0000 (1) | 17/05/2001 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJMG | 2279032-05.2000.8.13.0000 (1) | 07/06/2001 | Não | Anulação de casamento |
| TJMG | 2262137-66.2000.8.13.0000 (1) | 26/06/2001 | Não | Criminal |
| TJMG | 2393346-61.2000.8.13.0000 (1) | 26/07/2001 | Não | Criminal |
| TJMG | 3485252-18.2000.8.13.0000 (1) | 26/03/2002 | Não | Criminal |
| TJMG | 2237394-89.2000.8.13.0000 (1) | 08/08/2002 | Não | Direito administrativo |
| TJMG | 3608268-09.2000.8.13.0000 (1) | 27/08/2002 | Não | Ação possessória |
| TJMG | 3997744-82.2000.8.13.0000 (1) | 09/09/2003 | Não | Responsabilidade civil |
| TJMG | 0002716-48.2002.8.13.0145 (1) | 03/02/2004 | Não | Crime contra a vida |
| TJMG | 0058769-44.2002.8.13.0470 (1) | 07/12/2004 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJMG | 5037672-23.2000.8.13.0000 (1) | 02/06/2005 | Não | Pensão por morte |
| TJMG | 0128875-36.2002.8.13.0145 (1) | 07/06/2005 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 0667515-63.2004.8.13.0183 (1) | 21/06/2005 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJMG | 5371218-79.2004.8.13.0024 (1) | 21/06/2005 | Não | Competência |
| TJMG | 5090180-29.2004.8.13.0024 (1) | 27/09/2005 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJMG | 7502585-61.2005.8.13.0024 (1) | 11/10/2005 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJMG | 0009425-46.2004.8.13.0043 (1) | 08/11/2005 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJMG | 4268487-60.2005.8.13.0000 (1) | 14/12/2005 | Não | Conflito de competência |
| TJMG | 0246164-87.2002.8.13.0145 (1) | 11/04/2006 | Não | Crime contra a vida |
| TJMG | 0454755-92.2003.8.13.0024 (1) | 25/04/2006 | Não | Suspensão do processo |
| TJMG | 5371218-79.2004.8.13.0024 (1) | 24/05/2006 | Sim | |
| TJMG | 0146370-27.2003.8.13.0188 (1) | 06/06/2006 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJMG | 8179151-02.2005.8.13.0024 (1) | 25/01/2007 | Não | Competência |
| TJMG | 4651885-02.2000.8.13.0000 (1) | 20/03/2007 | Não | Competência |
| TJMG | 9303246-53.2006.8.13.0024 (1) | 22/05/2007 | Não | Plano de saúde |
| TJMG | 0504455-96.2002.8.13.0145 (1) | 31/07/2007 | Não | Pensão por morte |
| TJMG | 0435188-65.2003.8.13.0480 (1) | 23/08/2007 | Não | Partilha de bens |
| TJMG | 7502585-61.2005.8.13.0024 (1) | 04/09/2007 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 1821233-58.2004.8.13.0702 (1) | 08/04/2008 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 0031541-37.2006.8.13.0476 (1) | 14/08/2008 | Não | Partilha de bens |
| TJMG | 4181648-14.2007.8.13.0145 (1) | 21/08/2008 | Não | Direito sucessório |
| TJMG | 7764520-50.2007.8.13.0024 (1) | 23/09/2008 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 0828155-90.2008.8.13.0024 (1) | 25/09/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJMG | 1821233-58.2004.8.13.0702 (1) | 30/09/2008 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 0312285-13.2003.8.13.0194 (1) | 04/11/2008 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJMG | 4828367-18.2008.8.13.0000 (1) | 11/11/2008 | Não | Conflito de competência |
| TJMG | 7640886-17.2007.8.13.0024 (1) | 04/12/2008 | Sim | |

| | | | | |
|-------------|-------------------------------|------------|-----|---|
| TJMG | 0464103-48.2008.8.13.0287 (1) | 17/03/2009 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJMG | 4658907-92.2007.8.13.0024 (1) | 28/04/2009 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 2560483-15.2008.8.13.0024 (1) | 23/07/2009 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 0648770-68.2006.8.13.0699 (1) | 12/08/2009 | Não | Competência |
| TJMG | 4604018-91.2007.8.13.0024 (1) | 23/09/2009 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 5015496-22.2008.8.13.0145 (1) | 01/10/2009 | Não | Competência |
| TJMG | 5214102-34.2009.8.13.0024 (1) | 08/10/2009 | Não | Competência |
| TJMG | 4845559-52.2009.8.13.0024 (1) | 25/11/2009 | Sim | |
| TJMG | 5315850-85.2004.8.13.0024 (1) | 03/12/2009 | Não | Pensão por morte |
| TJMG | 4604018-91.2007.8.13.0024 (1) | 10/12/2009 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 4111926-87.2007.8.13.0145 (1) | 28/01/2010 | Sim | |
| TJMG | 0879697-37.2008.8.13.0481 (1) | 27/04/2010 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 0077758-72.2010.8.13.0000 (1) | 01/07/2010 | Não | Competência |
| TJMG | 7042071-71.2009.8.13.0024 (1) | 22/07/2010 | Não | Competência |
| TJMG | 0507292-93.2010.8.13.0000 (1) | 05/10/2010 | Não | Aplicação da Lei Maria da Penha a casal homossexual |
| TJMG | 4183289-37.2007.8.13.0145 (1) | 21/10/2010 | Sim | |
| TJMG | 0828155-90.2008.8.13.0024 (1) | 11/11/2010 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMG | 0399464-38.2010.8.13.0000 (1) | 27/01/2011 | Não | Competência |
| TJMG | 2863677-95.2009.8.13.0223 (1) | 08/02/2011 | Sim | |
| TJMG | 7988434-62.2007.8.13.0024 (1) | 08/02/2011 | Sim | |
| TJMG | 0627963-48.2010.8.13.0000 (1) | 29/03/2011 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJMG | 2321530-63.2008.8.13.0024 (1) | 07/04/2011 | Não | Responsabilidade civil |
| TJMG | 0708461-92.2014.8.13.0000 (1) | 10/03/0015 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |
| TJMG | 6696541-88.2007.8.13.0024 (1) | 14/07/0016 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |
| TJMG | 0950342-65.2014.8.13.0000 (1) | 26/05/0015 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |
| TJMS | 0008380-63.2004.8.12.0001 | 25/09/2006 | Não | Ação de cobrança |
| TJMS | 0082668-16.2003.8.12.0001 | 16/10/2006 | Não | Plano de saúde |
| TJMS | 0012324-75.2001.8.12.0002 | 12/02/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJMS | 0044704-76.2009.8.12.0001 | 19/11/2009 | Não | Conflito de competência |
| TJMS | 0009646-72.2010.8.12.0002 | 21/03/2011 | Não | Benefício previdenciário |
| TJMT | 0027308-34.2000.8.11.0000 | 21/11/2000 | Não | Crime contra a vida |
| TJMT | 0010901-50.2000.8.11.0000 | 05/12/2000 | Não | Criminal |
| TJMT | 0020831-82.2006.8.11.0000 | 07/06/2006 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJMT | 0046750-73.2006.8.11.0000 | 20/09/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJMT | 0069914-67.2006.8.11.0000 | 31/01/2007 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJPA | 0000099-69.2004.8.14.0051 | 13/03/2007 | Não | Crime contra a vida |
| TJPA | 0000857-28.2005.8.14.0009 | 06/12/2007 | Não | Responsabilidade civil |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|--|
| TJPA | 0017840-05.2006.8.14.0401 | 04/03/2008 | Não | Criminal |
| TJPA | 0005269-83.2005.8.14.0301 | 19/06/2008 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJPA | 0000546-44.2008.8.14.0059 | 29/09/2008 | Não | Criminal |
| TJPA | 0010136-71.2004.8.14.0401 | 25/11/2008 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJPA | 0003825-49.2004.8.14.0000 | 22/01/2009 | Não | Separação judicial |
| TJPA | 0009851-20.2003.8.14.0401 | 27/01/2009 | Não | Crime contra a vida |
| TJPA | 0027304-03.2005.8.14.0301 | 05/03/2009 | Não | Alteração de nome e gênero no registro civil |
| TJPA | 0006992-50.2007.8.14.0006 | 26/03/2009 | Não | Busca e apreensão (não há propriamente discussão da união homoafetiva) |
| TJPA | 0002769-07.2008.8.14.0039 | 11/05/2009 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPA | 0007047-64.1998.8.14.0401 | 19/06/2009 | Não | Crime de extorsão |
| TJPA | 0001786-67.2002.8.14.0015 | 10/11/2009 | Não | Crime contra a vida |
| TJPA | 0000976-02.2007.8.14.0000 | 18/03/2010 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJPA | 0013269-86.2007.8.14.0401 | 27/05/2010 | Não | Crime contra a vida |
| TJPA | 0025540-80.2009.8.14.0301 | 12/08/2010 | Não | Pensão por morte |
| TJPA | 0001019-16.2006.8.14.0008 | 14/10/2010 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJPA | 0001042-57.2006.8.14.0046 | 14/10/2010 | Não | Crime contra a vida |
| TJPA | 0000621-57.2008.8.14.0059 | 21/10/2010 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJPA | 0000193-43.2010.8.14.0121 | 31/01/2011 | Não | Criminal |
| TJPA | 0025178-68.2010.8.14.0301 | 14/03/2011 | Não | Indeferimento da inicial |
| TJPA | 0000256-85.2003.8.14.0005 | 18/03/2011 | Não | Crime contra a vida |
| TJPA | 0007390-14.2008.8.14.0401 | 07/04/2011 | Não | Criminal |
| TJPA | 0033037-58.2010.8.14.0301 | 07/04/2011 | Não | ECA. Medida socioeducativa |
| TJPA | 0011945-76.2010.8.14.0401 | 02/05/2011 | Não | Criminal |
| TJPB | 200.2004.018714-4/00 | 18/04/2006 | Não | Benefício previdenciário |
| TJPB | 00.2003.081203-2/001 | 10/10/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJPB | 001.2007.030323-3/001 | 29/09/2009 | Não | Nulidade de ato processual |
| TJPE | 0002216-27.2008.8.17.0220 | 05/05/2010 | Não | Criminal |
| TJPR | 110737-7 | 13/11/1997 | Não | Criminal |
| TJPR | 54967-1 | 28/04/1999 | Não | Responsabilidade civil |
| TJPR | 131962-0 | 17/08/1999 | Não | Ementa não disponível |
| TJPR | 166184-5 | 07/06/2001 | Não | Criminal |
| TJPR | 121358-3 | 30/04/2002 | Não | Responsabilidade civil |
| TJPR | 110919-9 | 10/12/2002 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJPR | 122804-4 | 22/06/2004 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJPR | 214205-8 | 12/04/2005 | Sim | |
| TJPR | 171866-5 | 18/08/2005 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJPR | 175784-4 | 04/04/2006 | Sim | |
| TJPR | 318491-2 | 26/04/2006 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 312161-5 | 27/07/2006 | Não | Criminal |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|--|
| TJPR | 361703-4 | 24/01/2007 | Sim | |
| TJPR | 397308-2 | 06/02/2007 | Não | Competência |
| TJPR | 386315-0 | 08/03/2007 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 411848-5 | 18/07/2007 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 404392-7 | 01/08/2007 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 406708-3 | 23/08/2007 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 414037-4 | 28/11/2007 | Não | Conflito de competência |
| TJPR | 431377-7 | 30/01/2008 | Não | Legitimidade do companheiro homoafetivo para requerer a abertura do inventário |
| TJPR | 20080006073-8 | 15/08/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJPR | 445371-4 | 10/09/2008 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 523449-5 | 14/10/2008 | Não | Conflito de competência |
| TJPR | 523108-9 | 01/04/2009 | Não | Suspensão do processo |
| TJPR | 608667-9 | 20/08/2009 | Não | Suspensão do processo |
| TJPR | 602430-8 | 10/09/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJPR | 536573-1 | 24/09/2009 | Não | Ementa não disponível |
| TJPR | 633504-6 | 13/11/2009 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 621774-7 | 13/01/2010 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 640922-5 | 14/01/2010 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJPR | 558009-0 | 21/01/2010 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 627591-2/01 | 19/02/2010 | Não | Ementa não disponível |
| TJPR | 582499-9 | 17/03/2010 | Não | Adoção homoparental |
| TJPR | 648257-5 | 12/05/2010 | Não | Adoção homoparental |
| TJPR | 627591-2 | 04/08/2010 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJPR | 603305-4 | 01/09/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJPR | 648257-5/01 | 22/09/2010 | Não | Embargos de declaração |
| TJPR | 712804-3 | 27/10/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJPR | 732760-2 | 30/11/2010 | Não | Pedido de providências |
| TJPR | 730600-3/01 | 20/01/2011 | Não | Embargos de declaração |
| TJPR | 702926-1 | 27/01/2011 | Não | Criminal |
| TJPR | 702632-4 | 10/02/2011 | Não | Criminal |
| TJPR | 736198-2 | 17/02/2011 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRJ | 0006973-50.1992.8.19.0000 | 23/11/1992 | Sim | |
| TJRJ | 0006408-81.1995.8.19.0000 | 31/10/1995 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0010868-77.1996.8.19.0000 | 08/10/1996 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0011982-17.1997.8.19.0000 | 17/03/1998 | Não | Responsabilidade civil |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|--|
| TJRJ | 0007340-64.1998.8.19.0000 | 29/09/1998 | Sim | |
| TJRJ | 0004752-84.1998.8.19.0000 | 13/10/1998 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0009286-71.1998.8.19.0000 | 29/10/1998 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRJ | 0008293-28.1998.8.19.0000 | 16/11/1998 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRJ | 0003804-45.1998.8.19.0000 | 23/11/1998 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0011741-43.1997.8.19.0000 | 30/11/1998 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0000482-51.1997.8.19.0000 | 08/12/1998 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRJ | 0015882-71.1998.8.19.0000 | 20/01/1999 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0020880-48.1999.8.19.0000 | 05/10/1999 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRJ | 0033183-94.1999.8.19.0000 | 05/10/1999 | Não | Direito sucessório |
| TJRJ | 0019374-37.1999.8.19.0000 | 07/02/2000 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0096765-07.1995.8.19.0001 | 07/11/2000 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0017912-44.1996.8.19.0002 | 05/02/2001 | Não | Legitimidade do companheiro homoafetivo para requerer a abertura do inventário |
| TJRJ | 0043604-14.1997.8.19.0001 | 14/05/2002 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRJ | 0007072-05.2001.8.19.0000 | 20/01/2003 | Não | Anulação de casamento |
| TJRJ | 0091455-44.2000.8.19.0001 | 19/02/2003 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0035104-80.2002.8.19.0001 | 16/04/2003 | Não | Benefício previdenciário |
| TJRJ | 0156854-20.2000.8.19.0001 | 10/06/2003 | Não | Benefício previdenciário |
| TJRJ | 0012862-63.2001.8.19.0066 | 07/10/2003 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0013851-06.2000.8.19.0066 | 14/10/2003 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0090580-06.2002.8.19.0001 | 10/11/2003 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0098682-51.2001.8.19.0001 | 02/03/2004 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0047926-36.2004.8.19.0000 | 15/06/2004 | Não | Direito sucessório |
| TJRJ | 0097888-98.1999.8.19.0001 | 22/06/2004 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0075979-58.2003.8.19.0001 | 29/06/2004 | Não | Benefício previdenciário |
| TJRJ | 0020750-82.2004.8.19.0000 | 09/11/2004 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0018495-25.2003.8.19.0021 | 05/04/2005 | Sim | |
| TJRJ | 0058318-32.2004.8.19.0001 | 13/04/2005 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0118736-09.1999.8.19.0001 | 19/04/2005 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0005334-66.2003.8.19.0208 | 07/06/2005 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0042698-68.2004.8.19.0004 | 03/08/2005 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0120606-50.2003.8.19.0001 | 09/08/2005 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0023646-66.2002.8.19.0001 | 06/09/2005 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0006014-63.2003.8.19.0204 | 04/10/2005 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0125374-82.2004.8.19.0001 | 11/10/2005 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0027413-41.2004.8.19.0002 | 18/10/2005 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0106600-38.2003.8.19.0001 | 22/11/2005 | Não | Plano de saúde |
| TJRJ | 0147020-22.2002.8.19.0001 | 14/12/2005 | Não | Pensão por morte |
| TJRJ | 0037781-83.2002.8.19.0001 | 30/01/2006 | Não | Partilha de bens |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|----------------------------------|
| TJRJ | 0007489-14.2004.8.19.0206 | 06/02/2006 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0047628-75.2003.8.19.0001 | 09/03/2006 | Sim | |
| TJRJ | 0080257-68.2004.8.19.0001 | 21/03/2006 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0069648-73.2003.8.19.0029 | 05/04/2006 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0006109-93.2003.8.19.0204 | 11/04/2006 | Sim | |
| TJRJ | 0132016-71.2004.8.19.0001 | 19/04/2006 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0042263-40.2003.8.19.0001 | 25/04/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0045145-38.2004.8.19.0001 | 09/05/2006 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0029282-76.2003.8.19.0001 | 06/06/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0070883-28.2004.8.19.0001 | 04/07/2006 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0011983-47.2003.8.19.0208 | 08/08/2006 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0114195-25.2002.8.19.0001 | 08/08/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0040828-94.2004.8.19.0001 | 15/08/2006 | Não | Exoneração de pensão |
| TJRJ | 0008540-54.2004.8.19.0208 | 13/09/2006 | Sim | |
| TJRJ | 0034990-44.2002.8.19.0001 | 01/11/2006 | Não | Extinção sem resolução do mérito |
| TJRJ | 0012512-06.2006.8.19.0000 | 06/11/2006 | Não | Embargos de declaração |
| TJRJ | 0018127-42.2004.8.19.0001 | 20/11/2006 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0135588-35.2004.8.19.0001 | 24/01/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0029880-28.2006.8.19.0000 | 27/02/2007 | Não | Pensão por morte |
| TJRJ | 0101660-30.2003.8.19.0001 | 20/03/2007 | Não | Ação possessória |
| TJRJ | 0133347-25.2003.8.19.0001 | 11/04/2007 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0004220-87.2006.8.19.0208 | 24/04/2007 | Não | Competência |
| TJRJ | 0071932-36.2006.8.19.0001 | 16/05/2007 | Não | Extinção sem resolução do mérito |
| TJRJ | 0065759-30.2005.8.19.0001 | 19/06/2007 | Não | Pensão por morte |
| TJRJ | 0002483-39.2005.8.19.0061 | 26/06/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0003873-96.2002.8.19.0207 | 14/08/2007 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0011095-06.2006.8.19.0004 | 18/09/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0011413-71.2006.8.19.0203 | 29/10/2007 | Não | Ação possessória |
| TJRJ | 0034634-15.2003.8.19.0001 | 06/11/2007 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0087112-92.2006.8.19.0001 | 11/12/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0081974-23.2001.8.19.0001 | 28/01/2008 | Não | Direito probatório |
| TJRJ | 0130271-56.2004.8.19.0001 | 20/02/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0001482-31.2004.8.19.0036 | 11/03/2008 | Não | Direito sucessório |
| TJRJ | 0001463-10.2007.8.19.0007 | 18/03/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJRJ | 0008390-76.2008.8.19.0000 | 08/04/2008 | Não | Competência |
| TJRJ | 0017590-44.2007.8.19.0000 | 15/04/2008 | Não | Direito sucessório |
| TJRJ | 0003423-95.2007.8.19.0202 | 21/05/2008 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0017048-27.2004.8.19.0066 | 03/06/2008 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0013716-51.2007.8.19.0000 | 15/07/2008 | Não | Conflito de competência |
| TJRJ | 0000696-43.2007.8.19.0048 | 06/08/2008 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0060947-81.2001.8.19.0001 | 16/09/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJRJ | 0051459-61.2008.8.19.0000 | 03/10/2008 | Não | Competência |
| TJRJ | 0054168-37.2006.8.19.0001 | 20/10/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJRJ | 0016113-80.2007.8.19.0001 | 27/10/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJRJ | 0131453-43.2005.8.19.0001 | 27/10/2008 | Não | Responsabilidade civil |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|--|
| TJRJ | 0112709-63.2006.8.19.0001 | 17/12/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJRJ | 0034198-83.2008.8.19.0000 | 13/01/2009 | Não | Ementa não disponível |
| TJRJ | 0007513-74.2006.8.19.0205 | 26/01/2009 | Não | Anulação de casamento |
| TJRJ | 0100558-75.2000.8.19.0001 | 17/02/2009 | Não | Direito de uso da residência |
| TJRJ | 0086673-81.2006.8.19.0001 | 10/03/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0049647-54.2003.8.19.0001 | 01/04/2009 | Não | Direito administrativo |
| TJRJ | 0009596-17.2007.8.19.0209 | 19/05/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0055701-02.2004.8.19.0001 | 02/06/2009 | Não | Benefício previdenciário |
| TJRJ | 0083194-80.2006.8.19.0001 | 04/06/2009 | Não | Pensão por morte |
| TJRJ | 0080980-82.2007.8.19.0001 | 24/06/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0070638-09.2007.8.19.0002 | 08/07/2009 | Não | Plano de saúde |
| TJRJ | 0005366-71.2003.8.19.0208 | 04/08/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0180968-76.2007.8.19.0001 | 08/09/2009 | Não | Alteração de nome e gênero no registro civil |
| TJRJ | 0003498-29.2008.8.19.0064 | 07/10/2009 | Não | Direito sucessório |
| TJRJ | 0045401-08.2009.8.19.0000 | 13/10/2009 | Não | Competência |
| TJRJ | 0006114-11.2009.8.19.0203 | 20/10/2009 | Não | Direito sucessório |
| TJRJ | 0025075-27.2009.8.19.0000 | 20/10/2009 | Não | Agravo de instrumento (competência) |
| TJRJ | 0048944-19.2009.8.19.0000 | 16/11/2009 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRJ | 0051815-22.2009.8.19.0000 | 23/11/2009 | Não | Competência |
| TJRJ | 0012184-60.2008.8.19.0209 | 06/12/2009 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRJ | 0064194-92.2009.8.19.0000 | 17/12/2009 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRJ | 0191068-90.2007.8.19.0001 | 11/01/2010 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0037118-93.2009.8.19.0000 | 17/01/2010 | Não | Agravo de instrumento (competência) |
| TJRJ | 0018337-12.2008.8.19.0209 | 18/01/2010 | Não | Extinção sem resolução de mérito (ilegitimidade ativa) |
| TJRJ | 0065011-59.2009.8.19.0000 | 01/02/2010 | Não | Agravo de instrumento (cumulação de pedidos) |
| TJRJ | 0003475-82.2006.8.19.0087 | 02/02/2010 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0045111-90.2009.8.19.0000 | 09/02/2010 | Não | Guarda de menor |
| TJRJ | 0029321-97.2008.8.19.0001 | 23/02/2010 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0105552-68.2008.8.19.0001 | 03/03/2010 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0019924-16.2005.8.19.0002 | 09/03/2010 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0001681-54.2010.8.19.0000 | 10/03/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJRJ | 0027502-94.2009.8.19.0000 | 10/03/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJRJ | 0016661-06.2010.8.19.0000 | 16/04/2010 | Não | Agravo não provido |
| TJRJ | 0009734-24.2010.8.19.0000 | 28/04/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJRJ | 0115796-53.2008.8.19.0002 | 04/05/2010 | Não | Benefício previdenciário |
| TJRJ | 0000206-44.2007.8.19.0202 | 16/06/2010 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0221551-06.2007.8.19.0001 | 10/08/2010 | Não | Direito processual (citação) |
| TJRJ | 0000736-74.2009.8.19.0203 | 18/08/2010 | Não | Inteiro teor não disponível |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|--|
| TJRJ | 0035249-61.2010.8.19.0000 | 19/08/2010 | Não | Direito sucessório |
| TJRJ | 0007309-38.2003.8.19.0204 | 28/09/2010 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRJ | 0116556-10.2005.8.19.0001 | 28/09/2010 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0045854-66.2010.8.19.0000 | 21/11/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJRJ | 0002976-20.2006.8.19.0210 | 04/11/2008 | Não | Busca e apreensão (não há propriamente discussão da união homoafetiva) |
| TJRJ | 0117369-18.1997.8.19.0001 | 14/12/2004 | Sim | |
| TJRJ | 0013458-56.1998.8.19.0000 | 23/03/1999 | Não | Adoção |
| TJRJ | 0004248-10.2000.8.19.0000 | 25/04/2000 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRJ | 0020934-37.2001.8.19.0002 | 25/10/2005 | Não | Partilha de bens |
| TJRJ | 0069092-82.2008.8.19.0001 | 28/04/2009 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRN | 2008.005717-5 | 14/10/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJRN | 2008.007635-7 | 15/10/2008 | Não | Conflito de competência |
| TJRN | 2009.001713-6 | 01/04/2009 | Não | Conflito de competência |
| TJRN | 2008.006314-7 | 31/03/2010 | Não | Extinção sem resolução do mérito |
| TJRO | 0306550-68.2008.822.0001 | 18/05/2010 | Não | Pensão por morte |
| TJRS | 20764 | 22/03/1978 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 38194 | 23/06/1981 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 41932 | 15/09/1982 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 500419320 | 15/09/1982 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 583012885 | 21/12/1983 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 585002298 | 22/08/1985 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 587009887 | 09/04/1987 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 687042440 | 14/10/1987 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 588007310 | 06/04/1988 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 690093356 | 14/03/1991 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 691090310 | 11/12/1991 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 691106710 | 27/03/1992 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 592003354 | 09/04/1992 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 691082176 | 14/05/1992 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 692039217 | 27/05/1992 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 692081797 | 03/09/1992 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 693018947 | 27/04/1993 | Não | Inteiro teor não disponível |

| | | | | |
|-------------|-------------|------------|-----|-----------------------------|
| TJRS | 593110547 | 10/03/1994 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 694182551 | 02/03/1995 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 695029488 | 11/05/1995 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 696030600 | 10/04/1996 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 696042506 | 30/05/1996 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 696094101 | 28/08/1996 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 598057701 | 23/09/1998 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 599075496 | 17/06/1999 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 598362655 | 15/09/1999 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70000070151 | 22/09/1999 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70000080325 | 12/11/1999 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 599348562 | 25/11/1999 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 598362655 | 01/03/2000 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70000535542 | 13/04/2000 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70000684498 | 05/05/2000 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70000880617 | 10/05/2000 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70001010784 | 14/06/2000 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70000992156 | 29/06/2000 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 599348562 | 05/10/2000 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70001539501 | 16/11/2000 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70001388982 | 14/03/2001 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70002355204 | 11/04/2001 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 599348562 | 11/10/2001 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70002692358 | 11/10/2001 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70003016136 | 08/11/2001 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70003742889 | 22/01/2002 | Não | Crime de injúria |
| TJRS | 70003839305 | 02/10/2002 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70004845285 | 17/10/2002 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70004849048 | 17/10/2002 | Não | Inteiro teor não disponível |

| | | | | |
|-------------|-------------|------------|-----|---|
| TJRS | 70004013934 | 11/12/2002 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70004627907 | 20/03/2003 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70003967676 | 09/05/2003 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS | 70005488812 | 25/06/2003 | Sim | |
| TJRS | 70006542377 | 11/09/2003 | Sim | |
| TJRS | 70006775951 | 24/09/2003 | Não | Cautelar de separação de corpos |
| TJRS | 70006127476 | 30/10/2003 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70007243140 | 06/11/2003 | Sim | |
| TJRS | 70006984348 | 14/11/2003 | Não | Processo baixado do STJ com entendimento já firmado sobre a questão |
| TJRS | 70006844153 | 18/12/2003 | Sim | |
| TJRS | 70007792294 | 12/05/2004 | Não | Modificação subsequente da causa de pedir |
| TJRS | 70008631954 | 24/06/2004 | Não | Direito de uso da residência |
| TJRS | 70007336019 | 01/07/2004 | Sim | |
| TJRS | 70007911001 | 01/07/2004 | Sim | |
| TJRS | 70006855993 | 29/07/2004 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70008580508 | 07/10/2004 | Não | Qualificadora do motivo torpe |
| TJRS | 70009791351 | 10/11/2004 | Sim | |
| TJRS | 70009550070 | 17/11/2004 | Sim | |
| TJRS | 70010180081 | 25/11/2004 | Não | Embargos de declaração |
| TJRS | 70008898488 | 15/12/2004 | Não | Direito previdenciário |
| TJRS | 70010241776 | 15/12/2004 | Não | Suspensão do poder familiar |
| TJRS | 70010589026 | 17/02/2005 | Não | Crime de extorsão |
| TJRS | 70010649440 | 30/03/2005 | Não | Competência |
| TJRS | 70009888017 | 27/04/2005 | Sim | |
| TJRS | 70010846053 | 19/05/2005 | Não | Qualificadora do motivo torpe |
| TJRS | 70011120573 | 10/06/2005 | Sim | |
| TJRS | 70011439445 | 21/07/2005 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70012909479 | 19/10/2005 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70012180196 | 24/11/2005 | Não | Qualificadora do motivo torpe |
| TJRS | 70010057248 | 01/12/2005 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70012836755 | 21/12/2005 | Sim | |
| TJRS | 70013595178 | 25/01/2006 | Não | Motivo fútil para crime de homicídio |
| TJRS | 70013929302 | 29/03/2006 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRS | 70013801592 | 05/04/2006 | Não | Adoção homoparental |

| | | | | |
|-------------|-------------|------------|-----|--|
| TJRS | 70013909874 | 05/04/2006 | Não | Transsexualidade (alteração de nome e prenome) |
| TJRS | 70013234752 | 12/04/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70014748123 | 18/05/2006 | Não | Direito previdenciário |
| TJRS | 70014648299 | 24/05/2006 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70014769996 | 29/06/2006 | Não | Sanção disciplinar de militar por ser homossexual |
| TJRS | 70015169626 | 02/08/2006 | Sim | |
| TJRS | 70016964413 | 25/09/2006 | Não | Direito previdenciário |
| TJRS | 70015674195 | 27/09/2006 | Sim | |
| TJRS | 70016660383 | 26/10/2006 | Sim | |
| TJRS | 70017073933 | 09/11/2006 | Sim | |
| TJRS | 70015415789 | 16/11/2006 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRS | 70016239949 | 20/12/2006 | Sim | |
| TJRS | 70014928816 | 22/12/2006 | Não | Competência |
| TJRS | 70018031955 | 14/02/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70016413734 | 01/03/2007 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70018249631 | 11/04/2007 | Não | Filiação homoparental (direito de visitas) |
| TJRS | 70018534479 | 11/04/2007 | Não | ECA. Medida socioeducativa |
| TJRS | 70018911594 | 25/04/2007 | Não | Transsexualidade (alteração de nome e prenome) |
| TJRS | 70018988402 | 17/05/2007 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRS | 70014477756 | 23/05/2007 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70018266874 | 23/05/2007 | Não | Legitimidade do companheiro homoafetivo para requerer a abertura do inventário |
| TJRS | 70014074132 | 25/05/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70019356146 | 06/06/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70019391861 | 18/07/2007 | Não | Direito probatório |
| TJRS | 70018971804 | 08/08/2007 | Sim | |
| TJRS | 70020095204 | 08/08/2007 | Não | Conflito de competência |
| TJRS | 70020661286 | 30/08/2007 | Não | Meaçaõ |
| TJRS | 70020897443 | 04/10/2007 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRS | 70021085691 | 04/10/2007 | Sim | |
| TJRS | 70007497654 | 22/11/2007 | Não | Discriminação sexual em inquirição de testemunha |
| TJRS | 70021908587 | 05/12/2007 | Sim | |
| TJRS | 70021637145 | 13/12/2007 | Sim | |
| TJRS | 70019719772 | 19/12/2007 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70021241385 | 19/12/2007 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |

| | | | | |
|-------------|-------------|------------|-----|--|
| TJRS | 70022651475 | 19/12/2007 | Não | Direitos sucessórios (nomeação de inventariante) |
| TJRS | 70022547822 | 26/03/2008 | Não | Possibilidade de reconvenção |
| TJRS | 70023686066 | 17/04/2008 | Não | Inovação recursal |
| TJRS | 70023320864 | 23/04/2008 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRS | 70022951198 | 30/04/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70021254552 | 07/05/2008 | Não | Adoção homoparental |
| TJRS | 70023526122 | 16/05/2008 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70024079824 | 29/05/2008 | Não | Direito previdenciário |
| TJRS | 70023997547 | 02/06/2008 | Não | Direitos sucessórios (substituição de inventariante) |
| TJRS | 70024819757 | 10/07/2008 | Não | Direitos sucessórios (substituição de inventariante) |
| TJRS | 70021198023 | 24/07/2008 | Não | Direito previdenciário |
| TJRS | 70024746273 | 31/07/2008 | Não | Caucionamento de bens |
| TJRS | 70024877623 | 04/08/2008 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRS | 70025280462 | 21/08/2008 | Não | União estável heterossexual |
| TJRS | 70023337389 | 28/08/2008 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70017041955 | 17/09/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70025715392 | 17/09/2008 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70025959230 | 26/09/2008 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70023812423 | 02/10/2008 | Sim | |
| TJRS | 70024543951 | 05/11/2008 | Sim | |
| TJRS | 70027390368 | 10/11/2008 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRS | 70024885337 | 17/12/2008 | Sim | |
| TJRS | 70026743351 | 17/12/2008 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRS | 70025780271 | 18/12/2008 | Não | Direito previdenciário |
| TJRS | 70027654557 | 18/12/2008 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJRS | 70027876697 | 22/12/2008 | Não | Suspensão do processo (prejudicialidade externa) |
| TJRS | 71001867761 | 12/03/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70026584698 | 25/03/2009 | Sim | |
| TJRS | 70029052743 | 29/04/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70026514919 | 30/04/2009 | Não | Cobrança de aluguéis |
| TJRS | 70026837633 | 30/04/2009 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70029279106 | 07/05/2009 | Não | Nulidade de ato processual |
| TJRS | 70026691840 | 21/05/2009 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70028940989 | 27/05/2009 | Não | Litigância de má-fé |
| TJRS | 70030387708 | 18/06/2009 | Não | Nulidade de ato processual |

| | | | | |
|-------------|-------------|------------|-----|---|
| TJRS | 70027328798 | 24/06/2009 | Não | Discriminação por gênero (homem/mulher), não por orientação sexual |
| TJRS | 70028838308 | 24/06/2009 | Sim | |
| TJRS | 70028979581 | 25/06/2009 | Não | Apelação não conhecida (ausência de preparo) |
| TJRS | 70028915973 | 08/07/2009 | Não | ECA. Medida socioeducativa |
| TJRS | 70030547350 | 10/07/2009 | Sim | |
| TJRS | 70031099708 | 16/07/2009 | Não | Embargos de declaração |
| TJRS | 70030880603 | 14/08/2009 | Sim | |
| TJRS | 70031526171 | 20/08/2009 | Não | Embargos de declaração |
| TJRS | 70030483796 | 31/08/2009 | Não | Direito probatório |
| TJRS | 71001950260 | 10/09/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70032103004 | 17/09/2009 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70030975098 | 30/09/2009 | Sim | |
| TJRS | 70031574833 | 14/10/2009 | Não | Adoção homoparental |
| TJRS | 70031906415 | 06/11/2009 | Não | Discriminação por gênero (homem/mulher), não por orientação sexual |
| TJRS | 70032673725 | 26/11/2009 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70032649014 | 07/12/2009 | Não | Agravio não conhecido (intempestividade) |
| TJRS | 70032280117 | 16/12/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70032730301 | 16/12/2009 | Não | Conflito de competência |
| TJRS | 70032010373 | 17/12/2009 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70032920928 | 18/12/2009 | Não | Direito probatório (cerceamento de defesa por limitação de testemunhas) |
| TJRS | 70032307043 | 28/01/2010 | Não | Crime contra a dignidade sexual |
| TJRS | 70032649014 | 28/01/2010 | Não | Sucessão. Necessidade de ação própria para reconhecimento da união homoafetiva |
| TJRS | 70034049643 | 25/02/2010 | Não | Busca e apreensão de veículo (não há propriamente discussão da união homoafetiva) |
| TJRS | 70034841627 | 09/03/2010 | Não | Apelação não conhecida (ausência de preparo) |
| TJRS | 70033897554 | 10/03/2010 | Não | ECA. Medida socioeducativa |
| TJRS | 70033131442 | 24/03/2010 | Não | Homicídio. Qualificadora da "surpresa" (vítima mantinha |

| | | | | |
|-----------------|-------------|------------|-----|--|
| | | | | relacionamento homossexual com agente) |
| TJRS | 70032827743 | 22/04/2010 | Não | Gratuidade da justiça |
| TJRS | 70033073388 | 22/04/2010 | Sim | |
| TJRS | 70031663818 | 28/04/2010 | Sim | |
| TJRS | 70036288942 | 11/05/2010 | Não | Embargos de declaração |
| TJRS | 70035365527 | 20/05/2010 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70032416000 | 26/05/2010 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70033357054 | 26/05/2010 | Não | Adoção homoparental |
| TJRS | 70035804772 | 10/06/2010 | Sim | |
| TJRS | 70036584324 | 10/06/2010 | Não | Gratuidade da justiça |
| TJRS | 71002509867 | 10/06/2010 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70034750901 | 23/06/2010 | Sim | |
| TJRS | 70035395698 | 08/07/2010 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70036578706 | 22/07/2010 | Sim | |
| TJRS | 70036742047 | 22/07/2010 | Não | Aplicação da Lei Maria da Penha a casal homossexual |
| TJRS | 70037322682 | 29/07/2010 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70034811810 | 13/08/2010 | Não | Adoção homoparental |
| TJRS | 70037676475 | 01/09/2010 | Não | Embargos de declaração |
| TJRS | 70037917184 | 10/09/2010 | Sim | |
| TJRS | 70036219848 | 08/10/2010 | Não | Possibilidade de casamento e união estável (heterossexual) concomitantes |
| TJRS | 70032827743 | 20/10/2010 | Não | Extinção sem resolução de mérito (transação) |
| TJRS | 70039338587 | 12/11/2010 | Sim | |
| TJRS | 70028960458 | 30/11/2010 | Não | Criminal |
| TJRS | 70035929215 | 02/12/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJRS | 71002552578 | 16/12/2010 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 71002923027 | 22/02/2011 | Não | Responsabilidade civil |
| TJRS | 70040601999 | 23/02/2011 | Não | Ação de cobrança |
| TJRS | 70039688452 | 24/02/2011 | Não | Direitos sucessórios (união previamente reconhecida) |
| TJRS | 70037446606 | 02/03/2011 | Não | Efeitos da apelação |
| TJRS | 70039552898 | 03/03/2011 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJRS | 70041569138 | 23/03/2011 | Não | Embargos de declaração |
| TJRS | 70041033614 | 13/04/2011 | Não | ECA. Medida socioeducativa |
| TJRS | 70039182605 | 27/04/2011 | Não | Direitos sucessórios (união previamente reconhecida) |
| TJRS | 70041442401 | 28/04/2011 | Não | Valor da causa |
| TJRS/STJ | 889852 | 27/04/2010 | Não | Recurso especial julgado pelo STJ aparece na busca do |

| | | | | |
|------------------|---------------------------|------------|-----|---|
| | | | | TJRS. Impossível consultar o inteiro teor |
| TJRS/STJ | 704803 | 16/12/2010 | Não | Recurso especial julgado pelo STJ aparece na busca do TJRS. Impossível consultar o inteiro teor |
| TJRS/TARS | 7039 | 16/06/1977 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS/TARS | 14229 | 17/11/1981 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJRS/TARS | 289092041 | 13/12/1989 | Não | Inteiro teor não disponível |
| TJSC | 1998.006245-4 | 23/06/1998 | Não | Criminal |
| TJSC | 2004.003533-0 | 12/04/2005 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSC | 2001.019161-0 | 30/07/2007 | Não | Embargos de declaração |
| TJSC | 2006.045807-2 | 06/09/2007 | Não | Competência |
| TJSC | 2007.024239-3 | 25/09/2007 | Não | Competência |
| TJSC | 2006.041589-0 | 22/11/2007 | Não | Competência |
| TJSC | 2007.032992-5 | 18/03/2008 | Sim | |
| TJSC | 2007.064988-9 | 17/04/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSC | 2007.058181-7 | 26/06/2008 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSC | 2006.046480-0 | 29/07/2008 | Sim | |
| TJSC | 2008.044238-1 | 04/08/2008 | Não | Competência |
| TJSC | 2007.036284-6 | 12/08/2008 | Sim | |
| TJSC | 2008.030289-8 | 02/09/2008 | Não | Conflito de competência |
| TJSC | 2008.040544-8 | 07/10/2008 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSC | 2005.024162-5 | 09/10/2008 | Não | Conflito de competência |
| TJSC | 2007.063226-2 | 04/11/2008 | Não | Competência |
| TJSC | 2008.064655-6 | 18/11/2008 | Não | Direito possessório |
| TJSC | 2008.029260-7 | 01/12/2009 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSC | 2009.046996-4 | 15/12/2009 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSC | 2009.048923-4 | 26/01/2010 | Não | Competência |
| TJSC | 2007.063226-2 | 06/04/2010 | Não | Competência |
| TJSC | 2008.023394-0 | 20/04/2010 | Não | Pensão por morte |
| TJSC | 2009.056372-9 | 27/05/2010 | Não | Efeitos da apelação |
| TJSC | 2010.074086-8 | 07/12/2010 | Não | Criminal |
| TJSC | 2010.034042-4 | 16/12/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJSC | 2010.048685-4 | 08/02/2011 | Não | Conflito de competência |
| TJSC | 2007.064778-2 | 15/02/2011 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSC | 2010.019145-0 | 17/02/2011 | Não | Pensão por morte |
| TJSC | 2010.084410-4 | 29/03/2011 | Não | Criminal |
| TJSC | 2007.047096-1 | 31/03/2011 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSE | 0001592-34.2008.8.25.0000 | 15/12/2008 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSE | 0000230-32.2007.8.25.0032 | 30/07/2009 | Não | Exoneração de pensão |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|---|
| TJSE | 0002134-18.2009.8.25.0000 | 14/09/2009 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSE | 0002135-69.2008.8.25.0054 | 22/03/2011 | Não | Pensão por morte |
| TJSE | 0022077-18.2009.8.25.0001 | 03/05/2011 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 9019741-15.1996.8.26.0000 | 19/12/1997 | Não | Criminal |
| TJSP | 0068056-96.1997.8.26.0000 | 26/01/1998 | Não | Criminal |
| TJSP | 0002339-74.1996.8.26.0000 | 17/04/1998 | Não | Criminal |
| TJSP | 9102263-65.1997.8.26.0000 | 12/05/1998 | Não | Criminal |
| TJSP | 0067076-52.1997.8.26.0000 | 18/06/1998 | Não | Criminal |
| TJSP | 9029376-83.1997.8.26.0000 | 28/09/1998 | Não | Criminal |
| TJSP | 9018986-54.1997.8.26.0000 | 27/11/1998 | Não | Direito possessório |
| TJSP | 9029915-49.1997.8.26.0000 | 27/11/1998 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9144014-95.1998.8.26.0000 | 14/07/1999 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9153169-25.1998.8.26.0000 | 14/09/1999 | Não | Criminal |
| TJSP | 9166178-20.1999.8.26.0000 | 22/05/2000 | Não | Criminal |
| TJSP | 0015327-59.1998.8.26.0000 | 21/06/2000 | Não | Criminal |
| TJSP | 9096289-13.1998.8.26.0000 | 30/06/2000 | Não | Criminal |
| TJSP | 9068674-77.2000.8.26.0000 | 27/10/2000 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9066894-39.1999.8.26.0000 | 05/04/2001 | Não | Responsabilidade Civil |
| TJSP | 9160379-93.1999.8.26.0000 | 28/05/2001 | Não | Criminal |
| TJSP | 9004313-22.1998.8.26.0000 | 28/06/2001 | Não | Criminal |
| TJSP | 0011632-92.2001.8.26.0000 | 31/07/2001 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 0011632-92.2001.8.26.0000 | 11/09/2001 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9164922-42.1999.8.26.0000 | 03/10/2001 | Não | Direito possessório |
| TJSP | 0098112-73.2001.8.26.0000 | 25/04/2002 | Não | Criminal |
| TJSP | 9153555-50.2001.8.26.0000 | 21/05/2002 | Não | Anulação de casamento |
| TJSP | 9063383-33.1999.8.26.0000 | 03/07/2002 | Não | Criminal |
| TJSP | 9026505-07.2002.8.26.0000 | 17/09/2002 | Não | Direito processual (conexão ou continência) |
| TJSP | 9120091-35.2001.8.26.0000 | 20/11/2002 | Não | Criminal |
| TJSP | 9025923-07.2002.8.26.0000 | 27/12/2002 | Não | Direito sucessório |
| TJSP | 0068717-02.2002.8.26.0000 | 11/02/2003 | Não | Direito possessório |
| TJSP | 9091564-39.2002.8.26.0000 | 21/03/2003 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 9091564-39.2002.8.26.0000 | 15/05/2003 | Não | Embargos de declaração |
| TJSP | 0023961-73.2000.8.26.0000 | 09/06/2003 | Não | Criminal |
| TJSP | 9010007-98.2000.8.26.0000 | 03/07/2003 | Não | Criminal |
| TJSP | 9054748-58.2002.8.26.0000 | 09/10/2003 | Não | Criminal |
| TJSP | 0003844-22.2004.8.26.0000 | 08/03/2004 | Não | Direito possessório |
| TJSP | 0052656-95.2004.8.26.0000 | 25/04/2005 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 9192441-84.2002.8.26.0000 | 10/08/2005 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9034104-89.2005.8.26.0000 | 30/08/2005 | Não | Plano de saúde |
| TJSP | 9023048-59.2005.8.26.0000 | 19/11/2005 | Não | Criminal |
| TJSP | 9150423-19.2000.8.26.0000 | 17/02/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9110304-40.2005.8.26.0000 | 03/03/2006 | Sim | |
| TJSP | 0082231-17.2005.8.26.0000 | 09/03/2006 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSP | 9041136-87.2001.8.26.0000 | 11/03/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9142033-84.2005.8.26.0000 | 14/03/2006 | Não | Criminal |
| TJSP | 0023061-80.2006.8.26.0000 | 24/03/2006 | Não | Plano de saúde |
| TJSP | 9152807-76.2005.8.26.0000 | 24/03/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9028788-95.2005.8.26.0000 | 27/04/2006 | Não | Conflito de competência |
| TJSP | 0047565-53.2006.8.26.0000 | 31/05/2006 | Não | Direito possessório |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|------------------------------------|
| TJSP | 0047565-53.2006.8.26.0000 | 09/06/2006 | Não | Direito possessório |
| TJSP | 9056742-19.2005.8.26.0000 | 14/06/2006 | Não | Criminal |
| TJSP | 9096846-19.2006.8.26.0000 | 23/06/2006 | Não | Criminal |
| TJSP | 0017077-18.2006.8.26.0000 | 10/07/2006 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSP | 9044742-50.2006.8.26.0000 | 10/07/2006 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSP | 9144481-98.2003.8.26.0000 | 21/07/2006 | Não | Criminal |
| TJSP | 0047096-30.2003.8.26.0576 | 25/09/2006 | Não | Criminal |
| TJSP | 0041498-48.2001.8.26.0000 | 28/11/2006 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSP | 9139486-37.2006.8.26.0000 | 19/12/2006 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9062766-05.2001.8.26.0000 | 05/01/2007 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0113434-60.2006.8.26.0000 | 19/01/2007 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0149507-31.2006.8.26.0000 | 07/02/2007 | Não | Plano de saúde |
| TJSP | 9244578-38.2005.8.26.0000 | 15/02/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9044177-52.2007.8.26.0000 | 19/06/2007 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSP | 9152207-89.2004.8.26.0000 | 21/08/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 0088588-42.2007.8.26.0000 | 24/08/2007 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSP | 9050455-69.2007.8.26.0000 | 25/09/2007 | Não | Competência |
| TJSP | 0111765-35.2007.8.26.0000 | 07/10/2007 | Não | Direito sucessório |
| TJSP | 9049779-24.2007.8.26.0000 | 30/10/2007 | Não | Direito sucessório |
| TJSP | 0151921-02.2006.8.26.0000 | 05/11/2007 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 9177711-92.2007.8.26.0000 | 27/11/2007 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9075984-61.2005.8.26.0000 | 28/01/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 0120784-31.2008.8.26.0000 | 12/03/2008 | Não | Nulidade de ato processual |
| TJSP | 9155307-18.2005.8.26.0000 | 18/03/2008 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSP | 0133353-98.2007.8.26.0000 | 12/05/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9125687-58.2005.8.26.0000 | 10/06/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 9150956-31.2007.8.26.0000 | 12/06/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9129311-47.2007.8.26.0000 | 16/06/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0118195-66.2008.8.26.0000 | 19/06/2008 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9085824-61.2006.8.26.0000 | 28/07/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 9144374-54.2003.8.26.0000 | 13/08/2008 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSP | 9060957-33.2008.8.26.0000 | 18/09/2008 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSP | 0033167-67.2007.8.26.0000 | 23/09/2008 | Não | Direito sucessório |
| TJSP | 9248749-33.2008.8.26.0000 | 03/11/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0049623-68.2002.8.26.0000 | 12/11/2008 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSP | 0006686-14.2004.8.26.0278 | 01/12/2008 | Não | Criminal |
| TJSP | 0123535-25.2007.8.26.0000 | 17/12/2008 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0014613-50.2008.8.26.0000 | 19/01/2009 | Não | Conflito de competência |
| TJSP | 0012648-37.2008.8.26.0000 | 02/03/2009 | Não | Conflito de competência |
| TJSP | 0007661-36.2002.8.26.0236 | 06/03/2009 | Não | Criminal |
| TJSP | 9056303-03.2008.8.26.0000 | 16/03/2009 | Não | Conflito de competência |
| TJSP | 9094012-72.2008.8.26.0000 | 18/03/2009 | Não | Direito sucessório |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|---|
| TJSP | 9068588-28.2008.8.26.0000 | 24/03/2009 | Não | Direito processual (agravo de decisão saneadora) |
| TJSP | 9019852-42.2009.8.26.0000 | 14/04/2009 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 9019852-42.2009.8.26.0000 | 14/04/2009 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0153073-17.2008.8.26.0000 | 27/04/2009 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 9102964-74.2007.8.26.0000 | 29/04/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9087061-09.2001.8.26.0000 | 12/05/2009 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSP | 0154105-91.2007.8.26.0000 | 15/06/2009 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 9156172-02.2009.8.26.0000 | 17/06/2009 | Sim | |
| TJSP | 9127244-41.2009.8.26.0000 | 22/06/2009 | Não | Criminal |
| TJSP | 9094649-23.2008.8.26.0000 | 23/06/2009 | Sim | |
| TJSP | 0060448-27.2009.8.26.0000 | 24/06/2009 | Não | Direito possessório |
| TJSP | 0037603-98.2009.8.26.0000 | 25/06/2009 | Não | Direito sucessório |
| TJSP | 9185424-55.2006.8.26.0000 | 28/07/2009 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0094262-30.2009.8.26.0000 | 30/07/2009 | Não | Direito possessório |
| TJSP | 9019852-42.2009.8.26.0000 | 11/08/2009 | Não | Embargos de declaração |
| TJSP | 9162591-43.2006.8.26.0000 | 12/08/2009 | Não | Partilha de bens |
| TJSP | 0180116-60.2007.8.26.0000 | 25/08/2009 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0374691-97.2009.8.26.0000 | 21/10/2009 | Não | Direito previdenciário |
| TJSP | 9071145-95.2002.8.26.0000 | 21/10/2009 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 0010649-15.2009.8.26.0000 | 09/11/2009 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSP | 0292596-10.2009.8.26.0000 | 01/12/2009 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSP | 0342262-77.2009.8.26.0000 | 16/12/2009 | Sim | |
| TJSP | 0301591-12.2009.8.26.0000 | 21/01/2010 | Não | Competência |
| TJSP | 0235618-13.2009.8.26.0000 | 26/01/2010 | Não | Criminal |
| TJSP | 0119317-17.2008.8.26.0000 | 10/02/2010 | Não | Competência |
| TJSP | 9151754-94.2004.8.26.0000 | 22/04/2010 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 9028738-30.2009.8.26.0000 | 28/04/2010 | Não | Competência |
| TJSP | 0277252-86.2009.8.26.0000 | 04/05/2010 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSP | 9197423-05.2006.8.26.0000 | 11/05/2010 | Não | Direito possessório |
| TJSP | 0051542-22.2008.8.26.0602 | 18/05/2010 | Não | Direito possessório |
| TJSP | 0080105-18.2010.8.26.0000 | 18/05/2010 | Não | Direito sucessório |
| TJSP | 9070837-88.2004.8.26.0000 | 24/05/2010 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0120213-89.2010.8.26.0000 | 25/05/2010 | Sim | |
| TJSP | 9204668-33.2007.8.26.0000 | 30/06/2010 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSP | 0380251-20.2009.8.26.0000 | 07/07/2010 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0137184-52.2010.8.26.0000 | 10/08/2010 | Não | Tutela antecipada ou cautelar |
| TJSP | 0277447-71.2009.8.26.0000 | 26/08/2010 | Não | Nulidade de ato processual |
| TJSP | 0088871-60.2010.8.26.0000 | 31/08/2010 | Não | Plano de saúde |
| TJSP | 9098658-33.2005.8.26.0000 | 26/10/2010 | Não | Responsabilidade civil |
| TJSP | 0229233-49.2009.8.26.0000 | 08/11/2010 | Não | Conflito de competência |
| TJSP | 0305707-27.2010.8.26.0000 | 25/11/2010 | Não | Direito sucessório |
| TJSP | 0127501-59.2008.8.26.0000 | 07/12/2010 | Sim | |
| TJSP | 0356069-33.2010.8.26.0000 | 14/12/2010 | Não | Competência |
| TJSP | 9185424-55.2006.8.26.0000 | 14/12/2010 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0448612-55.2010.8.26.0000 | 08/02/2011 | Não | Direito possessório |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|------------|-----|--|
| TJSP | 0514838-42.2010.8.26.0000 | 09/02/2011 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0448459-22.2010.8.26.0000 | 17/02/2011 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSP | 0069735-24.2003.8.26.0000 | 21/03/2011 | Não | Pensão por morte |
| TJSP | 0158619-10.2009.8.26.0100 | 11/04/2011 | Não | Menção irrelevante a palavra-chave |
| TJSP | 0058426-25.2011.8.26.0000 | 04/05/2011 | Não | Pensão por morte |
| TJTO | 0004632-57.2014.8.27.0000 | 29/04/2014 | Não | Data posterior ao julgamento da ADPF 132 |

APÊNDICE B – DECISÕES CONSIDERADAS RELEVANTES

| Tribunal | Processo / Recurso | Órgão julgador | Data de julgamento |
|--------------|-------------------------------|--------------------------------|--------------------|
| TJDFT | 20060111329716APC | 4ª Turma Cível | 25/11/2009 |
| TJGO | 149310-5/188 | 3A CAMARA CIVEL | 15/12/2009 |
| TJMA | 203712008 | TERCEIRA CÂMARA CÍVEL | 29/10/2008 |
| TJMG | 5371218-79.2004.8.13.0024 (1) | 12ª CÂMARA CÍVEL | 24/05/2006 |
| TJMG | 7640886-17.2007.8.13.0024 (1) | 4ª CÂMARA CÍVEL | 04/12/2008 |
| TJMG | 4845559-52.2009.8.13.0024 (1) | 8ª CÂMARA CÍVEL | 25/11/2009 |
| TJMG | 4111926-87.2007.8.13.0145 (1) | 14ª CÂMARA CÍVEL | 28/01/2010 |
| TJMG | 4183289-37.2007.8.13.0145 (1) | 4ª CÂMARA CÍVEL | 21/10/2010 |
| TJMG | 2863677-95.2009.8.13.0223 (1) | 7ª CÂMARA CÍVEL | 08/02/2011 |
| TJMG | 7988434-62.2007.8.13.0024 (1) | 7ª CÂMARA CÍVEL | 08/02/2011 |
| TJPR | 214205-8 | 10ª Câmara Cível | 12/04/2005 |
| TJPR | 175784-4 | 7ª Câmara Cível | 04/04/2006 |
| TJPR | 361703-4 | 12ª Câmara Cível | 24/01/2007 |
| TJRJ | 0006973-50.1992.8.19.0000 | OITAVA CÂMARA CÍVEL | 23/11/1992 |
| TJRJ | 0007340-64.1998.8.19.0000 | DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL | 29/09/1998 |
| TJRJ | 0018495-25.2003.8.19.0021 | DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL | 05/04/2005 |
| TJRJ | 0047628-75.2003.8.19.0001 | NONA CÂMARA CÍVEL | 09/03/2006 |
| TJRJ | 0006109-93.2003.8.19.0204 | DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL | 11/04/2006 |
| TJRJ | 0008540-54.2004.8.19.0208 | DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL | 13/09/2006 |
| TJRJ | 0117369-18.1997.8.19.0001 | DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL | 14/12/2004 |
| TJRS | 70005488812 | Sétima Câmara Cível | 25/06/2003 |
| TJRS | 70006542377 | Oitava Câmara Cível | 11/09/2003 |
| TJRS | 70007243140 | Oitava Câmara Cível | 06/11/2003 |
| TJRS | 70006844153 | Oitava Câmara Cível | 18/12/2003 |
| TJRS | 70007336019 | Oitava Câmara Cível | 01/07/2004 |
| TJRS | 70007911001 | Oitava Câmara Cível | 01/07/2004 |
| TJRS | 70009791351 | Sétima Câmara Cível | 10/11/2004 |
| TJRS | 70009550070 | Sétima Câmara Cível | 17/11/2004 |
| TJRS | 70009888017 | Sétima Câmara Cível | 27/04/2005 |
| TJRS | 70011120573 | Quarto Grupo de Câmaras Cíveis | 10/06/2005 |
| TJRS | 70012836755 | Sétima Câmara Cível | 21/12/2005 |
| TJRS | 70015169626 | Sétima Câmara Cível | 02/08/2006 |
| TJRS | 70015674195 | Sétima Câmara Cível | 27/09/2006 |
| TJRS | 70016660383 | Oitava Câmara Cível | 26/10/2006 |
| TJRS | 70017073933 | Oitava Câmara Cível | 09/11/2006 |
| TJRS | 70016239949 | Sétima Câmara Cível | 20/12/2006 |
| TJRS | 70018971804 | Sétima Câmara Cível | 08/08/2007 |
| TJRS | 70021085691 | Oitava Câmara Cível | 04/10/2007 |
| TJRS | 70021908587 | Sétima Câmara Cível | 05/12/2007 |
| TJRS | 70021637145 | Oitava Câmara Cível | 13/12/2007 |
| TJRS | 70023812423 | Oitava Câmara Cível | 02/10/2008 |
| TJRS | 70024543951 | Sétima Câmara Cível | 05/11/2008 |
| TJRS | 70024885337 | Sétima Câmara Cível | 17/12/2008 |
| TJRS | 70026584698 | Sétima Câmara Cível | 25/03/2009 |
| TJRS | 70028838308 | Sétima Câmara Cível | 24/06/2009 |

| | | | |
|-------------|---------------------------|----------------------------------|------------|
| TJRS | 70030547350 | Quarto Grupo de Câmaras Cíveis | 10/07/2009 |
| TJRS | 70030880603 | Quarto Grupo de Câmaras Cíveis | 14/08/2009 |
| TJRS | 70030975098 | Sétima Câmara Cível | 30/09/2009 |
| TJRS | 70033073388 | Oitava Câmara Cível | 22/04/2010 |
| TJRS | 70031663818 | Sétima Câmara Cível | 28/04/2010 |
| TJRS | 70035804772 | Oitava Câmara Cível | 10/06/2010 |
| TJRS | 70034750901 | Sétima Câmara Cível | 23/06/2010 |
| TJRS | 70036578706 | Oitava Câmara Cível | 22/07/2010 |
| TJRS | 70037917184 | Quarto Grupo de Câmaras Cíveis | 10/09/2010 |
| TJRS | 70039338587 | Quarto Grupo de Câmaras Cíveis | 12/11/2010 |
| TJSC | 2007.032992-5 | Terceira Câmara de Direito Civil | 18/03/2008 |
| TJSC | 2006.046480-0 | Terceira Câmara de Direito Civil | 29/07/2008 |
| TJSC | 2007.036284-6 | Terceira Câmara de Direito Civil | 12/08/2008 |
| TJSP | 9110304-40.2005.8.26.0000 | 8ª Câmara de Direito Privado | 03/03/2006 |
| TJSP | 9156172-02.2009.8.26.0000 | 8ª Câmara de Direito Privado | 17/06/2009 |
| TJSP | 9094649-23.2008.8.26.0000 | 9ª Câmara de Direito Privado | 23/06/2009 |
| TJSP | 0342262-77.2009.8.26.0000 | 7ª Câmara de Direito Privado | 16/12/2009 |
| TJSP | 0120213-89.2010.8.26.0000 | 3ª Câmara de Direito Privado | 25/05/2010 |
| TJSP | 0127501-59.2008.8.26.0000 | 10ª Câmara de Direito Privado | 07/12/2010 |

APÊNDICE C – ANÁLISE DOS DADOS: FORMAÇÃO DA DECISÃO

| Tribunal | Processo / Recurso | Formação da decisão | Resultado | Redator do voto condutor |
|-----------------|-------------------------------|----------------------------|-------------------|--|
| TJDFT | 20060111329716APC | Unanimidade | Sociedade de fato | SANDOVAL OLIVEIRA |
| TJGO | 149310-5/188 | Unanimidade | Entidade familiar | Jair Xavier Ferro |
| TJMA | 203712008 | Unanimidade | Entidade familiar | CLEONES CARVALHO CUNHA |
| TJMG | 5371218-79.2004.8.13.0024 (1) | Unanimidade | Impossibilidade | DOMINGOS COELHO |
| TJMG | 7640886-17.2007.8.13.0024 (1) | Unanimidade | Impossibilidade | CÉLIO CÉSAR PADUANI |
| TJMG | 4845559-52.2009.8.13.0024 (1) | Maioria | Entidade familiar | ELIAS CAMILO |
| TJMG | 4111926-87.2007.8.13.0145 (1) | Maioria | Ausência de prova | EVANGELINA CASTILHO DUARTE |
| TJMG | 4183289-37.2007.8.13.0145 (1) | Unanimidade | Ausência de prova | HELOISA COMBAT |
| TJMG | 2863677-95.2009.8.13.0223 (1) | Unanimidade | Entidade familiar | WANDER MAROTTA |
| TJMG | 7988434-62.2007.8.13.0024 (1) | Unanimidade | Ausência de prova | WANDER MAROTTA |
| TJPR | 214205-8 | Unanimidade | Sociedade de fato | Salvatore Antonio Astuti |
| TJPR | 175784-4 | Unanimidade | Sociedade de fato | ESPEDITO REIS DO AMARAL |
| TJPR | 361703-4 | Unanimidade | Sociedade de fato | CELSO ROTOLI DE MACEDO |
| TJRJ | 0006973-50.1992.8.19.0000 | Unanimidade | Impossibilidade | Celso Guedes |
| TJRJ | 0007340-64.1998.8.19.0000 | Unanimidade | Impossibilidade | Adeir Paulo Pimentel |
| TJRJ | 0018495-25.2003.8.19.0021 | Unanimidade | Ausência de prova | Marco Antônio Ibrahim |
| TJRJ | 0047628-75.2003.8.19.0001 | Unanimidade | Impossibilidade | Renato Simoni |
| TJRJ | 0006109-93.2003.8.19.0204 | Unanimidade | Entidade familiar | Ferdinaldo Nascimento |
| TJRJ | 0008540-54.2004.8.19.0208 | Unanimidade | Sociedade de fato | Maria Inês da Penha Gaspar |
| TJRJ | 0117369-18.1997.8.19.0001 | Unanimidade | Sociedade de fato | Raul Celso Lins e Silva |
| TJRS | 70005488812 | Unanimidade | Entidade familiar | José Carlos Teixeira Giorgis |
| TJRS | 70006542377 | Unanimidade | Entidade familiar | Rui Portanova |
| TJRS | 70007243140 | Maioria | Entidade familiar | José S. Trindade |
| TJRS | 70006844153 | Maioria | Entidade familiar | Catarina Rita Krieger Martins |
| TJRS | 70007336019 | Maioria | Sociedade de fato | Antonio Carlos Stangler Pereira |
| TJRS | 70007911001 | Maioria | Sociedade de fato | Antonio Carlos Stangler Pereira |
| TJRS | 70009791351 | Maioria | Ausência de prova | Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves |
| TJRS | 70009550070 | Maioria | Entidade familiar | Maria Berenice Dias |
| TJRS | 70009888017 | Maioria | Ausência de prova | Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves |
| TJRS | 70011120573 | Maioria | Entidade familiar | José Carlos Teixeira Giorgis |
| TJRS | 70012836755 | Unanimidade | Entidade familiar | Maria Berenice Dias |
| TJRS | 70015169626 | Maioria | Entidade familiar | Luiz Felipe Brasil Santos |
| TJRS | 70015674195 | Maioria | Sociedade de fato | Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves |
| TJRS | 70016660383 | Unanimidade | Entidade familiar | Claudir Fidélis Faccenda |

| | | | | |
|-------------|---------------------------|-------------|-------------------|--|
| TJRS | 70017073933 | Maioria | Entidade familiar | José S. Trindade |
| TJRS | 70016239949 | Unanimidade | Ausência de prova | Luiz Felipe Brasil Santos |
| TJRS | 70018971804 | Maioria | Ausência de prova | Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves |
| TJRS | 70021085691 | Maioria | Entidade familiar | Rui Portanova |
| TJRS | 70021908587 | Maioria | Entidade familiar | Ricardo Raupp Ruschel |
| TJRS | 70021637145 | Unanimidade | Entidade familiar | Rui Portanova |
| TJRS | 70023812423 | Maioria | Entidade familiar | Rui Portanova |
| TJRS | 70024543951 | Maioria | Sociedade de fato | Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves |
| TJRS | 70024885337 | Maioria | Ausência de prova | Vasco Della Giustina |
| TJRS | 70026584698 | Maioria | Sociedade de fato | José Conrado de Souza Júnior |
| TJRS | 70028838308 | Unanimidade | Sociedade de fato | José Conrado de Souza Júnior |
| TJRS | 70030547350 | Maioria | Sociedade de fato | Rui Portanova |
| TJRS | 70030880603 | Maioria | Entidade familiar | José S. Trindade |
| TJRS | 70030975098 | Unanimidade | Impossibilidade | José Conrado de Souza Júnior |
| TJRS | 70033073388 | Maioria | Impossibilidade | Luiz Ari Azambuja Ramos |
| TJRS | 70031663818 | Unanimidade | Ausência de prova | José Conrado de Souza Júnior |
| TJRS | 70035804772 | Unanimidade | Entidade familiar | Rui Portanova |
| TJRS | 70034750901 | Maioria | Ausência de prova | Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves |
| TJRS | 70036578706 | Unanimidade | Impossibilidade | Luiz Ari Azambuja Ramos |
| TJRS | 70037917184 | Maioria | Sociedade de fato | Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves |
| TJRS | 70039338587 | Maioria | Entidade familiar | Rui Portanova |
| TJSC | 2007.032992-5 | Unanimidade | Impossibilidade | Maria do Rocio Luz Santa Ritta |
| TJSC | 2006.046480-0 | Unanimidade | Sociedade de fato | Marcus Túlio Sartorato |
| TJSC | 2007.036284-6 | Maioria | Impossibilidade | Marcus Túlio Sartorato |
| TJSP | 9110304-40.2005.8.26.0000 | Unanimidade | Ausência de prova | Salles Rossi |
| TJSP | 9156172-02.2009.8.26.0000 | Maioria | Ausência de prova | Luiz Ambra |
| TJSP | 9094649-23.2008.8.26.0000 | Unanimidade | Impossibilidade | Grava Brazil |
| TJSP | 0342262-77.2009.8.26.0000 | Unanimidade | Impossibilidade | Luiz Antônio Costa |
| TJSP | 0120213-89.2010.8.26.0000 | Unanimidade | Impossibilidade | Donegá Morandini |
| TJSP | 0127501-59.2008.8.26.0000 | Unanimidade | Impossibilidade | Galdino Toledo Junior |

APÊNDICE D – ANÁLISE DOS DADOS: MATERIAL JURÍDICO

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gat? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais estadu- ais? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? | |
|----------|---------------------------------------|--------------------|--|---------------------------|--|--|---|---|---|----------------------------------|-----|
| TJDFT | 200601113 29716APC | 226, § 3º | 9.278/96 (art. 1º); CC/2002(arts. 1.723) | Não | Não | 20030020 096835C CP, 20050020 054577, 20070020 104323C CP | Não | Não | Maria He- lena Diniz | Não | Não |
| TJGO | 149310- 5/188 | 226, § 3º | CPC/73 (art. 126) | Não | Não | Não | TJMG (AC 1.0024.06. 930324- 6/001) | Não | Rodrigo Da Cunha Pereira E Maria Be- renice Dias | Não | Não |
| TJMA | 203712008 | 226, § 3º | 9.278/96 (art. 1º); CC/2002(arts. 1.723, 1.724); LICC (art. 4º); CPC (art. 126) | Não | Não | Não | STJ (Resp nº 502.995/R N, Resp. 820.475/R J, REsp 238.715/R S) | Não | Thiago Haupt- mann Bo- relli Tho- maz | Não | Não |
| TJMG | 5371218- 79.2004.8. 13.0024 (1) | 226, § 3º | Lei 9.278/96 | Não | Não | AI 1.0702.03. 094371- 7/001 | Não | Não | Eduardo J. Couture, Liebman | Não | |
| TJMG | 7640886- 17.2007.8. 13.0024 (1) | 226, § 3º | CC (art. 1.723) | Não | Não | Ap. Cível n.º 1.0702.04. 182123-3; | Não | Não | Não | Não | |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadua- is? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estran- geiros? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? | |
|----------|---------------------------------------|----------------------------------|---|--|---|---|---|--|--|--|---|-----|
| TJMG | 2863677- 95.2009.8. 13.0223 (1) | 1º, III; 3º, IV; 5º, X | Não | Portaria nº 513/2010 - Ministé- rio de Es- tado da Previdê- n- cia Social | Não | AC 1.0024.06. 930324- 6/001; AC 1.0024.05. 750258- 5/002; | Não | Não | Não | Rodrigo Da Cunha Pereira E Maria Be- renice Dias | Não | |
| TJMG | 7988434- 62.2007.8. 13.0024 (1) | Não | Lei 9.278/96 (art. 1º) e Lei 8.971/94 (art. 1º) | Não | Lei 9.278/96 (art. 1º); CC/2002(art. 363); CPC;73 (art. 332) | AC 1.0024.06. 930324-; AC 1.0702.04. 186712- 9/001 | Não | Não | STF (PET 1984/RS) | Não | Rodrigo Da Cunha Pereira E Maria Be- renice Dias | Não |
| TJPR | 214205-8 | Não | 9.278/96 (art. 1º); CC/2002(art. 363); CPC;73 (art. 332) | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não |
| TJPR | 175784-4 | 226, § 3º (homem e mulher) | 9.278/96 (art. 1º), CC/2002(art. 982); CC/1916, (art. 1.363) | Não | (TAPR) 11335, TJPR (Acórdão 8055, 208,19358 , 19334) | Não | STF (Sú- mula 380, RE 112.624- 8) | Não | STF (Sú- mula 380, RE 112.624- 8) | Thiago Haupt- mann Bo- relli Thomas, Rainer Czajxows ki | Não | |
| TJPR | 361703-4 | Sim | CC/2002 (art. 982); CC/1916 | Não | Não | APC 175.784-4 | Não | STF (Sú- mula 380) | Não | Thiago Haupt- | Não | Não |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadua- is? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais estadua- is? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? |
|-------------|-----------------------------------|--|--|-------------------------------|--|---|---|--|---|---|---|----------------------------------|
| | | | | (art. 1.363); | | | | | | | | |
| TJRJ | 0006973- 50.1992.8. 19.0000 | 226, §3º | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não |
| TJRJ | 0007340- 64.1998.8. 19.0000 | 226, §3º | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não |
| TJRJ | 0018495- 25.2003.8. 19.0021 | 226, §3º | Lei 8.971/94; Lei 9.278/96; art. 29, §7º, Lei Estadual 285/79 | Não | Não | Não | Não | RESP 148897/M G | Não | Edson Fa- chin | Não | Não |
| TJRJ | 0047628- 75.2003.8. 19.0001 | Sim | Lei 9.278/96 (1º e 9º) | Não | Não | Não | Não | RESP 502995/R N; RESP 148897/M G | Não | Não | Não | Não |
| TJRJ | 0006109- 93.2003.8. 19.0204 | 3º, I e IV; 5º, caput; 226, §3º, | LICC (art. 4º); | Projeto de lei 1.151/95 | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não |
| TJRJ | 0008540- 54.2004.8. 19.0208 | Não | CC;1915 (art. 1.363) | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não |
| TJRJ | 0117369- 18.1997.8. 19.0001 | 226, §3º | CC (1.363 a 1.366); | Não | Não | AC 70001388 982 | Não | Não | Não | Não | Não | Não |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadua- is? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais es- tran- geiros? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? | |
|----------|----------------------|--------------------|--|---------------------------|--|--|---|--|--|--|--|--|
| TJRS | 700054888 12 | LICC (art. 4º) | Art. 1º, III (digni- dade), art. 5º, "caput" (liberdade e igual- dade), in- ciso X (vida pri- vada) | 8.971/94, 9.278/96 | Não | Lei Fun- damental da Repú- blica Fe- deral Alemã (art. 1º), Constitui- ção de Portugal (art. 1º), Constitui- ção da Es- panha (art. 1º), Cons- tituição Russa (art. 21) | APC 70001388 982, EI 70003967 676, APC 59836265 5 | TJBA (APC 16313- 9/99) | STJ (di- versos preceden- tes que tratam da proteção ao bem de família) | STJ (di- versos preceden- tes que tratam da proteção ao bem de família) | Rainer Czajkows ki, Ro- drigo Da Cunha Pe- reira, Luiz Edson Fa- chin, Paulo Luiz Netto Lobo, He- loisa He- lena Bar- boza, Glauco Barreira Mag- Ihães Fi- lho, Celso Ribeiro Bastos, Gilmar Ferreira Mendes, Maria Be- renice Dias, José Afonso Da Silva, | Konrad Hesse, Af- talión e Garcia e Vilanova, Kant, Igreja ("Por uma nova or- dem cons- titucio- nal"), Cle- ber Fran- cisco Al- ves |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadu- ais? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais es- tran- geiros? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? |
|----------|----------------------|--|--|---------------------------|--|---|---|--|---|---|----------------------------------|
| TJRS | 700065423 77 | Art. 3º, IV (promo- ção do bem co- mum), Iº, III (digni- tade), | CPC (art. 126), LINDB (art. 4º) | Não | Não | APC 70005488 812 | Não | Não | Não | Kelsen, Bobbio | Não |
| TJRS | 700072431 40 | Art. 3º, I (sociedade livre, justa e solidá- ria) e IV (promo- ção do bem de to- dos), art. 5º, "caput" (igual- dade) | Não | Não | Não | APC 59862665 5, APC 59311054 7, APC 70001388 982, EI 70003967 676 | Não | STJ (Resp 154857/D F - veda- ção à dis- crimina- ção contra homosse- xual; RESP 148897/M G - socie- dade de fato entre homosse- xuais) | Não | Não | Não |
| TJRS | 700068441 53 | 226, § 3º (homem e mulher), Iº, III (igualdade e digni- tade), 5º, | 9.278/96 (art. 1º), CC/2002 (art. 1.723) | Não | Não | APC 70001388 982 | Não | Não | Não | Não | Não |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadua- is? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? | |
|----------|----------------------|--------------------------------------|--|----------------------------|--|---|---|--|--|---|-----|
| TJRS | 700073360 19 | X (vida privada) | | | | | | | | | |
| TJRS | 700079110 01 | 226, § 3º (homem e mulher) | 8.971/94 (art. 1º), 9.278/96 (arts. 1º, 8º, 5º), CC/2002 (art. 1.723) | Provi- mento TJR S 6 | Não | Não | Não | STF (Sú- mula 380) | Não | Guilherme Calmom Nogueira Da Gama, Antonio Carlos Matteis De Ar- ruda, Luiz Felipe Brasil Santos | Não |
| TJRS | 700097913 51 | 226, § 3º (homem e mulher) | 8.971/94 (art. 1º), 9.278/96 (arts. 1º, 8º, 5º), CC/2002 (art. 1.723) | Provi- mento TJR S 6 | Não | Não | Não | STF (Sú- mula 380) | Não | Guilherme Calmom Nogueira Da Gama, Antonio Carlos Matteis De Ar- ruda, Luiz Felipe Brasil Santos | Não |
| TJRS | 700095500 70 | 5º "caput" (vida, li- berdade, | LINDB (art. 4º) | Não | Não | APC 70001388 982, APC | Não | Não | Não | Maria Be- renice Dias, Ingo | Não |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadu- ais? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais superio- res? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? | |
|----------|----------------------|--|------|---|--|---|---|--|---|--|---|---|
| TJRS | 700098880 17 | | | igualdade, intimi- dade), 3º, IV (pro- moção do bem de to- dos), 5º, XLJ (a lei punirá qualquer discrimi- nação) | | 70005488 812, EI 70003967 676 | | | Wolfgang Sarlet | | | |
| TJRS | 700111205 73 | Art. 1º, III (digni- dade), art. 5º, "caput" (liberdade e igual- dade), in- ciso X (vida pri- vada) | Não | LINDB (art. 4º e 5º) | Não | Conven- ção Euro- peia, paí- ses nórdi- cos ("par- ceria re- gistrada"), Holanda (adoção homosse- xual), Hungria (Lei de coabitação de 1996), | APC 70001388 982, APC 70005488 812, EI 70003967 676 | Não | Inglaterra (caso Martin FitzPat- rick e John Thomp- son), Canadá, Hungria ("common law mar- riage") | Rainer Czajkows ki, Ro- drigo Da Cunha Pe- reira, Luiz Edson Fa- chin, Fer- nanda De Almeida Brito, Américo Luís Mar- tins Da Silva, Ma- | Luis Mu- ñoz Sa- baté, An- drew Bai- nham | Bíblia (Lv 18.22), CID, Del- ton Croce e Delton Croce Jr., Guilherme Oswaldo Arbens, Hélio Go- mes, As- drábil de Aguiar, Edward Wilson, Desmond |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadu- ais? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais es- trangei- ros? | Doutrina ou litera- tura juri- dica es- tran- geira? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica naci- onal? | Doutrina ou litera- tura juri- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? | |
|----------|----------------------|--------------------|------|--|--|---|---|--|---|--|---|---|----------------------------------|---|
| | | | | EUA (De- fense of marriage Act, 1997), França (pacto ci- vil de soli- darie- dade), Is- rael (Lei de igual- dade de emprego), Lei Fun- damental da Repú- blica Fe- deral Alemã (art. 1º), Constitui- ção de Portugal (art. 1º), Constitui- ção da Es- panha (art. 1º), Cons- tituição | | | | | | rilene Sil- veira Gui- marães, Napoleão Dagnese, Maria Be- renice Dias, José Afonso Da Silva, Ingo San- tel, Edil- son Pe- reira No- bre Jr., Roger Raupp Rios, Celso An- tonio Ban- deira De Mello, Guilherme Calmom Nogueira Da Gama, Euclides De Oli- veira, José Lamartine Corrêa De | | | | Morris, Roberto Graña, Osvaldo Pataro, Freud, Witelson, Pillard e Bailey, Kimura, Levay, Helmut Thielick, Jurandir Freire Costa, Wittgens- tein, Fou- cault, Ri- chard Rorty, Cao Fer- nando Abreu, Kant, Igreja ("Por uma nova or- dem cons- titucio- |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadu- ais? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadu- ais? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? | |
|----------|----------------------|---|------|----------------------------|--|---|---|--|---|---|----------------------------------|----------|
| TJRS | 700156741 95 | Não | | LINDB (art. 4º e 5º) | Não | Não | Não | Não | Não | Luiz Ed- son Fa- chin | | |
| TJRS | 700166603 83 | CR (art. 3º, I, IV, III, art. 5º, caput) | | CPC 126, Lei 9278 | Não | Não | APC 70001388 982, APC 70007243 140, APC 70006542 377, APC 70006844 153, EI 70011120 573 | Não | Não | Não | Alípio Sil- veira | Coviello |
| TJRS | 700170739 33 | Não | | Não | Não | Não | APC 70015169 626, EI 70011120 | Não | Não | Não | Não | |
| TJRS | 700162399 49 | Não | | Não | Não | Não | APC 70009550 070 | Não | Não | Não | Não | |
| TJRS | 700189718 04 | Não | | LINDB (art. 4º e 5º) | Não | Não | Não | Não | Não | Alípio Sil- veira | Coviello | |
| TJRS | 700210856 91 | Art. 3º, IV (promo- ção do | | CPC (art. 126), | Não | Não | APC 70005488 812 | Não | Não | Maria He- lena Di- miz, Roger Bobbio | Não | |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadu- ais? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais es- trangei- ros? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? |
|----------|----------------------|---|--|---------------------------|--|--|---|---|---|----------------------------------|
| TJRS | 700219085 87 | bem co- mum), 1º, III (digni- tade), | LINDB (art. 4º) | Não | Não | APC 70012836 755, AC 70005488 812, EJ 70003967 676 | Não | Não | Raupp Rios, José Carlos Teixeira Giorgis | Não |
| TJRS | 700216371 45 | Art. 3º, IV (promo- ção do bem co- mum), 1º, III (digni- tade), | CPC (art. 126), LINDB (art. 4º) | Não | Não | APC 70005488 812 | Não | Não | Maria He- lena Di- niz, Roger Raupp Rios, José Carlos Teixeira Giorgis | Não |
| TJRS | 700238124 23 | Art. 3º, IV (promo- ção do bem co- mum), 1º, III (digni- tade), | CPC (art. 126), LINDB (art. 4º) | Não | Não | APC 70005488 812 | Não | Não | Maria He- lena Di- niz, Roger Raupp Rios, José Carlos Teixeira Giorgis | Não |
| TJRS | 700245439 51 | | | Não | Não | | Não | Não | | Não |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadua- is? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais estadua- is? | Doutrina ou litera- tura juri- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? | |
|----------|----------------------|--|------------------|---------------------------|--|--|---|--|---|---|----------------------------------|-----|
| TJRS | 700248853 37 | Não | Não | Não | Não | APC 70018971 804 | Não | Não | Não | Não | Não | |
| TJRS | 700265846 98 | Não | CC, art. 1723 | Não | Não | APC 70018971 804, APC 70024543 951 | Não | STJ (RESP 820.475/R J, RESP 648.763/R S) | Não | Não | Não | |
| TJRS | 700288383 08 | Não | CC, art. 1723 | Não | Não | APC 70018971 804, APC 70024543 951 | Não | STJ (RESP 648.763/R S) | Não | Não | Não | |
| TJRS | 700305473 50 | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | |
| TJRS | 700308806 03 | Art. 3º, I (sociedade livre, justa e solidá- ria) e IV (promo- ção do bem de to- dos), art. 5º, "caput" (igual- dade) | Não | Não | Não | APC 59862665 5, APC 59311054 7, APC 70021637 145, APC 70013801 592, EI 70011120 573, EI 70003967 676 | Não | STJ (Resp 154857/D F - vedação à discriminação contra homossexuais; RESP 820475/R J - possibilidade de analogia à | Não | Não | Não | Não |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou si- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadua- is? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais superio- res? | união es- tável) | Doutrina ou litera- tura juri- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? |
|----------|----------------------|---|---|---------------------------|---|---|---|--|---|---|----------------------------------|
| TJRS | 700309750 98 | CR (art. 1.º, III; 2.º, 3.º, IV) | CC, art. 1514, 1521, 1523, 1534, 1535, 1565 | Não | Sim | Não | Não | Não | Não | Sim | Não |
| TJRS | 700330733 88 | Não | CC, art. 1723 | Não | Não | AI 70018988 402, AI 70020897 443 | Não | STJ (REsp nº 648.763/R S) | Não | Sílvio De Salvo Ve- nosa | Não |
| TJRS | 700316638 18 | Não | CC, art. 1723, 1726 | Não | Código Civil Frances (Art. 515- I, Pacte civil de solidarité) | Não | STJ (REsp 1026981/ RJ) | Não | Não | Não | Não |
| TJRS | 700358047 72 | Art. 3º, IV (promo- ção do bem co- mum), 1º, III (digni- dade), | CPC (art. 126), LINDB (art. 4º) | Não | APC 70005488 812 | Não | Não | Não | Maria He- lena Di- miz, Roger Raupp Rios, José Carlos Teixeira Giorgis | Kelsen, Bobbio | Não |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadua- is? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais jurí- dica es- tran- geira? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? |
|----------|----------------------|---|---|---------------------------|---|--|---|--|--|---|----------------------------------|
| TJRS | 700347509 01 | Não | LINDB (art. 4º e 5º) | Não | APC 70031663 818 | Não | Não | Não | Alípio Sil- veira | Coviello | Não |
| TJRS | 700365787 06 | Não | CC, art. 1723 | Não | AI 70018988 402, AI 70020897 443 | Não | STJ (REsp nº 648.763/R S) | Não | Silvio De Salvo Ve- nosa | Não | Não |
| TJRS | 700379171 84 | Não | LINDB (art. 4º e 5º) | Não | APC 70031663 818 | Não | Não | Não | Alípio Sil- veira | Coviello | Não |
| TJRS | 700393385 87 | Art. 3º, IV (promo- ção do bem co- mum), Iº, III (digni- tade), | CPC (art. 126), LINDB (art. 4º) | Não | APC 70005488 812 | Não | Não | Não | Maria He- lena Di- niz, Roger Raupp Rios, José Carlos Teixeira Giorgis | Kelsen, Bobbio | Não |
| TJSC | 2007.0329 92-5 | 226, § 3º (homem e mulher) | 9.278/96 (art. 1º); CC/2002(arts. 1.723) | Não | Ap. Cív. n. 2006.0165 97-1 | TJRI (Ap. Cív. 2007.001. 04634) | STJ (REsp 502995/R N) | Não | Mariana Ribeiro Santiago | Não | Não |
| TJSC | 2006.0464 80-0 | 226, caput e § 3º (ho- mem e mulher) | 9.278/96 (art. 1º); CC/2002(arts. 981, 1.723) | Não | AC n. 2006.0165 97-1, AC n. 2007.0242 39-3 | TJMG (1.0079.0 3.112280- 1/001); TJPE (82402-6); TJDFT | STJ (REsp n. 502.995/R N; REsp n.) | Não | José Se- bastião De Oliveira; Silvio De Salvo Ve- nosa; Ar- noldo | Não | Não |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infrale- gal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadua- is? | (EIC n.º 4332297) | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadua- is? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? | |
|----------|-----------------------------------|----------------------------------|--|---------------------------|--|---|---|--|--|---|---|---|----------------------------------|-----|
| TJSC | 2007.0362- 84-6 | 226, § 3º (homem e mulher) | 9.278/96 (art. 1º); CC/2002(arts. 981, 1.723) | Não | Não | AC n.º 2007.0329 92-5; AC n. | TJMG (1.0079.0 3.112280- 1/001); TJPE 97-1, AC n. | STJ (REsp n. 502.995/R N; RESP n.) | STJ (REsp n. 502.995/R N; RESP n.) | STJ (REsp n. 323.370/R S; RESP n. 148897/M G) | Wald; Freddie Di- dier Jr. | Não | Não | |
| TJSP | 9110304- 40.2005.8. 26.0000 | Não | Não | Não | Não | AC 179.594-4 | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não |
| TJSP | 9156172- 02.2009.8. 26.0000 | 226, § 3º (homem e mulher) | Não | Não | Não | AC 194.823- 4/2-00 | AC 10.673-6- TJPR | Não | Não | Não | Euclides De Oli- veira | Não | Não | Não |
| TJSP | 9094649- 23.2008.8. 26.0000 | Não | CC/2002(arts. 1.723) | Não | Não | AI 538.121- 4/5-00; | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não |
| TJSP | 0342262- 77.2009.8. 26.0000 | 226, § 3º (homem e mulher) | 9.278/96 (art. 1º); CC/2002(arts. 1.723) | Não | Não | AC 589.484- 4/9-00 | Não | STJ (REsp n. 502.995/R | Não | Não | Não | Não | Não | Não |

| Tribunal | Processo/ Recurso | Constitui- ção? | Lei? | Norma infra- legal? | Direito positivo estran- geiro? | Preceden- tes ou sú- mulas do próprio tribunal? | Preceden- tes ou sú- mulas de outros tribunais estadu- ais? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais superio- res? | Preceden- tes ou sú- mulas de tribunais estadu- ais? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica naci- onal? | Doutrina ou litera- tura jurí- dica es- tran- geira? | Litera- tura não jurídica? |
|----------|-----------------------------------|----------------------------------|-----------------------------|---------------------------|--|---|---|--|---|---|---|---|----------------------------------|
| TJSP | 0120213- 89.2010.8. 26.0000 | 226, § 3º (homem e mulher) | CC/2002(arts. 1.723) | Não | Não | AC 994.08.11 9317-0 | Não | STJ-RJ 332/113 | Não | Carlos Roberto Gonçalves | Não | Não | Não |
| TJSP | 0127501- 59.2008.8. 26.0000 | 226, § 3º (homem e mulher) | CC/2002(arts. 1.723) | Não | Não | AC 648.527- 4/5 | Não | STJ (REsp 502995/R N) | Não | Euclides De Oli- veira | Não | Não | Não |

APÊNDICE E – ANÁLISE DOS DADOS: FORMAS DE JUSTIFICAÇÃO

| Tribunal | Processo/Recurso | Brockardos? | Interpretação gramatical? | Interpretação histórica? | Interpretação sistemática? | Integração | Interpretação teleológica? | Metodologia pós-positivista? | Atividade criadora do intérprete? |
|----------|-------------------------------|-------------|---------------------------|--------------------------|----------------------------|------------|----------------------------|------------------------------|-----------------------------------|
| TJDFT | 20060111329716APC | Não | Sim | Não | Sim | Sim | Não | Não | Não discute |
| TJGO | 149310-5/188 | Não | Não | Não | Sim | Sim | Não | Não | Sim |
| TJMA | 20371/2008 | Não | Não | Não | Sim | Sim | Não | Não | Não discute |
| TJMG | 5371218-79.2004.8.13.0024 (1) | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |
| TJMG | 7640886-17.2007.8.13.0024 (1) | Não | Sim | Não | Sim | Sim | Não | Não | Rejeita |
| TJMG | 4845559-52.2009.8.13.0024 (1) | Não | Não | Não | Sim | Sim | Não | Não | Não discute |
| TJMG | 4111926-87.2007.8.13.0145 (1) | Não | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJMG | 4183289-37.2007.8.13.0145 (1) | Não | Sim | Não | Não | Sim | Não | Não | Não discute |
| TJMG | 2863677-95.2009.8.13.0023 (1) | Não | Não | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |
| TJMG | 7988434-62.2007.8.13.0024 (1) | Não | Não | Sim | Sim | Sim | Sim | Sim | Não discute |
| TJPR | 214205-8 | Não | Sim | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJPR | 175784-4 | Não | Sim | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJPR | 361703-4 | Não | Sim | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJR | 0006973-50.1992.8.19.0000 | Não | Sim | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJR | 0007340-64.1998.8.19.0000 | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |
| TJR | 0018495-25.2003.8.19.0021 | Não | Não | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |
| TJR | 0047628-75.2003.8.19.0001 | Não | Sim | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJR | 0006109-93.2003.8.19.0204 | Não | Não | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |
| TJR | 0008540-54.2004.8.19.0208 | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJR | 0117369-18.1997.8.19.0001 | Não | Não | Não | Sim | Não | Não | Sim | Sim |
| TJRS | 70005488812 | Não | Sim | Sim | Sim | Sim | Sim | Sim | Sim |
| TJRS | 70006542377 | Sim | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70007243140 | Não | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70006844153 | Não | Não | Não | Sim | Não | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70007336019 | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |
| TJRS | 70007911001 | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |
| TJRS | 70009791351 | Sim | Sim | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não discute |
| TJRS | 70009550070 | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Sim | Não discute |
| TJRS | 70009888017 | Sim | Sim | Não | Sim | Sim | Não | Não | Não discute |

| Tribu- nal | Processo/Recurso | Brocar- dos? | Inter- pretação gramati- cal? | Inter- pretação histó- rica? | Inter- pretação sistêmá- tica? | Integra- ção ção | Inter- pretation teleoló- gica? | Metodo- logia pós-posi- tivista? | Atividade cria- dora do intér- prete? |
|---------------|------------------|-----------------|--|---------------------------------------|---|------------------------|--|---|---|
| TJRS | 70011120573 | Não | Não | Não | Não | Sim | Sim | Sim | Não discute |
| TJRS | 70012836755 | Não | Não | Sim | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70015169626 | Não | Não | Não | Não | Sim | Sim | Não | Não discute |
| TJRS | 70015674195 | Sim | Sim | Não | Sim | Sim | Sim | Não | Não discute |
| TJRS | 70016660383 | Não | Não | Sim | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70017073933 | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJRS | 70016239949 | Não | Não | Não | Não | Sim | Não | Não | Não discute |
| TJRS | 70018971804 | Sim | Sim | Não | Sim | Sim | Sim | Não | Não discute |
| TJRS | 70021085691 | Sim | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70021908587 | Não | Não | Não | Sim | Sim | Não | Não | Não discute |
| TJRS | 70021637145 | Sim | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70023812423 | Sim | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70024543951 | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJRS | 70024885337 | Sim | Sim | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70026584698 | Sim | Sim | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70028838308 | Sim | Sim | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70030547350 | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJRS | 70030880603 | Não | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70030975098 | Sim | Sim | Não | Sim | Não | Sim | Não | Rejeita |
| TJRS | 70033073388 | Não | Não | Não | Sim | Não | Não | Não | Rejeita |
| TJRS | 70031663818 | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70035804772 | Sim | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJRS | 70034750901 | Sim | Sim | Não | Sim | Sim | Sim | Não | Não discute |
| TJRS | 70036578706 | Não | Não | Não | Sim | Não | Não | Não | Rejeita |
| TJRS | 70037917184 | Sim | Sim | Não | Sim | Sim | Não | Não | Não discute |
| TJRS | 70039338587 | Sim | Não | Não | Sim | Sim | Não | Sim | Não discute |
| TJSC | 2007.032992-5 | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |
| TJSC | 2006.046480-0 | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |
| TJSC | 2007.036284-6 | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não | Não discute |

| Tribunal | Processo/Recurso | Brocar-dos? | Interpretação gramatical? | Interpretação sistemática? | Integração | Interpretação teleológica? | Metodologia pós-positivista? | Atividade criadora do intérprete? |
|----------|---------------------------|-------------|---------------------------|----------------------------|------------|----------------------------|------------------------------|-----------------------------------|
| TJSP | 9110304-40.2005.8.26.0000 | Não | Não | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJSP | 9156172-02.2009.8.26.0000 | Não | Sim | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJSP | 9094649-23.2008.8.26.0000 | Não | Sim | Não | Não | Não | Não | Não discute |
| TJSP | 0342262-77.2009.8.26.0000 | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não discute |
| TJSP | 0120213-89.2010.8.26.0000 | Não | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não discute |
| TJSP | 0127501-59.2008.8.26.0000 | Sim | Sim | Não | Sim | Não | Não | Não discute |