

DIREITO, LITERATURA, RICHARD POSNER E O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAfetiva PELO STF¹

LAW, LITERATURE, RICHARD POSNER AND THE SUPREME COURT DECISION RECOGNIZING HOMOSEXUAL UNION

Camila Luce Madeira²

Juíza de Direito no Rio Grande do Sul

RESUMO: Este trabalho analisa a interseção entre o Direito e a Literatura, tema estudado em profundidade por Richard A. Posner. Tanto no Direito quanto na Literatura a linguagem não é apenas meio do saber, mas o próprio conteúdo. Por meio da retórica e do estilo ocorre a estruturação da argumentação, visando à persuasão e à receptividade. A partir de uma perspectiva literária do Direito, é feita análise de decisão recente do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconheceu a união homoafetiva, tema polêmico, na qual se verifica a presença de grande conteúdo retórico. A decisão tem como argumento retórico a redefinição de conceitos legais como o do termo família, em que pese a manutenção do mesmo grafismo. A citação de obras literárias é outro recurso utilizado no julgado como

meio de persuasão, visando a evocar a emoção e o sentimento presentes na literatura. Conclui-se pela presença, nas decisões judiciais, de conteúdos outros que a norma positivada, sendo que a Literatura contribui para a perspectiva de uma visão do Direito, de forma interdisciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; literatura; linguagem; retórica; união homoafetiva; família; discurso; interdisciplinariedade.

ABSTRACT: *This paper analyzes the intersection between Law and Literature, a subject studied deeply by Richard A. Posner. Both in Law and Literature the language is not only a mean to knowledge, but the content itself. Through rhetoric and style the organization of argumentation occurs, aiming persuasion and receptivity. From a*

¹ O presente artigo resulta de artigo produzido pela autora no Mestrado junto a Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

² Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestranda em Direito pela Unisinos.

literary perspective of Law, is done an analysis of the recent Supreme Court controversial decision accepting the homosexual union, in wich there is a great rhetorical content. The rethoric argument of the decision is the legal redefinition of the family concept, inspite of the same writing. The quotation of literary works is another feature used in the decision as a mean of persuasion in order to evoke emotion and feeling. The conclusion is that the judicial decisions have other contents besides the rules, and Literature contributes to a perspective interdisciplinary view of the Law.

KEYWORDS: *Law; literature; language; rethoric; homosexual union; family; discourse; interdisciplinarity.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito, literatura e interpretação; 2 As decisões judiciais como forma de literatura; 3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Law, Literature and Interpretation; 2 Judicial Decision as a Form of Literature; 3 The Direct Unconstitutionality Lawsuit nº 4.277/DF and the Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept nº 132/RJ; Final Remarks; References.*

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade globalizada, pós-moderna, o estudo da teoria da Direito não mais se preocupa com a construção de uma teoria pura do Direito³, dotada de objeto próprio, autônomo e com metodologia lógico-dedutiva. Seja por meio de teorias do pluralismo jurídico ou do pós-positivismo, claro resta que o Estado não é, e nunca foi, o único centro produtor de normatividade. Também não é a norma jurídica fonte suficiente para a aplicação do Direito em sua plenitude. O Direito passa a ser objeto de estudo a partir das decisões judiciais, já que é a aplicação do Direito ao caso concreto que garante a sua efetividade, suprimindo lacunas e ambiguidades dos textos legais⁴.

Na perspectiva de pluralismo e policontextualidade, passa a ocorrer o estudo do Direito aliado a outros ramos do saber, como sociologia,

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴ Sobre o direito na sociedade contemporânea ROCHA, Leonel Severo. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. Anuário 2008, nº 5. 1. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2009. p. 135 a 165.

economia, e até na perspectiva literária, feminista e comunitária, ainda que a interdisciplinaridade não elucide toda a estrutura lógica do Direito.

Richard A. Posner, Juiz do Tribunal de Apelações do Sétimo Circuito da Justiça Federal Norte-americana⁵, tem se dedicado ao estudo do Direito na perspectiva literária. Segundo o autor, a análise não sustenta o projeto de fazer do Direito um campo determinado e autônomo do pensamento e da ação social, sendo, por isso, desconcertante para os pensadores jurídicos convencionais⁶. Contudo, a literatura pode ajudar a resolver parte de problemas da filosofia do Direito, não somente permitindo a humanização do aplicador da lei⁷, mas auxiliando a interpretação da norma e a fundamentação das decisões judiciais.

O estudo do Direito vinculado à Literatura é cada vez mais frequente, o que ocorre sob diversos enfoques. São várias as áreas onde a Literatura, compreendida também as obras de teoria e crítica literárias, apresenta interseção com o Direito. A forma de interpretação das leis e da Constituição, aliada aos métodos interpretativos da Literatura, é estudo complexo que, em que pese evidenciar a inexistência de leis universais nas duas ciências, permite a análise do tema sobre novas perspectivas. Outra área que tem chamado grande atenção no estudo comparado de Direito e Literatura é a observação nas decisões judiciais de conteúdos tipicamente literários para a formação do convencimento.

Existe ainda a análise da forma de manifestação do Direito nas obras literárias, o que consiste no estudo de como elas transmitem conceitos de Direito

⁵ Richard A. Posner é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, formado em Letras por Yale em 1959 e em Direito por Harvard em 1962. Autor de muitos livros, entre os quais *Economic Analysis of Law* (8th ed., 2011), *The Economics of Justice* (1981), *Law and Literature* (3rd ed. 2009), *The Problems of Jurisprudence* (1990), *Cardozo: A Study in Reputation* (1990), *The Essential Holmes* (1992), *Sex and Reason* (1992), *Overcoming Law* (1995), *The Federal Courts: Challenge and Reform* (1996), *Law and Legal Theory in England and America* (1996), *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999), *Antitrust Law* (2nd ed. 2001), *Law, Pragmatism, and Democracy* (2003), *Catastrophe: Risk and Response* (2004), *Preventing Surprise Attacks: Intelligence Reform in the Wake of 9/11* (2005), *How Judges Think* (2008), *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression* (2009) e *The Crisis of Capitalist Democracy* (2010).

⁶ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 527.

⁷ "Les apports de la littératures aux juges doivent être recherché ailleurs que dans la morale et l'information qu'elle véhicule, plus précisément ils doivent être recherchés dans les valeurs du métier littéraires, notamment l'impartialité (Le détachement, l'empathie, l'équilibre, la perspective, une conscience compelpxe de l'existence possible d'autres perspectives que celle de 'auteur' des scrupules et un sens du concret. Ces valeurs, qui peuvente se résumer par les mots d'<intégrité esthétique>, affectent l'appréciation morale et esthétique des oeuvres littéraires." (POSNER, Richard A. *Droit et littérature*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 353)

e noções de equidade. Essa forma de estudar o Direito e a Literatura é uma das mais disseminadas, eis que alia as duas ciências, enriquecendo com conceitos jurídicos e análise da evolução histórica do Direito o estudo e a releitura de obras literárias. Aos que gostam de Literatura, é forma de enriquecer o estudo sobre obras já lidas, estimulando leituras de novos textos⁸. Permite a participação no debate de personagens estranhos ao Direito, mas que muito contribuem ao esclarecimento das metáforas relacionadas aos temas jurídicos, também permitindo análise do contexto histórico de clássicos da literatura, além de aspectos específicos sobre os escritores⁹.

O presente estudo tem como ênfase a análise do Direito como forma de literatura. Assim como as obras literárias, as normas são complexas e muitas vezes de difícil interpretação, gerando estudos com pretensão de explicá-las e interpretá-las. Já as decisões judiciais são a expressão, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas em casos concretos e, na confecção do julgamento, por meio da linguagem, são utilizados elementos comuns entre Direito e Literatura. Na descrição e análise fática jurídica do caso objeto de julgamento existe narrativa, interpretação e fundamentação como forma de formulação da argumentação jurídica, com utilização de raciocínio persuasivo amparado em verossimilhança. No caso do Direito, exige-se do juiz esforço de boa-fé não apenas para concretizar os desejos do emissor da norma ou adaptá-la à dinâmica do tempo, espaço e cultura, mas, ainda, na aplicação do Direito ao caso concreto com preocupação voltada a critérios como uniformidade, previsibilidade, consequências sociais, políticas e econômicas.

⁸ Na obra *Direito e literatura*, Posner analisa a concepção de Direito em vários clássicos da literatura escritos por Shakespeare, Marlowe, Kafka, Dickens, entre outros. POSNER, Richard A. *Droit et littérature*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

⁹ Ainda sobre o estudo, o Programa Direito & Literatura realizado pela TVE, patrocinado pela Unisinos, parceria da TV Justiça, produzido por André Karam Trindade, apresentado pelo Professor Dr. Lenio Luiz Streck, promovido desde 2006, junto à linha de pesquisa Direito & Literatura, levada a cabo pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica, objetiva, fundamentalmente, estudar as interfaces existentes entre as duas áreas, na mesma linha de tendências interdisciplinares norte-americana - na qual se destaca a investigação do Direito como Literatura - e também europeia, voltada predominantemente às análises do Direito na Literatura, possibilitando, assim, a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas científicas. No programa já foram analisadas obras de Victor Hugo, Fiódor Dostoiévski, Franz Kafka, William Shakespeare, Umberto Eco, Eça de Queiroz, George Orwell, José Saramago, João Cabral de Melo Neto, Machado de Assis, Érico Veríssimo, Jorge Amado, Chico Buarque, entre inúmeras outras. Disponível em: <<http://www.unisinos.br/direitoeliteratura/>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

Analisar a perspectiva literária do Direito, e após confrontá-la a partir de decisão recente do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união homoafetiva, é desafio que instiga o estudo do tema. Conforme Posner, é em temas polêmicos, como ações afirmativas, aborto, pena de morte, discriminação sexual e homossexualidade, ou seja, onde não existe consenso político e ético, que elementos literários como a retórica mais se manifestam nas decisões judiciais. Nesses casos, a análise jurídica não se submete a métodos convencionais, sendo que argumentos outros permeiam as decisões judiciais. Acrescenta:

A mudança em direito – sobretudo quando extensa e rápida – é quase sempre consequência não de argumentos dirigidos ao intelecto racional, mas de impulsos retóricos (argumentação “quente”, dirigida mais à emoção e à empatia do que ao intelecto) que podem deflagrar uma “conversão” ou mudança gestáltica.¹⁰

1 DIREITO, LITERATURA E INTERPRETAÇÃO

Para Posner, o estudo do método interpretativo na Literatura e no Direito, especialmente no que tange às normas, é um dos campos menos férteis de análise do Direito e da Literatura. Acrescenta o autor que inexistem, tanto no Direito como na Literatura, leis universais de interpretação dos textos que mostrem caminho único a seguir.

Mas a importância e riqueza do estudo dos métodos interpretativos na comparação entre Direito e Literatura é bem maior do que sustenta Posner. A linguagem do Direito e a linguagem da Literatura possuem aspectos comuns, podendo-se dizer que constituem as respectivas ciências. Ao tratar de estilo e meios de persuasão nas decisões judiciais, Posner compara a linguagem de Homero e de Newton, sustentando que, em que pese ter o último vivido bem mais tempo que o primeiro, somente a linguagem de Homero sobreviveu no tempo¹¹. Enquanto em Homero a linguagem de seus textos é inseparável de seus escritos, da ciência de Newton restaram as suas descobertas e teorias em si, e não a linguagem utilizada para expressá-las. Verifica-se no esclarecedor exemplo que, no Direito e na Literatura, a linguagem não é somente meio, mas fim, sendo indissociável de seu conteúdo. Se a linguagem é tão importante nos dois ramos

¹⁰ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 529.

¹¹ POSNER, Richard A. *Droit et littérature*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 318.

de saber aqui tratados, também os métodos de interpretação de ambos ganha relevância.

O crescente estudo da linguagem jurídica por cientistas não vinculados ao Direito demonstra que a matéria ainda renderá muito assunto e certamente também envolverá a análise da interpretação do discurso¹².

Deve-se reconhecer, contudo, que tanto no Direito como na Literatura inexistente padrão interpretativo, sendo a margem de liberdade na interpretação literária bem maior do que a na jurídica. Com efeito, na literatura a interpretação é a mais ampla possível, desvinculada de padrões éticos, morais, sociais, políticos, culturais e ideológicos e até em relação ao propósito do próprio escritor. Não são raras as vezes que na teoria e crítica literária são suscitados aspectos de obras literárias, a despeito de identificação e concordância do próprio autor do texto, o que não significa que ausente sentido na análise. Não se nega que na literatura exista manifestação consciente e inconsciente do autor de obra literária, além de influência voluntária ou não de aspectos pessoais do autor (psicológicos, ideológicos, decorrentes do contexto familiar, social e histórico em que viveu). Posto o texto literário, passa a existir uma desvinculação entre a obra e o próprio autor e os seus propósitos, o que também ocorre na norma jurídica e decisões judiciais.

Analisando especificamente a interpretação da norma jurídica, resta evidente que, ao contrário da literatura, existe maior restrição ao processo de interpretação, que passa pelo estudo da exata significação do texto jurídico e

¹² Analisando *O direito e sua linguagem*, sustenta Luis Alberto Warat: “Pode-se dizer que a semiologia dominante tem dificuldades em mudar de terreno teórico, para levar em consideração as dimensões políticas do componente extralinguístico do discurso. Daí, a necessidade de buscar novas problemáticas no interior de um objeto totalmente diferente, enfatizando o complexo de mediações que faz ao discurso um comportamento político, uma instância do poder. Assim, existe uma história político-instrucional dos discursos que as pesquisas semiológicas ainda tematizam tangencialmente. Por esta razão, é conveniente pensar em um novo programa semiológico, cuja chave analítica fundamenta-se na ideia de que a mutação das significações depende, em alto grau, das práticas políticas. Propomos chamar esta nova proposta de trabalho de semiologia política ou semiologia do poder. Numerosos estudos semiológicos postulam a necessidade de escapar de uma perspectiva linguística da semiologia, tentando construir uma teoria da articulação com os componentes extralinguísticos dos discursos e procurando avançar na compreensão das relações do discurso com o social. Nota-se, no entanto, que estas pesquisas movimentam-se em universos paralelos, que não conseguem extrapolar o nível das semelhanças e diferenças. Desta forma, observa-se a falta de uma reflexão sobre a relação discurso/prática política. Ou seja, necessita-se preencher um grande vazio epistemológico, que apenas pode ser satisfeito mediante a produção de categorias específicas” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 83 e 84).

do propósito do legislador. Pode-se afirmar que a apuração do propósito do legislador é tarefa cada vez mais difícil ao aplicador do Direito ante o complexo processo de elaboração, votação e aprovação dos textos legais. No processo legislativo são inúmeras as negociações entre grupos de interesse, sendo que a aprovação de uma lei pode depender de interferências bem diversas do propósito de criação do texto legal, envolvendo temas completamente distintos¹³. Ainda, não raro observa-se que as negociações em torno da aprovação de uma lei geram a supressão de partes do projeto original, dificultando a compreensão do texto legal como um todo. Além disso, quanto maior o tempo de vigência da norma, maior a desvinculação com o propósito de sua criação, muitas vezes transmudando os seus conceitos quando da interpretação para adaptação no curso do tempo.

Como já referido, no Direito os métodos de interpretação são bem mais rígidos, o que não significa que menos importantes. Na teoria pura do Direito, Kelsen reserva apenas o último capítulo de sua obra para a análise do tema da interpretação das normas, o que se explica ante a sua teoria dedutiva, baseada na subsunção do fato à norma legal e compreendido um sistema de leis único, estatal, hierarquizado e sem maior complexidade. Na atualidade, considerando-se em especial o sistema da *common law*, entende-se que se deve aplicar o direito a partir da análise empírica das decisões judiciais, o que também se aplica no caso de lacunas e ambiguidades da lei na *civil law*. Seria o denominado método indutivo, voltado para a observação das decisões judiciais. Conforme ensina Leonel Severo Rocha, na realidade, o método jurídico passa a confundir o

¹³ “Um acordo legislativo pode ser simplesmente uma transferência de riquezas para um grupo de interesses, e pode ser impossível descobrir, através dos métodos disponíveis aos juízes, se a transferência parece incompleta porque era só até esse ponto que chegava o acordo, ou porque os legisladores simplesmente foram incapazes, por falta de presciência, para preparar-se para a contingência surgida. Não parece que toda legislação seja desse tipo, mas para os tribunais é extremamente difícil determinar se estão lidando com um acordo inescrupuloso, cujo espírito não se presta a orientar a interpretação, ou com uma lei que foi aprovada tendo em vista o interesse público, e que deve receber uma interpretação generosa e finalística ou, por último, com uma lei que foi aprovada em nome do interesse público, mas contém limitações introduzidas por pressão de poderosos grupos de interesses – limitações que foram o preço a pagar pela aprovação da lei”. Acrescenta ainda o autor, citando referência em julgado da Suprema Corte no caso *Rodriguez versus United States*, 480 United States Reports 522 (1987): “Nenhuma legislação persegue seus objetivos a todo custo. Decidir quais valores antagônicos vão ser ou não sacrificados em nome da conquista de um objetivo específico é da essência mesma da escolha legislativa – e a intenção legislativa se vê frustrada, e não levada a cabo, quando se pressupõe, de modo simplista, que tudo quanto incrementa o objetivo fundamental da lei deve constituir o direito” (POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 373).

dedutivo com o indutivo, existindo verdadeira dialética do bom-senso, estando-se distante da verdade¹⁴.

Analisando os mitos e as teorias da interpretação da lei, Luis Alberto Warat sustenta que, a despeito de o Direito possuir distintos métodos interpretativos para representar fórmulas de significação, podem os métodos ser utilizados indiscriminadamente, possibilitando, inclusive, a combinação de fórmulas hermenêuticas incompatíveis¹⁵. Contudo, serve a metodologia como meio de mitificar a crença em decisão jurídica empírica e racional, construindo uma verdade inquestionável e formando ideia como fundamento de realidade. Acrescenta ainda o autor:

Pode-se, afinal, examinar a questão das funções dos métodos interpretativos deste outro ângulo, isto é, através de um conjunto de crenças configuradoras de uma ideologia específica para o direito. É mediante as grandes correntes do pensamento jurídico e dos métodos interpretativos que se consegue a articulação de todas estas crenças. Por exemplo, no caso das fórmulas interpretativas a exegese reafirma a ideia da legislação racional, o método dogmático gera a suposição de um ordenamento coerente e auto-suficiente; o método teleológico reitera a crença numa ordem protetora e não discriminatória em relação aos súditos, o positivismo sociológico consolida o dogma de que o julgador busca a verdade dos fatos provados e assim por diante. Todos em seu conjunto consolidam a crença de que o julgador, graças aos métodos interpretativos, é neutro e imparcial. Chegamos, aqui, ao ponto chave onde se vê que a função dominante dos métodos interpretativos é a de brindar garantia absoluta contra a arbitrariedade, anseio este que oculta uma maior busca de garantia contra as mutações ideológicas da própria ideologia dominante.¹⁶

¹⁴ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33.

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1979. p. 67 e 68.

¹⁶ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1979. p. 69.

É crescente a preocupação com a discricionariedade do aplicador da lei nos julgamentos tanto por parte de operadores do Direito provenientes de países da *common law*, com do sistema da *civil law*. Com efeito, mesmo em sistemas com tradição do Direito europeu tem-se ampliado o interesse sobre a maneira de pensar e aplicar o Direito, o que se deve não somente às lacunas e às ambiguidades na lei, mas ainda ao incremento do número de textos legais criados em decorrência da complexidade social. É circunstância cada vez mais corrente a incidência de inúmeras normas primárias sobre um mesmo fato jurídico, defendendo-se um verdadeiro diálogo entre normas. Também começam a existir regramentos diversos dos estatais, como os decorrentes de tratados e convenções internacionais, bem como outras fontes de Direito. Cada vez se torna mais necessária a habilidade dos juízes na aplicação da lei, existindo dúvida sobre a possibilidade de decisões judiciais determinadas, objetivas e impessoais.

No caso do Brasil, as decisões divergentes sobre as mesmas questões de fato tem ensejado feroz crítica de insegurança jurídica. Ao mesmo tempo, surgem alegações de que os mecanismos jurídicos impostos para maior uniformização das decisões implicam em cerceamento de acesso aos diversos graus de jurisdição, restrição da autonomia do juiz, além de engessamento do Direito. Paradoxalmente, ainda existem os que alegam risco de ideologização das decisões, o que, de certa, forma pretendia-se justamente evitar.

2 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO FORMA DE LITERATURA

As decisões judiciais apresentam caráter retórico que muito lembra o da literatura. Retórica e estilos têm sentido aproximado, considerando que tratam de uso eloquente e eficaz da linguagem. Em que pese sem maior importância quando utilizados para a descrição e a transmissão de outros conhecimentos científicos, a retórica e o estilo, tanto na Literatura como no Direito, visam mais do que a mera apreciação do texto, mas ao verdadeiro conhecimento. E não há falar em transmissão só de emoção, ocorrendo, ainda, a transmissão de conhecimento, tanto no Direito como na Literatura.

Tratando sobre retórica nas decisões judiciais, Posner cita um dos mais famosos e mais influentes votos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o voto vencido de Oliver Wendell Holmes no caso *Lochner* contra Nova Iorque¹⁷. O voto data de 1905, tem apenas três parágrafos e até hoje é

¹⁷ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 529.

citado nos EUA. Tratava do julgamento reconhecendo, por maioria dos votos, a inconstitucionalidade de lei do Estado de Nova Iorque, limitando o número de horas de trabalho por empregados das padarias, sendo considerada a regulamentação um atentado à liberdade contratual ante a cláusula do devido processo legal, prevista na décima quarta emenda¹⁸. Utilizando-se de elementos literários, como metáforas e metonímias, o voto de Holmes é exemplo de discurso retórico, tendo contribuído para a alteração da jurisprudência e se tornado símbolo de oposição à filosofia judiciária expressa pela opinião da maioria.

Analisando o voto em toda a sua extensão, Posner refere que Holmes sugere que existem decisões judiciais baseadas em preferências políticas pessoais dos julgadores, e não em princípios jurídicos que lhe são impostos, ideia também trabalhada no movimento do realismo jurídico¹⁹. Nesse sentido a segunda frase do voto minoritário, referindo que o caso estava sendo decidido “*upon an economic theory which a large part of the country does not entertain*”. Acrescenta ainda Holmes, mais adiante, após citar julgamentos anteriores contrários à tese da inconstitucionalidade: “*Some of these laws embody convictions or prejudices which judges are likely to share. Some may not. But a constitution is not intended to embody a particular economic theory*”²⁰.

É também corrente nas decisões judiciais a utilização de eufemismos, o que demonstra que a linguagem jurídica evita o concreto. Comentando sobre o tema, Posner inclusive faz advertência quanto ao perigo de os juízes perderem de vista as consequências de suas decisões, imaginando-se em um reino puramente conceitual²¹.

O estudo específico da retórica em decisões judiciais e em obras literárias não é capaz de fornecer verdadeira fórmula de argumentação e fundamentação jurídica. Contudo, é inegável que a retórica é parte importante das decisões judiciais, consolidando a estruturação da argumentação, visando à persuasão e receptividade como realidade²².

¹⁸ *Lochner vs. New York*, 198, U.S. 45 (1905).

¹⁹ POSNER, Richard A. *Droit et littérature*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 333.

²⁰ “Algumas destas leis encarnam convicções ou preconceitos que os juízes normalmente compartilham. Algumas podem não encarnar. Mas uma Constituição não se destina a incorporar uma teoria econômica em particular.”

²¹ POSNER, Richard A. *Droit et littérature*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 360.

²² Sustenta Warat: “Examinando este obstáculo inicial e concentrando-nos no exame da ideologia proporemos uma reformulação dos critérios explicativos para os processos argumentativos. Existe, pelo menos, a necessidade de redefinir persuasão. Ela não pode mais ser vista como o processo que

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.277/DF E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132/RJ

Em julgamento conjunto realizado em 05.05.2011, na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132²³, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, julgou procedentes ações que visavam ao reconhecimento da união homoafetiva, atribuindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante ao julgamento e autorizando os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão.

Visava à arguição de descumprimento de preceito fundamental interposta pela Procuradora-Geral da República, posteriormente convertida na Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 4.277 em relação ao pedido residual, à declaração pelo Supremo Tribunal Federal da obrigatoriedade do reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição de união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis sejam estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo²⁴. De acordo com os fundamentos da inicial, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica tornam obrigatório o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Todavia, a ausência de regulamentação compromete a possibilidade de exercício de direitos fundamentais pelos homossexuais tanto no âmbito patrimonial quanto extrapatrimonial, implicando ainda menosprezo à própria identidade

busca a produção da relação de verossimilhança. Antes se deve pensá-la como o processo que gera um efeito de realidade crível. Habitualmente se costuma afirmar que essa relação de verossimilhança é obtida desde pontos de vista intuitivamente aceitos que por esta via tornam-se psicologicamente persuasivos. Mas isto só pode acontecer porque as relações sociais produzem as ideias, ilusões e representações que regulam os critérios de intuição. A receptividade da intuição encontra-se socialmente determinada. Nenhum argumento torna-se psicologicamente persuasivo enquanto não se mostra adequado à intuição dominante" (WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1979. p. 119).

²³ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, Procuradora-Geral da República, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília/DF, 5 de maio de 2011; Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Governador do Estado do Rio de Janeiro, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília/DF, 5 de maio de 2011.

²⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

e dignidade. Acrescenta que em Estado Democrático de Direito a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar a mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se trata de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas, sendo função básica do constitucionalismo a proteção das minorias diante do arbítrio e do descaso da maioria.

Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, interposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, tem como objeto a interpretação conforme a constituição do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), objetivando o deferimento dos benefícios previstos na normativa às uniões homoafetivas estáveis, com declaração de que as decisões judiciais que negam a equiparação violam preceitos fundamentais²⁵. O pedido foi fundamentado com base no princípio da igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica, com aplicação analógica do art. 1.723 do Código Civil.

Em que pese a decisão unânime do STF no julgamento reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil para, em uma interpretação conforme a constituição, abranger também a união homoafetiva, o tema é polêmico e sofre resistência em diversos segmentos sociais. Conforme consta na inicial da ação interposta pela Procuradora-Geral da República, inexistem dados estatísticos incontroversos no sentido de que a maioria da sociedade brasileira é contrária ao reconhecimento dos relacionamentos homossexuais no País; por outro lado, a liberalização progressiva da visão social sobre o tema vem se manifestando por meio das denominadas paradas gays, na atualidade uma das manifestações públicas que mais reúne pessoas em diversas capitais do País²⁶.

Iniciando a análise do julgamento pelo voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, verifica-se que elaborou toda a sua decisão a partir da conceituação de família e a sua transformação no decorrer do tempo. A análise vai além do conceito jurídico de família, referindo expressamente que família é fato cultural, espiritual e biológico, que cada vez mais cede ao afetivo. O Relator refere ainda sobre o conceito “continente” de família, não se exaurindo em seus conteúdos quando dispõem sobre casamento civil ou união estável entre homem e mulher,

²⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

²⁶ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 17 jul. 2011, p. 18 e 19.

ou seja, existem outras uniões como a homoafetiva, que também se enquadram no conceito. Importante transcrever trechos do voto:

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito, em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo um aparelho, *uma entidade*, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se de uma convivência empiricamente instaurada, por iniciativa de pessoas que se vêm tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendia no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão deste estado personalizado de coisas a outros membros deste mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consanguíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. *Até porque este núcleo familiar é o locus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo "inviolável do indivíduo", consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional.* O que responde pela transformação de anônimas casas em personalísimos lares, sem o que não se tem o igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividade humanas ou apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais

dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradoras, afetivas, solidária ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. *O que a credencia como base da sociedade, pois também ela a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”).* Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrante humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunhão portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social*, o *cadinho* em que se tempera o próprio caráter de seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, do sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spinozista de que, “nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender”.

Ora bem, é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição. Onde

a sua literal categorização como “base da sociedade”. E assim normada como figura central ou verdadeiro *continente* para tudo mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o Capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que tem por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imerso no *continente* (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.²⁷

Mais do que evidenciado no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, a busca de conceituação do termo família além dos estritos limites do Direito. Uma vez que a união homoafetiva não vem reconhecida expressamente na Constituição Federal, inexistindo lei ordinária no País, anterior ou posterior à Carta Magna, tratando sobre o tema de forma ampla, a elaboração do voto passa pela conceituação atual de família, entidade várias vezes citada na Constituição Federal de 1988. A decisão, por meio de definição persuasiva, realiza processo redefinitório do conceito de família, referindo sobre a alteração dos critérios de definição, com ênfase no critério de relevância da afetividade na atualidade.

Warat, ao tratar sobre a redefinição das palavras da lei como recurso interpretativo, refere que a atividade judicial está vinculada a processos de definição. Acrescenta ainda que “o juiz quando tem que alterar os costumes significativos o faz através da redefinição das palavras da lei”²⁸. Tal processo redefinitório pode ser explícito ou encoberto e atende a razões circunstanciais e ideológicas, transmudando o significado das palavras da lei, mantendo, todavia, inalterados os seus grafismos ou significantes²⁹. A produção de nova definição dentro do discurso judicial passa pela modificação de critérios de relevância, o que passa por um juízo de valor ideológico.

²⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em: 29 abr. 2012, p. 21 a 23 do voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

²⁸ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1979. p. 91.

²⁹ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1979. p. 91 a 95.

E a alteração da significação da palavra família a partir da nova constituição e mediante o contexto social e cultural diverso, onde a união homoafetiva é cada vez mais fato da realidade, vem ainda explicitada nos votos dos Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, quando lembram que, de acordo com o Código Civil de 1916, a família decorria somente do casamento civil, sendo patriarcal. Com a Constituição de 1988, restou estendido o conceito de família às uniões estáveis, que anteriormente também não vinham abrangidas no conceito jurídico de família, o que gerava insegurança jurídica ante o crescente número dessas uniões no meio social.

O julgado é claro ao referir que, na atualidade, deve o termo família abranger novas formas de união. O caso evidencia o quanto o discurso e a argumentação jurídica diferem no curso do tempo, alterando completamente a definição de uma mesma palavra ou frase constante em texto legal³⁰.

Mas se a Constituição de 1988 embasa o julgamento do Supremo Tribunal Federal defendendo a alteração do conceito de família, Posner, ao estudar o Direito norte-americano, trata longamente de alterações de definição jurídicas pela Suprema Corte, sob a vigência da mesma norma constitucional. Em longo estudo de casos, o jurista compara as decisões da Suprema Corte prolatadas nos casos *Plessy contra Ferguson*, julgado em 1896, e *Brown contra Board*, julgado em 1954. Ambos os julgamentos trataram de segregação racial nas escolas públicas e foram analisados pela Suprema Corte a partir da Décima Quarta Emenda, que prevê a igualdade perante a lei. No primeiro julgamento, a Corte decidiu pela constitucionalidade da segregação racial em instalações públicas, sustentando que a norma não tinha como propósito instaurar a igualdade verdadeira entre brancos e negros, mas sim dar aos negros certos direitos políticos fundamentais. Já cinquenta e oito anos após, o precedente foi alterado, decidindo a Suprema Corte pela inconstitucionalidade da prática de segregação nas escolas públicas do País. Para Posner, a vagueza do texto legal permitiu a alteração da interpretação

³⁰ Sobre a alteração de significados das palavras em dado momento histórico no estudo do discurso sustenta Warat: “O primeiro passo desta caminhada epistemológica constitui-se no fato de pensar os discursos no interior de uma teoria crítica da sociedade. É precisamente a partir desta inclusão que se pode refletir sobre as condições de possibilidade dos discursos, ou seja, as condições que permitem que, em um dado momento histórico, as palavras tenham uma determinada significação e não outra. Como assinala Foucault, estas condições de possibilidade estão inscritas nos próprios discursos, forçando-os a enunciar certas coisas, indicando os objetos sobre os quais se pode falar. Foucault fala de formações discursivas, unidade teórica construída pela proposta de interdependência dos discursos e de suas condições de produção” (WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1979. p. 84).

da mesma norma à luz de meio século de transformação social e política, não tendo ocorrido aprimoramento da interpretação sobre os termos legais previstos na constituição americana, mas mudança ética e política no País a ensejar a nova interpretação³¹.

As justificativas para a alteração do posicionamento da Suprema Corte norte-americana em relação à segregação racial nas escolas, citadas por meio de argumentos como objetivar a melhora das condições dos negros, a adoção do princípio da igualdade racial, aumentar da consciência pública sobre o tema, promover a paz social, reduzir o constrangimento para fins de política externa norte-americana, atribuir novo papel à Suprema Corte, não têm suporte jurídico técnico para Posner, não sendo passível de consideração em análises formalistas³².

Voltando ao julgado brasileiro ora analisado, verifica-se que vem recheado de argumentos muito semelhantes aos antes citados por Posner, observadas as especificidades das minorias protegidas nas decisões norte-americanas (negros) e na brasileira (homossexuais). No julgamento do STF, é tratado de forma expressa sobre a função da Corte de, eventualmente, regular situações jurídicas ante a inexistência de lei regulatória, como se legislador positivo fosse. Especificamente em relação aos direitos dos pares homoafetivos, afirma o julgado que, tratando de direitos fundamentais, mais do que justificada a postura do STF.

Persistindo na comparação entre o julgamento de 1954 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o de 2011 pelo STF, resta constatado que em ambos existia inviabilidade de ação legislativa no assunto. E a crítica à ausência de regulamentação legal sobre a matéria (direitos decorrentes de relações homoafetivas) pelo Congresso Nacional é muito grande no julgamento da ADIn 4.277 e da ADPF 132. Citada a omissão legislativa em vários dos votos dos Ministros, a questão é objeto de longa análise no voto do Ministro Celso de Mello, sendo que já na inicial da ADIn 4.277 é referido que a pressão contrária ao propósito da ação por parte de grupos religiosos atenta contra a laicidade do estado.

Se não bastasse a análise de elementos como interpretação, estilo e retórica na decisão do STF, elementos estes presentes nos textos literários, observa-se ainda no julgamento elementos ainda mais evidentes a demonstrar a interface

³¹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 405 a 515.

³² POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 408.

entre a Literatura e o Direito. Ao contrário de julgamentos mais técnicos, a controvérsia sobre o tema focalizado no julgamento da ADIn 4.277 e da ADPF 132 levou vários Ministros a evocarem em seus votos inúmeros trechos de obras literárias. Nesse sentido as referências aos seguintes trechos de obras literárias:

“A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos, assim conclui sua lúcida mensagem: “O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ [...] Senão a gente corre o risco de nos tornar uma pessoa mais ou menos”. Poema alegadamente psicografado pelo médium brasileiro Chico Xavier, citado pelo Ministro Carlos Ayres Britto no curso de seu voto, as referir-se especificamente sobre isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos, que, de acordo com o voto, “somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independentemente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade, durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade mais ou menos”.³³

É hora da travessia, e se nós não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para a eternidade, à margem de nós mesmos. Fernando Pessoa, citado pelo Ministro Luiz Fux ao falar que a sociedade, o Direito e a Suprema Corte evoluem. No voto refere o Ministro sobre momento de “ousadia judicial” e “travessia”, travessia que o

³³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em: 29 abr. 2012, p. 25 e 26 do voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

legislador, talvez, não quis fazer, mas que o Supremo está disposto a fazer. “Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação porque eles querem erigir um projeto de vida. Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida [...] nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade”.³⁴

“Enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo... o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo o tempo, são as horas de todos... amor desse, cresce primeiro; brota é depois... a vida não é entendível”, Guimarães Rosa em *Grandes Sertão: Veredas*, em passagem que Robaldo encontra Diadorim, quando ele ainda não sabe que é Diadorim, citado pela Ministra Carmem Lúcia no curso de seu voto, referindo que a passagem talvez explicasse melhor tudo o que foi dito no julgamento. E acrescenta a Ministra: “É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida que existe para o Direito”.³⁵

A utilização de trechos literários em decisões judiciais não é inovação, sendo amplamente utilizada em julgamentos de temas polêmicos e não restritos à análise formalista. Com efeito, dificilmente se vê a citação de trechos de obras literárias em julgamentos eminentemente técnicos, como, por exemplo, envolvendo questões tributárias. Mais uma vez resta reforçado o ponto de vista de Posner ao invocar a maior utilização de retórica, no sentido de argumentação

³⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em: 29 abr. 2012, p. 10 e 11 do aditamento ao voto do Ministro Luiz Fux.

³⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538528#39%20-%20AC%D3RD%C3O>>. Acesso em: 29 abr. 2012, p. 3 do voto da Ministra Carmem Lúcia.

“quente”, em temas polêmicos, onde não existe consenso ou mesmo possibilidade de julgamento estritamente técnico jurídico.

Ao citarem trechos de obras literárias, os Ministros do STF não disfarçam a intenção de trazer ao julgamento a parte da literatura que provoca e evoca emoção e sentimento, presentes na obra literária e que não são suscetíveis de transmissão por meio de outro recurso de linguagem, sob pena de perda da força retórica e estilo. É usual a referência literária citada ao final do voto, como último argumento retórico de convencimento, procurando fazer gravar no destinatário do voto, receptor, o último argumento, emotivo, que acaba se sobrepondo aos demais constantes no decorrer da manifestação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as observações sobre o julgamento, volta-se ao ponto inicial do trabalho analisando-se a interpretação segundo Kelsen³⁶. Mesmo após desenvolver toda a teoria pura do Direito, Kelsen não sustenta que a interpretação seria procedimento fácil. Segundo o autor, os métodos de interpretação conduzem sempre a um resultado possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Para Kelsen, a interpretação única e correta é uma ficção que serve à jurisprudência tradicional para consolidar uma ideia de segurança jurídica³⁷.

Kelsen distingue entre a interpretação jurídico-científica e a efetivada por um órgão aplicador do Direito, sustentando que, enquanto a primeira propõe uma interpretação possível da norma, a segunda produz norma de escalão inferior, criando o direito no caso concreto. Analisando especificamente a lei e a decisão judicial, denominadas por norma de escalão superior e inferior, refere que a determinação nunca é completa, sempre deixando margem à livre

³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 387 a 397.

³⁷ Neste sentido o seguinte trecho ainda da obra: “A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função – e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a vontade, e como se, através da pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 391).

apreciação, o que decorre até da pluralidade da significação de palavras ou da sequência de palavras presente na norma. Utilizando-se de metáfora, refere que a norma serve como moldura de um quadro, sendo livre a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada. Concretiza-se a norma de escalão inferior segundo a livre apreciação do órgão aplicador do Direito. E, a despeito de toda a teoria pura do Direito, Kelsen, ao tratar no último capítulo de sua obra sobre a interpretação, defende que a tela em si não é só composta de elementos normativos positivados, trazendo para o quadro, para a decisão judicial, elementos não positivados como moral e justiça.

Partindo da decisão judicial, pode-se afirmar que entre a moldura e a tela da obra há mais coisas do que nossa vã filosofia supõe. Analisando especificamente a tela – e não a moldura – encontramos muita literatura na obra, literatura esta que não tem por propósito esclarecer todo o conteúdo retratado na pintura, mas visa a provocar um olhar diferente do quadro, trazendo novas perspectivas de análise do conteúdo e forma da decisão judicial e do próprio direito a partir da interdisciplinaridade.

REFERÊNCIAS

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 427 p.
- POSNER, Richard A. *Droit et littérature*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. 464 p.
- _____. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 647 p.
- ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. Anuário 2008, nº 5. 1. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2009.
- WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1979. 159 p.
- _____. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. 120 p.

