

O reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais*

David Wilson de Abreu Pardo**

Introdução

O texto da Constituição brasileira de 1988 registra que “os direitos expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º). Esse dispositivo é geralmente denominado de cláusula de abertura constitucional a novos direitos e *prima facie* sugere que os direitos fundamentais não se exauram nas posições jurídicas reconhecidas no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão. O que quer dizer que a leitura verdadeiramente correta dos direitos é aquela que pode resultar no incremento contínuo das prerrogativas jurídicas fundamentais.

Essa idéia encontra eco em questões altamente polêmicas do direito constitucional atual. Considere o caso do direito à união civil, exigido pelos homossexuais com base em argumentos de direitos fundamentais. Não só estão a exigir o tratamento igual dispensado pelo Estado aos grupos familiares heterossexuais, como o Judiciário brasileiro vem reconhecendo a validade de um direito dessa natureza, para o fim de garantir-lhes a proteção do direito previdenciário e do direito de sucessão, dentre outros. Considere também o caso do direito de interromper a gestação de feto anencefálico, reconhecido por um Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro como um direito constitucional.

Diante disso, necessário o tratamento adequado da problemática sugerida pela cláusula de abertura constitucional, bem como pelos casos reais em que se estabelece uma disputa pelo reconhecimento de novas posições jurídicas fundamentais. O problema central é saber como podem ser corretamente reconhecidos, do ponto de vista constitucional, outros direitos fundamentais, mais além daqueles sobre os quais já não há mais controvérsia. Se surgem situações novas nas quais passam a ser exigidos direitos até então não considerados, é preciso buscar os critérios que tornam possível seu correto reconhecimento judicial, de acordo com a Constituição.

1 Direito natural e subjetivismo

Alguns apresentam argumentos do direito natural, para a empreitada. Os direitos fundamentais não se esgotam no catálogo formal porque a pessoa traz consigo direitos do estado de natureza que, por algum motivo, podem não ter sido registrados no texto constitucional originário. Na medida em que o pacto constitucional inicia o estado civil ou político, fica nele anotado que não se abre mão das prerrogativas advindas do estado anterior que eventualmente não foram catalogadas. Nessa perspectiva, a Constituição é submetida a contínuo exame em face do direito natural. Se os indivíduos concordaram em criar a comunidade política, foi para a melhor fruição dos seus direitos naturais. O Estado falha quando não os protege e a Constituição também falha quando não reconhece uma prerrogativa inalienável. Portanto, é melhor deixar claro que não se abre mão de outros direitos, quando se elabora a Constituição.

A racionalidade do discurso do direito natural, na acepção de uma ordem natural superior que o direito positivo deve apenas reproduzir, há muito foi colocada sob suspeita. Nas complexas condições da vida contemporânea, para mencionar apenas um dos elementos mais frequentes nos discursos jurídicos e políticos atuais, a pluralidade de cosmovisões impede o recurso a uma ordem natural de valores eternos.

* O presente artigo é um resumo do argumento central da Tese de Doutorado defendida pelo autor no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – CPGD/UFSC, no final de 2005, intitulada “Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação” e elaborada sob a orientação do Professor Doutor Silvio Dobrowolski.

** Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Acre, atualmente convocado para prestar auxílio no Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Acre.

A pluralidade de formas de vida é quase imensurável. E todas elas, para poderem continuar sendo aceitas em sociedades que mantêm o desafio da integração, reivindicam para si a melhor forma de dar curso ao que é bom e correto. No entanto, todas ou muitas delas se baseiam em valores que se chocam uns com outros. As concepções da boa vida, nesse sentido, até podem socorrer-se de uma ordem imutável, mas o fazem para esclarecer a si mesmas. Cada qual pode ter a sua ordem particular de valores perenes. E se isso é correto, não é mais permitido recurso semelhante para o esclarecimento daquilo que tem como função justamente estabelecer a integração de toda a sociedade.

Rejeitado o modo do direito natural de ler a abertura da Constituição a novos direitos, também não é o caso de entender que a compreensão renovada dos direitos fundamentais advém de uma interpretação puramente subjetiva dos atores constitucionais. Certamente a interpretação constitucional é uma atividade aberta a todos os cidadãos, que podem opinar sobre o que a Constituição significa. Mas a validade de uma interpretação jurídica advém de algo mais que meras opiniões pessoais. Da ordem natural e superior das coisas para o sujeito isolado o resultado é sempre a falta de argumentos válidos para todos. Uma vez sendo possível atualizar os sentidos dos direitos fundamentais, isso também tem que dizer respeito a todos, seguindo a trilha da universalidade, que é uma marca reconhecida dos direitos fundamentais.

Isso apenas indica que o problema deve ser enfrentado com o auxílio de teoria que dê conta da sua exata complexidade, afastando-se qualquer solução simplista ou baseada em visões arcaicas. Uma aposta interessante é encarar o desafio pela perspectiva da teoria do discurso jurídico, assim como delineada pela teoria dos princípios. O problema da argumentação jurídica racional é dos mais relevantes, hoje em dia, existindo uma profusão de trabalhos e teses que tentam estabelecer a metodologia por meio da qual se pode alcançar uma decisão jurídica correta. O procedimento de abordagem do problema no trabalho então privilegia a dimensão interpretativa e aplicativa do direito, na ótica judicial. O ganho com essa decisão é o de aproveitar os avanços da teoria jurídica contemporânea, particularmente quando investiga os critérios metodológicos que afirmam a racionalidade da prática jurídica, distanciando-se do fardo do direito natural e das posições que conduzem ao subjetivismo dos intérpretes.

2 Fundamentalidade a partir de argumentos morais

O reconhecimento judicial válido de novos direitos exige a justificação da fundamentalidade dos mesmos. Somente com a justificação de sua fundamentalidade é que se pode afirmar com segurança que um direito reconhecido é um direito fundamental. Fundamentalidade tem a ver com a natureza relevante da prerrogativa jurídica, a ponto de ser a ela outorgada proteção especial. Para saber quando uma prerrogativa jurídica é especialmente relevante é necessário socorrer-se de uma teoria competente. Uma teoria competente irá dizer que uma posição jurídica é relevante, a ponto de ser considerada direito fundamental, quando por meio dela se toma uma decisão a respeito da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. E questões dessa natureza constituem objeto de teorias morais. Por isso, necessário se socorrer de argumentos morais quando se justifica a fundamentalidade de um direito.

Acontece que os indivíduos que iniciam uma prática constitucional, reconhecendo-se como livres e iguais, inevitavelmente se outorgam direitos garantidores de sua dignidade. Dizendo diferente, o sistema de direitos fundamentais surge como idealização inevitável da prática constituinte originária que pretende fundar uma comunidade política de pessoas livres e iguais. Por isso, os direitos têm sido caracterizados em termos de urgência e por sua força peremptória e conclusiva no argumento político. Ora, a incondicionalidade irrestrita dos direitos fundamentais (direitos como trunfos) indica que a sua validade repousa em argumentos estritamente morais. Eles exigem um ponto de vista estritamente normativo, uma consideração pelo interesse simétrico de todos os envolvidos. Esse sentido universalista dos direitos fundamentais revela que bastam argumentos morais para sua fundamentação.

Até a este ponto corresponde a seguinte hipótese: o reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais resulta de um procedimento argumentativo no qual simultaneamente deve realizar-se a justificação da fundamentalidade das posições jurídicas exigidas pelas partes, o que torna necessário considerar o procedimento de aplicação dos direitos como um procedimento em última instância aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da

sociedade. Estes são princípios de justiça por meio dos quais se justifica a fundamentalidade de todos os direitos. Portanto, o reconhecimento de novos direitos fundamentais ocorre quando em um caso especialmente problemático são levados em conta argumentos de ordem moral, a fim de alcançar-se uma resposta normativamente correta.

2.1 Fundamentalidade e teoria dos princípios

Em anterior trabalho de pesquisa acadêmica, anotei que a teoria dos princípios resolveria o problema dos novos direitos fundamentais, na medida em que oferece os critérios mediante os quais pode ser justificada a fundamentalidade de pretensões normativas levantadas pelas partes.¹ É claro que ali não se avançou além da própria afirmação intuitiva de que a teoria dos princípios seria competente para resolver a questão. Convém finalmente retomar aquela idéia intuitiva e verificar se ela resiste a um exame mais acurado. A pergunta é a seguinte: a teoria dos princípios fornece algum critério geral para o reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais?

Sinteticamente, a teoria dos princípios realça que as condições de aplicação das normas não são pré-determinadas, demandando um discurso de aplicação sujeito a regra específica. A teoria do discurso jurídico produzida pela teoria dos princípios diz que a aplicação imparcial dos direitos requer um procedimento em que todas as características da situação devem ser consideradas. E a descrição completa de um caso concreto exige uma interpretação coerente de todas as normas válidas que são *prima facie* aplicáveis. A regra do discurso de aplicação na teoria dos princípios é justamente aquela segundo a qual todas as normas válidas constituem um sistema ideal coerente que dá a cada problema exatamente uma resposta (regra da coerência normativa). Toda aplicação implica uma reconstrução coerente do sistema de direitos por meio de princípios, em face das circunstâncias do caso.²

¹ PARDO, David Wilson de Abreu Pardo. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

² Sobre teoria dos princípios, cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000; ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução espanhola de E. Valenti Fiol. Barcelona:

É fácil perceber que as exigências do discurso de aplicação dos direitos explicitadas pela teoria dos princípios incidem nos casos controversos em que se discute a própria fundamentalidade das posições jurídicas envolvidas. Considere um primeiro exemplo, para fins de ilustração. É comumente citada a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a parcial inconstitucionalidade da Emenda Constitucional e da Lei Complementar que criaram o Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira – IPMF³ como exemplo de decisão que adotou um conceito material de direitos fundamentais. No julgamento, o Supremo Tribunal considerou o princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, *b*, da Constituição de 1988, como uma “garantia individual do contribuinte”, fazendo ainda expressa referência à regra constitucional do art. 5º, § 2º.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal reiterou esse entendimento, em acórdão cuja ementa contém a afirmação de que “dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente à lei complementar cabe a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes.”⁴ Indubitavelmente, o exame dos argumentos revela uma descrição ampliada da situação de aplicação, mediante a consideração de diversas normas *prima facie* aplicáveis. Há ainda a preocupação de justificar as próprias premissas usadas na decisão, ao afirmar, por exemplo, que o princípio da anterioridade tributária constitui garantia individual do

Bosch, 1961; GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 36, n. 143, jul./set. 1999; GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004; GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, 2000; SEARLE, John. *Prima facie obligations*. In: RAZ, Joseph (ed.). *Practical reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 81-90.

³ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, *DJ* de 18/03/1994. Ementário v. 01737, p. 160.

⁴ STF, Recurso Extraordinário 172058-1/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 13/10/1995.

contribuinte excluída da disponibilidade do legislador constituinte derivado. A ser assim, a garantia da anterioridade tributária foi equiparada aos demais direitos individuais, no que diz respeito a sua inclusão no rol daqueles protegidos pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988).

Não obstante, a questão principal continua sendo como justificar de maneira satisfatória a fundamentalidade da posição jurídica envolvida no julgamento. Para efeito de examinar se a teoria dos princípios pode fornecer algum critério geral para dar conta do problema, é importante começar tornando clara uma idéia assumida pelo Tribunal, nos referidos julgamentos. Cuida-se da especial relevância imputada ao objeto regulado pelas normas constitucionais instituidoras das limitações do poder de tributar. Em razão do especial valor a elas conferido é que as normas jurídicas podem ser consideradas normas portadoras de fundamentalidade. A fundamentalidade dos direitos fundamentais tem a ver exatamente com a importância e legitimidade do seu conteúdo. O que quer dizer que a fundamentalidade diz respeito aos objetos de regulação das normas jurídicas fundamentais; por meio delas, são tomadas as decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

Ora, é defensável a tese de que a relação contribuinte/Estado se insere no âmbito da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, entendida como a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.⁵ O sistema de cooperação social impõe deveres e direitos, devendo ser estruturado de modo que a distribuição resultante seja justa. Necessário então submeter o processo econômico e social ao contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas, sob pena de não se alcançar um processo distributivo justo. Rawls aponta como uma dessas instituições políticas e jurídicas adequadas “um sistema de tributação que tem o intuito de arrecadar a receita exigida pela justiça. (razão pela qual) a carga tributária deve ser partilhada de forma justa e esse setor tem por objetivo criar organizações

justas.”⁶ De maneira que o sistema de tributação pode ser considerado uma instituição política e jurídica própria à estrutura básica da sociedade. Delamar Dutra aponta as questões relativas ao direito tributário como questões essencialmente morais, para cujo tratamento deve haver a consideração do interesse simétrico de todos os envolvidos.⁷

Entretentes, a fundamentalidade da relação contribuinte/Estado também se evidencia em virtude da grave intervenção que o exercício do poder de tributar realiza na esfera patrimonial do indivíduo. É que a propriedade é um direito fundamental expressamente garantido na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso XXII). Não seria correto se essa intervenção se processasse sem balizas certas, a delimitar o campo de atuação estatal de maneira objetiva. Também nesse sentido, as limitações do poder de tributar, especialmente aquelas previstas no art. 150 da Constituição de 1988, constituem garantias fundamentais dos indivíduos. Elas configuram o procedimento que deve ser observado pelo Estado para intervir nos bens das pessoas. A não observância estrita desses preceitos implica, portanto, violação do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição de 1988).

Quanto a isso, observe que na segunda das decisões acima mencionadas, o Supremo Tribunal apresenta como fórmula inicial de seu acórdão a afirmação de que “no embate diário Estado/Contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro;” a indicar a natureza protetora das limitações do poder de tributar. No caso, a proteção dos bens e da liberdade dos indivíduos. Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal relacionou esse caráter restritivo dos princípios constitucionais tributários, próprio de quando se adota a perspectiva do Estado, à sua configuração como direitos fundamen-

⁵ A referência, por certo, é a RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 07-08.

⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 307.

⁷ DUTRA, Delamar José Volpato. *A democratização do direito*. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2001, p. 46-47. Para José Carlos Vieira de Andrade, o direito de não pagar impostos inconstitucionais é um direito fundamental, ainda que fora do catálogo. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 80.

tais, próprio do ponto de vista dos contribuintes. Disse o Tribunal que “os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal”, aduzindo ainda que, “desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do estado, esses postulados tem por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete a imperatividade de suas restrições.”⁸

A relação de tributação, em suma, pode ser encarada como uma questão de justiça. Uma estrutura política justa demanda a observância estrita dos princípios que regulam o poder de tributar do Estado, sob pena de violação do postulado básico de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Esses princípios fazem parte da definição do ideal político de uma constituição em fundar uma sociedade de cidadãos livres e iguais, servindo especialmente como limites ao poder do governo de interferir nos bens e na liberdade dos indivíduos.

Nesse contexto, a manutenção da integridade do conjunto de princípios que regulam o poder de tributar emerge como decisão fundada no significado do sistema de direitos como um todo, e não apenas em uma provisão constitucional específica, totalmente destituída de valor moral. Sendo assim, os princípios que limitam o poder de tributar do Estado são princípios que verdadeiramente veiculam direitos fundamentais. E o seu caso, assim como enfrentado pelo Supremo Tribunal, serve para bem indicar o caminho pelo qual buscar os elementos de um critério geral de justificação da fundamentalidade de novos direitos.

O que o exemplo revela de mais importante é a demanda por argumentos de ordem moral, em certos casos de interpretação constitucional. Outros casos recorrentes na jurisprudência constitucional norte-americana e brasileira também realçam a demanda por argumentos dessa natureza. São casos especialmente problemáticos, no contexto dos quais podem surgir argumentos justificadores de direitos fundamentais não enumerados. Considere, então, a partir de agora, o caso a respeito da existência de um direito fundamental geral de proteção à privacidade, justificado pela Suprema

Corte norte-americana a partir de proteções constitucionais a dimensões apenas específicas desse direito, bem como o exemplo do direito a sigilo bancário, no direito constitucional brasileiro, que, inversamente ao caso norte-americano, parte de um direito mais geral para chegar à identificação de um direito especial. Eles podem jogar mais luz quanto a eventual critério geral de justificação e aplicação de novos direitos fundamentais, a partir da teoria dos princípios.

Em *Griswold*, a Suprema Corte estadunidense decidiu que as normas constitucionais que proibem a invasão de domicílio sem ordem judicial e garantem o direito à não auto-incriminação criam “zonas de privacidade” imunes às intervenções do poder público, a serem estendidas até a ponto de protegerem as decisões tomadas no seio da relação matrimonial, inclusive aquelas relativas à utilização ou não de métodos anti-concepcionais. Nesse caso, o reconhecimento de um direito fundamental geral de proteção à privacidade se baseou na interpretação de cláusulas da própria Constituição americana. Contudo, não se pode desconhecer o recurso a argumentos de ordem moral para se proceder à generalização do direito de proteção à privacidade, até àquele momento apenas pontual. O reconhecimento de um direito fundamental geral de proteção à privacidade serviu para estabelecer um princípio que tornou coerente o sistema de direitos como um todo, na resolução de um caso controverso. De fato, se não houvesse um princípio de proteção geral da privacidade, como explicar que há certos direitos especiais garantindo privacidade?

Seja permitido um parêntesis para enfatizar que a reconstrução coerente do sistema de direitos por meio de princípios é que revela o caráter propriamente moral do empreendimento de interpretação e aplicação das normas constitucionais. O núcleo dos direitos fundamentais é constituído por princípios morais que formam parte definitiva da constituição e do direito de uma comunidade de livres e iguais. Os princípios sobre os quais se apóiam a constituição e o direito como um todo são princípios que compõem o núcleo normativo básico do sistema de direitos.

Pode-se então dizer que o princípio relativo ao direito geral de proteção à privacidade foi construído para justificar a reconstrução coerente do sistema de direitos, em face de um caso novo especialmente problemático. O novo direito geral é reconhecido para

⁸ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 939, Medida Cautelar, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 19/02/1993.

tornar coerente o sistema de direitos, na solução do novel caso controverso. Nesse caso, é um direito que também surge do esquema básico de princípios constitucionais, dele sendo uma exigência. Dai porque, inclusive, cada novo direito tem de coexistir com os demais, sem quebra de unidade.⁹ É claro que, nesse contexto, uma perspectiva de fundamentação moral acaba por fazer parte da melhor interpretação do sistema de direitos. E esse é o primeiro ponto relevante na busca de um critério geral de reconhecimento de novos direitos, ou direitos fundamentais ainda não enumerados. Cuida-se de constatar que a fundamentação de um novo direito requer, sobretudo, a adoção de uma perspectiva própria ao discurso de justificação, na medida em que esta é a modalidade discursiva própria da fundamentação moral.

Torna-se claro que o *modus* de justificação dos direitos fundamentais tem como importante significado a abertura do sistema constitucional ao sistema da moral. E isso é bem perceptível nos preceitos constitucionais básicos da dignidade, liberdade e igualdade, que são, ao mesmo tempo, conceitos básicos da filosofia prática. Como afirma Alexy, “com eles foram incorporados à constituição e, assim, ao direito positivo, os princípios mais importantes do direito racional moderno.”¹⁰ Na interpretação do direito constitucional

positivo, portanto, os juízos morais desempenham um papel importante, notadamente em face da exigência de fundamentar-se uma resposta normativamente correta para um caso especialmente problemático. É que a pretensão de correção da resposta manifesta, em outro nível, a própria pretensão de legitimidade da ordem jurídica:

... a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretende validade à luz de regras e princípios legítimos.¹¹

2.2 Justificação e aplicação: discursos simultâneos

Com base nessas afirmações, pode ser provada a tese inicialmente levantada de que o reconhecimento de novos direitos fundamentais é um procedimento no qual simultaneamente deve realizar-se a justificação da fundamentalidade da posição jurídica envolvida no discurso, o que torna necessário considerar o procedimento de aplicação dos direitos um procedimento em última instância aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Sendo assim, o reconhecimento de novos direitos fundamentais ocorre quando se está frente a um caso problemático que se apresenta singularmente novo e que obriga a retomada de discursos de justificação, nos quais juízos de natureza moral desempenham um papel importante. Para a justificação e aplicação de um novo direito fundamental é preciso realizar, pois, a correta justificação de sua fundamentalidade. E isso se dá demonstrando que ele é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais como um todo, quando coerentemente reconstruído em face das circunstâncias do caso.

É certo que o reconhecimento de um novo direito fundamental geralmente se processa por meio de uma interpretação constitucional que busca resolver um problema. É o caso, então, de continuar falando de

⁹ É a tese de Jorge Miranda, ao pontificar que “a abertura a novos direitos é sempre dentro do sistema constitucional, por mais aberto que este seja perante as transformações sociais, culturais, científicas e técnicas do nosso tempo”. MIRANDA, Jorge. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 564. Na p. 568, acrescenta o autor: “Por natureza, não podem ser considerados direitos fundamentais todos os direitos, individuais ou institucionais, negativos ou positivos, materiais ou procedimentais, provenientes de fontes internas e internacionais. Apenas alguns desses direitos o podem ser: apenas aqueles que, pela sua finalidade ou pela sua *fundamentalidade*, pela conjugação com direitos fundamentais formais, pela natureza *análoga* à destes, ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem a nível da Constituição material”. De igual modo, Ingo Sarlet chama a atenção para esse ponto, dizendo que “direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 95.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 525: “Con ellos han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno.”

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 246.

um contexto próprio ao discurso de aplicação. Como anotado, porém, o reconhecimento de um novo direito fundamental exige a prova de sua fundamentalidade. Sua identificação somente pode ser feita mediante uma fundamentação correta de sua existência. Nesse sentido, a construção de princípios que justificam o sistema de direitos como um todo em face de um caso resulta no reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais. Nesse passo, há sem dúvida uma retomada do discurso de justificação, mas essa mudança da perspectiva argumentativa empregada é algo plausível na teoria dos princípios. Não o é no modelo dedutivo de interpretação, em que não há concessão a um procedimento reconstrutivo e pelo qual o direito é visto como um ordenamento de regras previamente racionalizado, harmonizado, sistematizado e integralizado.

De acordo com o que se vem afirmando, a argumentação jurídica desenvolvida nos casos especialmente controversos não pode ser concebida exclusivamente como a prática de um discurso de adequação.¹² Os discursos de fundamentação e aplicação, e suas respectivas regras, constituem formas de argumentação cujas perspectivas podem ser assumidas em princípio por qualquer um, ao passo que as instituições que proferem decisões vinculantes podem perfeitamente, em certos momentos, exercer simultaneamente as duas formas de discurso. Não há contradição lógica em permitir que os tribunais, por exemplo, exerçam, em algum momento, a tarefa de fundamentar certas decisões recorrendo a uma perspectiva moral. Até mesmo Klaus Günther reconhece que, se por ocasião de um discurso de aplicação a pretensão de validade de uma norma se evidencia polêmica, ela pode ser aclarada num discurso de fundamentação.¹³ Esse parece ser o caso, por exemplo, nos processos de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, em que o juízo de constitucionalidade pode ser exercido antes que a lei em questão seja objeto de qualquer aplicação a casos concretos, dando margem ao afastamento de sua validade.

¹²Cf. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Coerência e justificação*: alguns problemas da teoria discursiva do direito. Mimeo, s.d., p. 17.

¹³GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Apresentação e tradução espanhola de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, n. 17-18, Alicante, 1995, p. 293.

Essa conclusão não pretende confundir discursos de justificação e de aplicação, regidos que são por regras específicas. Apenas reconhece que a reconstrução coerente do sistema de direitos exige uma tomada de partido do intérprete na construção de princípios justificadores, a ensejar a assunção de uma “perspectiva de fundamentação moral, capaz de apresentar o sistema jurídico como organizado a partir de princípios os quais podem ser aplicados aos casos difíceis.”¹⁴ Se a existência de uma resposta correta é um pressuposto contrafactual que os participantes em discursos de adequação inevitavelmente assumem, a resposta somente pode ser alcançada através da reconstrução coerente do direito segundo princípios. Em certos casos, os juízos morais desempenham sim um importante papel. Por essa razão, a aplicação de direitos em determinados casos pode passar a exigir o exercício simultâneo do discurso de fundamentação moral. Esse é o caso no reconhecimento de um novo direito fundamental.

O exemplo do direito a sigilo bancário, que, inversamente ao caso norte-americano de afirmação de um direito fundamental geral de proteção à privacidade, parte de um direito mais geral para um direito especial, também serve para ilustrar a tese encerrada nos parágrafos antecedentes. Nesse sentido, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro consolidou o entendimento de que o sigilo bancário é uma das expressões, ou uma das projeções realizadoras, do direito fundamental à privacidade ou intimidade. Em julgamento ocorrido ainda em 1992, o Supremo Tribunal expressou que o sigilo bancário é “espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X)”¹⁵

Em decisão posterior, a Corte reafirmou enfaticamente que o sigilo bancário, “ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional da privacidade, protege a esfera de intimidade financeira das pessoas.” A ser assim, “o sigilo bancário reflete uma expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade — da intimidade financeira das pessoas, em particular

¹⁴OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Coerência e justificação*: alguns problemas da teoria discursiva do direito. Mimeo, s.d., p. 23.

¹⁵STF, Pet 577/DF, 93/1992, Relator Ministro Carlos Velloso, RTJ 148/366. Sobre a tese de que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, cf. ainda STF, Recurso Extraordinário n. 219780/PE, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 10.09.1999.

—, não se expondo, em conseqüência, enquanto valor constitucional que é (...), a intervenções estatais ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea.”¹⁶ Nesta última decisão, consta ainda o argumento segundo o qual “a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo ser da vida privada”.

Os argumentos contidos em tais decisões do Supremo Tribunal são utilizados para sustentar uma interpretação renovada de dispositivo que desde o início está inscrito no texto constitucional, conquanto dele, em momento anterior à primeira decisão, não tivesse sido extraído um sentido que então passou a ser fundamentadamente apresentado. A fundamentação uma prerrogativa específica, na forma do direito ao sigilo bancário, tem como objetivo livrar os cidadãos de “intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea.” Essa prerrogativa resulta da correta justificação da fundamentalidade de uma norma que consagra um direito fundamental.

A norma que consagra o direito ao sigilo bancário resulta da fundamentação de um princípio que se encaixa coerentemente no sistema de direitos. Como negar fundamentalidade à outorga de proteção aos dados bancários das pessoas, se a Constituição garante os direitos à inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência¹⁷, a par de garantir o próprio direito geral à inviolabilidade da intimidade e da vida privada? Entender que há uma norma consagrando o sigilo bancário como direito fundamental não só é logicamente necessário, como ajuda a compreender o que está protegido pela norma do direito geral à intimidade e à vida privada, que se encontra expressada por dispositivo constitucional específico.¹⁸

¹⁶ STF, MS 23.669-DF (medida liminar), Relator Ministro Celso de Mello. *DJ* de 17/04/2000.

¹⁷ Art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988.

¹⁸ Por isso, não parece correto o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que o sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária e que, portanto, não se cuida de garantia com *status* constitucional. Cf. STF, Mandado de Segurança

Destarte, tanto quanto os direitos da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência, o direito ao sigilo bancário também serve para “excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo ser da vida privada”, impondo uma restrição ao raio de atuação do Estado. Sendo assim, o direito ao sigilo bancário também configura um direito fundamental resultante da construção de um princípio, para a correta interpretação do sistema de direitos fundamentais como um todo em face das circunstâncias de um caso.

3 Dignidade a partir da liberdade e da igualdade: exame de dois casos constitucionais

3.1 Direito constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico

Em decisão monocrática da lavra do Ministro Marco Aurélio, foi acolhido pedido liminar formulado em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para o fim de reconhecer o “direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto.”¹⁹ A ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que na petição inicial alertou para o fato de que “a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à

21.729, *DJ* de 19/10/2001, contendo o voto do Ministro. Se essa posição pretende ressaltar a possibilidade de restrição do direito, basta mencionar que em todos os julgados em que reconhece o sigilo bancário como projeção da garantia fundamental da vida privada, o Supremo Tribunal acrescenta que ele não tem caráter absoluto.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 02/08/2004, p. 64. Em 20/10/2004, porém, o Tribunal, por maioria, revogou a decisão justamente na parte em que se reconhecia o direito constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico. O processo se encontra pendente de julgamento final, tendo sido determinada pelo Senhor Ministro Relator a realização de audiências públicas, com a participação de diversas organizações da sociedade civil, a fim de ser mais bem discutido o problema.

sobrevida de, no máximo, algumas horas após o parto.” Salientou ainda que “a permanência do feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante.” Por isso, justificou que a ação pretendida não podia ser chamada de aborto, mas “antecipação terapêutica do parto.” É que o aborto pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto.

A autora da argüição argumentou que uma interpretação do arcabouço normativo com base em visão positivista pura tornava possível responsabilizar penalmente os profissionais de saúde e a gestante que pretendessem realizar o procedimento médico-cirúrgico que leva à interrupção da gravidez, quando atestada por médico habilitado a ocorrência da anomalia. Ocorre que o Código Penal Brasileiro criminaliza a prática do aborto, fazendo exceção apenas nos casos de gravidez resultante de estupro ou de gravidez que ponha em risco a vida da mulher (Código Penal, arts. 124, 125, *caput*, e 128, incisos I e II). Entende a autora que “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana — a física, a moral e a psicológica — e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde.”

A decisão monocrática admitiu os argumentos de ordem técnica, reconhecendo que no caso de anencefalia a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Reconhece ainda a validade dos argumentos jurídicos, dizendo que o caso a um só tempo envolve o direito à vida, o direito à liberdade “em seu sentido maior”, o direito à preservação da autonomia da vontade, o princípio da legalidade e, “acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.” É certo que o Supremo Tribunal quase teve a oportunidade de pronunciar-se sobre o tema, em ocasião anterior, quando foi apresentada ação por uma gestante que solicitava autorização para realizar a interrupção da gravidez de feto comprovadamente anencefálico. Cuidou-se de uma ação de *habeas corpus* ajuizada em face de decisão do Superior Tribunal de Justiça negando a autorização pretendida. O processo não foi efetivamente julgado no mérito porque se decidiu que a superveniência do parto

tornou prejudicada a impetração.²⁰ No dia em que foi levado à apreciação do Plenário do Tribunal, o parto já havia sido realizado, pelo transcurso de oito meses da gravidez, tendo sido registrada morte biológica sete minutos depois.

Ainda assim, o Ministro Relator fez questão de juntar aos autos do processo voto em que criticou o positivismo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para negar a ordem de *habeas corpus* solicitada pela gestante,²¹ ao tempo em que alinhavou argumentos que bem fundamentam a existência de um direito constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico, por meio de um complexo juízo de coerência. O Ministro anotou que a comprovação da inviabilidade do feto anencefálico, embora biologicamente vivo, faz com que ele deixe de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal. É que a Lei 9.434/1997 (Lei de Transplantes de Órgãos) fixa como momento da morte do ser humano o da morte encefálica (art. 3º). Sendo assim, a conduta que a gestante pretendia ver autorizada era atípica, não se tratando de ilícito penal ou exceção ao rol do art. 28 do Código Penal. Por outro lado, e como um contraponto à posição do Superior Tribunal, foi dito que no tempo de elaboração do Código Penal não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro. Aliás, os estudos referentes à medicina fetal e terapia neonatal datam da década de 1950.

Do ponto de vista da fundamentação propriamente normativa, o voto registrou que a autodeterminação da gestante é manifestação da liberdade individual, considerando “a autonomia como componente primordial da liberdade.” Se a autodeterminação da gestante é manifestação da liberdade individual, quando surge o problema de saber o que diz essa autodetermi-

²⁰ Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 84.025-6/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, *DJ* de 25/06/2004, p. 04.

²¹ Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 32.159/RJ, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, *DJ* de 22/03/2004, p. 339: “A legislação penal e a própria Constituição Federal tutelam a vida como bem maior, a ser preservado. Exceções legais devem ser interpretadas de modo restrito. Não se admite extensão *in mala partem*. Prevalência do princípio da reserva legal. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, art. 128 do CP, o caso descrito. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.”

nação para o caso em que se comprova a deformidade irreversível do feto, é possível formular a seguinte resposta: “a mulher é livre para interromper a gravidez de feto irreversivelmente deformado.” A resposta pode assumir a forma de um enunciado que diz que a mulher *pode*, ou *tem direito*, a interromper a gravidez de feto irreversivelmente deformado. Ele expressa uma norma de direito que se fundamenta no princípio geral da liberdade e em uma de suas manifestações, que é o princípio da autonomia individual. Por ser assim, “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá. (...resulta) em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde.”²² Aquela é uma norma de direito fundamental plenamente justificada, podendo ainda ser adicionados outros argumentos para o fim de comprovar essa fundamentalidade.

Trata-se de norma de direito que concretiza o princípio da dignidade humana, com toda clareza. No voto do Ministro Joaquim Barbosa, consta que “estudos multidisciplinares relatam as reações emocionais dos pais após o diagnóstico da malformação fetal: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração.” Já na decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio consta o argumento de que “diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.” Esse é o reconhecimento da dor, angústia e frustração por que pode passar uma mulher obrigada a carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá. E “evitar a dor é um princípio moral universal e base da compaixão humana. (E) se o feto anencefálico, portanto com morte cerebral, pode vir a causar dores físicas ou psicológicas lancinantes à mãe, não deveríamos ter dúvidas em relação à escolha moral adequada, preservando-se, neste caso, a mãe.”²³ O princípio de evitar a dor não se aplica ao feto anencefálico

²²Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 02/08/2004, p. 64, com argumentos coletados da petição inicial da arguição.

²³PRADO, Antônio. Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 12, n. 145, dez. 2004, p. 02.

porque ele não é e não pode ser senciente, já que não tem cérebro.

Evitar a dor é algo que concretiza o princípio da dignidade humana. Constitui uma exigência do princípio da dignidade permitir que a gestante possa aliviar suas dores físicas ou psicológicas lancinantes provocadas por um feto com morte cerebral. Por isso mesmo, em argumentação regida pela regra da coerência normativa, o Ministro Joaquim Barbosa afirma ainda que não é razoável obrigar a mulher a manter a gestação de feto anencefálico, “em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludentes de ilicitude do aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável.” É incoerente cancelar a liberdade e a autonomia privada no caso do aborto sentimental (em face de gestação resultante de estupro) e vedar no caso de má formação gravíssima do feto.

Também por isso, transparece incorreta a decisão do Superior Tribunal de Justiça ao fixar que, tendo o legislador excluído de forma propositada a situação como hipótese autorizadora do aborto, cabe apenas lamentar a omissão. A fora o fato de que, no tempo da legislação penal, não havia condições técnicas de detectar a anomalia, o Superior Tribunal assumidamente se nega a examinar a validade das premissas do discurso jurídico que empreende, adotando uma postura de aplicação dura de regras, própria do positivismo jurídico. A ser assim, acaba por violar o princípio da imparcialidade na aplicação, por não levar em conta todas as circunstâncias relevantes da situação. O discurso da decisão externa ainda a suposição de que, se o legislador tivesse previsto a interrupção da gravidez de feto anencefálico como hipótese autorizada de aborto, a conduta seria aceitável. Seria aceitável, então, apenas porque veiculada formalmente por lei? Ora, a norma suposta que se vem examinando não é de maneira alguma daquelas que “nem sequer o legislador poderia ordenar.”²⁴ Pelo contrário, é norma exigida pelo sistema de direitos, que nem sequer o legislador pode confrontar.

²⁴ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais / Fascículo Cível*. Ano 91, v. 799, maio 2002, p. 36.

Como sustenta Antônio Prado, indubitavelmente as abordagens religiosas nesse tema são complexas e sensíveis.

Mas o Estado brasileiro é laico, sendo importante ressaltar que uma possível decisão no Plenário do STF não será uma imposição da prática de interrupção da gestação dos fetos anencefálicos, mas sim uma autorização para que o procedimento médico, desde que autorizado pela mãe ou pela família, seja realizado sem a criminalização do ato. As pessoas, que por motivos de fé religiosa não quiserem realizar a interrupção dessa gestação, têm toda a liberdade garantida pela Constituição Brasileira. (...) O argumento da sacralidade da vida é significativo. De certo, matar está errado, sejam seres sencientes da nossa espécie ou não, já que todos sofrem ou podem causar sofrimento ao morrer. E matar seres que têm alma, mais errado ainda, pois a vida nesse caso tem origem e sentido transcendental. Há que se respeitar os que defendem esses dogmas e, se não forem prejudiciais a terceiros, garantir seu exercício pleno. Porém, não se pode admitir que dogmas religiosos sejam impostos através do Estado laico, a cidadãos com outras convicções.²⁵

Uma decisão reconhecendo o direito de interromper a gestação de feto anencefálico de fato tem o sentido de outorgar uma permissão aos destinatários do direito. Não se trata de ordenar que a interrupção deva ocorrer, mas de cancelar a liberdade de optar ou não por isso. Nesse sentido ele configura um direito fundamentado diretamente no direito geral de liberdade. Ele concretiza a liberdade de poder fazer o que se quer na medida em que razões suficientes (direitos de terceiros e interesses coletivos) não estão justificando uma restrição dessa liberdade. Mediante a sua incidência, garante-se ao indivíduo que ele não seja impedido de eleger com autonomia entre diversas alternativas de decisão, jurídica e moralmente legítimas. Ao mesmo tempo, a norma que o assegura realiza uma descrição relativamente geral de ação, que definitivamente não está proibida por qualquer outra norma constitucional. O direito a interromper a gestação de feto anencefálico pode, em suma, ser apresentado como um direito decorrente dos princípios fundamentais, pois fundamentadamente se insere no direito geral de liberdade.

²⁵PRADO, Antônio. Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 12, n. 145, dez. 2004, p. 02.

3.2 Direito à união civil dos homossexuais

O reconhecimento desse direito tem sido feito no contexto de casos nos quais geralmente são tratadas questões previdenciárias ou de sucessão. Há não muito tempo, por exemplo, a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, confirmou, por unanimidade, sentença que obriga o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a considerar os companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes preferenciais dos segurados ou seguradas do Regime Geral de Previdência Social, segundo notícia veiculada no site do referido Tribunal, no dia 27.07.2005²⁶. Ainda de acordo com a notícia, “a decisão é válida para todo o Brasil e determina que o INSS dê aos casais que vivem em união estável homoafetiva tratamento idêntico ao que é dado aos casais heterossexuais, impondo exigências exatamente iguais para todos nos casos de concessão de benefícios previdenciários.”

Segundo consta, o Magistrado Relator decretou que a legislação infraconstitucional, ao proibir aos companheiros de mesmo sexo o acesso aos benefícios devidos aos dependentes dos segurados, “desrespeitou os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade”. E que a exclusão dos benefícios previdenciários em razão da orientação sexual, “além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas”. Destacou ainda que a orientação sexual do indivíduo – seja voltada para a hetero, homo ou bissexualidade – não lhe confere status excepcional que enseje tratamento diferente daquele dispensado à generalidade dos cidadãos. Finalmente, aduziu que as uniões homossexuais também se constituem em entidades familiares, sendo irracional não reconhecer que, nas circunstâncias atuais, as relações entre indivíduos do mesmo sexo estão abrangidas pela noção de entidade familiar, que “se constitui por laços de afetividade e necessidades mútuas, não por imperativos de ordem sexual”. Por isso mesmo, “o amor e a convivência homossexual são uma realidade que não pode mais ficar à margem da devida tutela jurídica”.

Como explica corretamente Fernanda Duarte, “o reconhecimento das relações homossexuais exige a mudança nas concepções de família, casamento e união

²⁶www.trf4.gov.br. Consulta realizada em 28/07/2005.

estável, substituindo-se os elementos tradicionais — heterossexualidade e reprodução — pelos elementos que compõem a família contemporânea: afeto, mútua ajuda e desenvolvimento pessoal de seus membros.²⁷ Noutro passo, o princípio da dignidade humana é apresentado como a “via de exercício legítimo da sexualidade, exigindo-se o respeito ao que cada pessoa entende como sexual ou afetivamente desejável.”²⁸ Nesse contexto, o discurso em favor do reconhecimento das relações homossexuais tem como argumentos, pelo menos, a valorização da dignidade humana, o reconhecimento da diversidade, o princípio da liberdade (autonomia) e igualdade, além do direito à intimidade. Sendo assim, a igualdade representa, no campo das uniões homoafetivas, a impossibilidade de se dar tratamento desigual em decorrência de orientação sexual.

Se o princípio da igualdade exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual que pode ser justificado com razões opostas, isso outorga um direito *prima facie* à omissão de tratamentos desiguais. A orientação sexual do indivíduo — seja voltada para a hetero, homo ou bissexualidade — não pode ser considerada uma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, quanto ao reconhecimento da união civil, motivo pelo qual está ordenado um tratamento igual nessa matéria. E não é razão suficiente porque a orientação sexual do indivíduo advém da própria liberdade de escolher uma decisão que não prejudica terceiros. Tanto quanto aquele que dirige seu interesse sexual para pessoa do sexo oposto, aquele que se dirige a pessoa do mesmo sexo está livremente optando. “O fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo ou de distinto sexo que o seu, não pode ser alvo de tratamento discriminatório. Decorre exclusivamente do sexo da pessoa que faz a escolha, a qual dispõe da liberdade de optar. O tratamento diferenciado por alguém orientar-se em direção a um ou outro sexo evidencia

²⁷ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005, p. 190.

²⁸ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005, p. 191.

uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual.”²⁹

Ordinariamente, aqueles que negam a proteção jurídica especial à união de pessoas do mesmo sexo se baseiam no argumento de que, a despeito desse tipo de convivência ser uma realidade social, não está ela ainda regulamentada. Aliás, indicam a letra do art. 226, § 3º, da Constituição de 1988, para afirmar que o ordenamento jurídico constitucional em momento algum previu a hipótese de união de pessoas do mesmo sexo para fins de proteção estatal. Referido dispositivo contém o seguinte enunciado normativo: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Todavia, esse argumento é confrontado com a observação de que o dispositivo constitucional não é taxativo, sendo, na verdade, e como bem afirmado pelos próprios opositores, omissivo quanto à união estável entre pessoas do mesmo sexo. Sendo omissivo, não veda expressamente, permitindo uma compreensão aberta e flexível da noção de entidade familiar, calcada no reconhecimento de uma esfera íntima que deve ser neutra perante o Direito.³⁰

Seja como for, pode ser justificado um direito de proteção da união civil estável entre pessoas do mesmo sexo a partir do direito geral de igualdade, cuja fundamentalidade resulta da sua própria inclusão na máxima geral da igualdade. Não é possível justificar com razões suficientes um tratamento desigual para a questão. Não havendo nenhuma razão suficiente sequer para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual, pelo qual o Estado deve oferecer proteção especial às pessoas que mantêm rela-

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 91. Citação extraída do voto da Juíza Hind Ghassan Kayath, do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, no Recurso Eleitoral Ordinário n. 993, no qual aquele Tribunal, vencida a Juíza, reformou sentença de primeiro grau que declarou inelegível candidata a prefeita municipal que mantinha relação homoafetiva estável com prefeita já reeleita. Posteriormente, o Tribunal Superior Eleitoral reformou a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, na linha do voto da Juíza Hind Ghassan, declarando inelegível a candidata. No Tribunal Superior Eleitoral, o Recurso Especial Eleitoral 24564 foi relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo sido julgado em 01/10/2004, com publicação do acórdão na própria sessão.

³⁰ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005, p. 198.

cionamento homoafetivo estável, tanto quanto oferece para as pessoas de sexos diferentes que mantêm relacionamento afetivo estável. Não há qualquer razão suficiente para permitir um tratamento desigual, quanto mais para ordenar um tratamento desigual. A máxima geral da igualdade estabelece a carga de argumentação para os tratamentos desiguais. Já se uma oposição é feita com base em argumento religioso, vale aquilo que se anotou antes: não se pode admitir que dogmas religiosos sejam impostos através do Estado laico, a cidadãos com outras convicções.

Conclusão

De maneira complexa, os dois casos analisados revelam a estrutura de uma argumentação que tem como nota relevante a grande indeterminação das normas dos direitos gerais de liberdade e igualdade. Todavia, o que sempre se quer saber é o que dizem as disposições constitucionais do direito geral de igualdade e do direito geral de liberdade, para a proteção da dignidade dos indivíduos. Não há outra maneira de fazer avançar o discurso jurídico se não se procurar obter a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais que outorgam direitos fundamentais. Sem a suposição de novos sentidos, para os quais deve ser construída uma fundamentação coerente, não será possível saber o que o sistema de direitos diz para os casos imprevistos.

Assim, o reconhecimento de novos direitos fundamentais tem como critério mais geral a fundamentação adequada de princípios que devem ser levados em conta no discurso de aplicação dos direitos a casos imprevistos e controversos, a fim de tornar coerente o sistema de direitos como um todo. Há que se demonstrar que eles constituem exigências do próprio sistema de direitos, para a construção de uma resposta normativamente correta, baseada nas circunstâncias da situação. Por isso, o reconhecimento de novos direitos fundamentais é um procedimento de aplicação dos direitos aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. É a reconstrução coerente do sistema de direitos por meio de princípios justificadores, aplicáveis aos casos imprevistos, que revela novos direitos.