

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA

GUSTAVO SCHÜTZ

**O STF E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES EM
CASOS DE CONFLITO MORAL**

Porto Alegre

2018

GUSTAVO SCHÜTZ

**O STF E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES EM
CASOS DE CONFLITO MORAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Profa. Dra. Raquel
Andrade Weiss

Porto Alegre

2018

CIP - Catalogação na Publicação

Schütz, Gustavo
O STF e a fundamentação das decisões em casos de
conflito moral / Gustavo Schütz. -- 2018.
157 f.
Orientadora: Raquel Andrade Weiss.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências
Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia,
Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Moral. 2. Direito. 3. Poder judiciário. I.
Weiss, Raquel Andrade, orient. II. Título.

GUSTAVO SCHÜTZ

**O STF E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES EM
CASOS DE CONFLITO MORAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do
título de Mestre em Sociologia.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Raquel Andrade Weiss
(Orientadora)

Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez
(UNISINOS)

Prof. Dr. Alexandre Vieira Werneck
(UFRJ)

Prof. Dr. Raul Enrique Rojo
(UFRGS)

*Aos meus pais,
Elizabeth e Delci,
despretensiosas fontes de sabedoria*

AGRADECIMENTOS

Devo este trabalho a minha família que sempre me deu todo o incentivo para que eu pudesse me dedicar aos estudos. Tenho o grande privilégio de ser filho da dona Bete e do seu Delci, com quem aprendi e continuo a aprender sobre as coisas mais valiosas da vida. Sou grato também a meu irmão, Felipe, que cada vez mais tem se tornado um companheiro de vida. Sem as palavras e gestos de apoio de todos vocês eu certamente não teria concluído este trabalho. Mãe, pai, maninho, muito obrigado!

Fico muito feliz de poder agradecer a todos amigos que fiz e as amizades que foram fortalecidas durante essa pós-graduação. A convivência com todos vocês tornou os caminhos dessa jornada mais alegres. Conhecê-los e me reconhecer em vocês certamente foi um dos pontos altos desses dois anos e meio de estudos.

Entre todas essas amizades, devo agradecimentos especiais ao meu amigo/irmão Pedro Frizo, o paulista mais gaúcho que já conheci. Sua constante curiosidade com as coisas do mundo foi para mim um cotidiano exemplo de como seguir alegre e bem-disposto mesmo quando as adversidades parecem ser maiores que nossas forças. Levarei comigo as ideias, poemas e risadas trocadas em nossas caminhadas pelo “trapézio gaúcho”.

Também fico feliz em poder agradecer ao Santiago Costa, outro amigo/irmão com quem tive a honra de compartilhar de muitos momentos e viagens mesmo antes de entrar no mestrado. Como tu sabes, as conversas sinceras noite adentro no apartamento 119 têm papel central sobre a minha constituição enquanto pessoa. Sinto-me realmente feliz de saber que esta companhia seguirá sempre firme.

Não podia deixar de agradecer ainda a todos os colegas que compõem o Grupo de Orientações Coletivas organizado pela prof. Raquel Weiss. Ir em nossas reuniões sempre significou reafirmar a disposição em estudar sociologia e sobretudo a sociologia da moral. Que este grupo, espaço tão raro na realidade sempre apressadas das universidades, tenha vida longa. Muito obrigado a todas e todos!

RESUMO

Neste trabalho se pretende investigar como a normatividade jurídica se relaciona com a normatividade moral nos votos proferidos pelos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal (STF) quando analisam a constitucionalidade de diferentes práticas e valores morais. Uma vez que esse órgão tem exercido protagonismo cada vez maior nos debates que perpassam os diferentes assuntos públicos da sociedade brasileira, os conflitos morais passam a apresentarem-se também como sendo jurídicos. Assim, investigar de que forma essas normatividades são mobilizadas é central para que se possa compreender como tais conflitos são solucionados ou, ao menos estabilizados pelo STF. O objeto empírico desta pesquisa diz respeito ao acórdão de quatro ações de controle concentrado de constitucionalidade: 1) a ADI 4277, que tratou da constitucionalidade da união homoafetiva 2) a ADPF 186, julgou a constitucionalidade das cotas raciais como critério de ingresso na Universidade Pública 3) a ADI 4983, que analisou a constitucionalidade da vaquejada e 4) a ADI 3510, que julgou a constitucionalidade das pesquisas com células tronco embrionárias, sendo os dois primeiros casos decididos por unanimidade e os dois últimos casos decididos com a diferença de apenas um voto. A partir da interpretação dos principais argumentos que constituem a perspectiva teórica e política proposta por Durkheim, são construídas as categorias dedutivas “argumentos de fundamentação moral”, “argumentos jurídicos” e “argumentos de oposição” que sustentam a aplicação do método de análise de conteúdo sobre os tais acórdãos. Além dessas categorias dedutivas outras sete categorias indutivas ajudaram a apreender os aspectos mais relevantes da fundamentação dos votos afirmados pelos ministros do STF. Os resultados apontam para forte presença de argumentos de fundamentação moral tanto nos casos decididos por unanimidade como nos casos com a diferença de apenas um voto. Isso indica que quando se trata de casos de conflitos morais, não basta afirmar a decisão sobre a normatividade jurídica. Mesmo quando seja possível fundamentar o voto apenas através de “argumentos jurídicos” ou “argumentos de oposição”, a maioria dos ministros e ministras da corte sente a necessidade de mobilizar grande número de argumentos morais para fundamentem a validade de sua decisão. Os resultados alcançados por esta pesquisa conduzem ainda a indícios que permitem relativização parcial da tese das “onze ilhas”, uma vez que há consistência entre as estratégias argumentativas utilizadas pelos membros do STF.

Palavras-chave: Moral. Direito. Poder judiciário.

ABSTRACT

In this work we intend to investigate how legal normativity relates to moral normativity in the Brazilian Supreme Court's votes (STF) when analyzed the constitutionality of different practices and moral values. Since the judicial branch has been playing an increasingly important role in the debates that pervade the different public affairs of Brazilian society, moral conflicts are also presented as legal conflicts. Thus, to investigate how these normativities are mobilized is central to understand how such conflicts are solved or, at least, stabilized by the STF. The empirical object of this research concerns the judgment of four judicial decisions: 1) ADI 4277, which dealt with the constitutionality of the homoafetive union. 2) ADPF 186, judged the constitutionality of racial quotas as a criterion for admission to the public University 3) ADI 4983, which analyzed the constitutionality of the Vaquejada and 4) the ADI 3510, which judged the constitutionality of embryonic stem cell research, the first two cases were decided unanimously and the last two cases were decided with the difference of only one vote. From the interpretation of the main arguments that constitute the theoretical and political perspective proposed by Durkheim, the deductive categories are constructed "arguments of moral reasoning", "legal arguments" and "arguments of opposition" that support the application of the method of content analysis on such judgments. In addition to these deductive categories, seven other inductive categories helped to understand the most relevant aspects of the foundations of the votes affirmed by the STF judges. The results point to a strong presence of arguments of moral reasoning both in cases decided unanimously and in cases with the difference of only one vote. This indicates that in cases of moral conflicts, it is not enough to affirm the decision on legal normativity. Even when it is possible to base the vote only through "legal arguments" or "opposition arguments", most court judges mobilized a large number of moral arguments to support the validity of their decision. The results obtained by this research also lead to indications that allow partial relativization of the "onze ilhas" thesis, once there is consistency between the argumentative strategies used by the members of the Supreme Court.

Keywords: Moral. Law. Judicial branch.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	– ADI 4277 - frequência dos tipos de caracterização utilizados, por ministro/a86
Gráfico 2	– ADI 4277 - frequência dos tipos de argumentos utilizados, por ministro/a87
Gráfico 3	– ADI 4277 - frequência dos tipos de referências a normatividades jurídicas, por ministro/a89
Gráfico 4	– ADI 4277 - soma total dos tipos de argumentos utilizados no acórdão89
Gráfico 5	– ADPF 186 - frequência dos tipos de referências utilizadas, por ministro/a94
Gráfico 6	– ADPF 186 - frequência dos tipos de argumentos utilizados, por ministro/a95
Gráfico 7	– ADPF 186 - soma total dos tipos de argumentos utilizados no acórdão98
Gráfico 8	– ADI 4983 - soma total dos tipos de argumentos utilizados no acórdão, conforme o posicionamento do ministro/a 103
Gráfico 9	– ADI 4983 - frequência dos tipos de argumentos utilizados, por ministro/a 104
Gráfico 10	– ADI 4983 - frequência dos tipos de caracterização utilizados, por ministro/a 107
Gráfico 11	– ADI 3510 - frequência dos tipos de referências a autores utilizadas, por ministro/a 113
Gráfico 12	– ADI 3510 - frequência dos tipos de argumentos utilizados, por ministro/a 115
Gráfico 13	– ADI 3510 - soma total dos tipos de argumentos utilizados no acórdão, conforme o posicionamento do ministro/a 117
Gráfico 14	– ADPF 186 - soma das referências à sociedade civil, por ministro/a 121
Gráfico 15	– ADI 4277 - soma das referências à sociedade civil, por ministro/a . 121
Gráfico 16	– ADI 4983 - soma das referências à sociedade civil, por ministro/a . 122
Gráfico 17	– ADI 3510 - soma das referências à sociedade civil, por ministro/a . 123

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGLT	– Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	– Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AFROBRAS	– Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural
ANIS	– Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero
CFOAB	– Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CNBB	– Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CONEP	– Conselho Nacional de Ética na Pesquisa
CRT	– <i>Critical Race Theory</i>
DCDP	– Divisão de Censura de Diversões Públicas
DEM	– Partido Democratas
EDUCAFRO	– Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes
EUA	– Estados Unidos da América
FUNAI	– Fundação Nacional do Índio
IARA	– Instituto de Advocacia Racial e Ambiental
IBDFAM	– Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	– Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICCAB	– Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira
IDDH	– Instituto de Defensores dos Direitos Humanos
IPEA	– Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MNU	– Movimento Negro Unificado
MPMB	– Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro
PGR	– Procuradoria-Geral da República
PMDB	– Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PT	– Partido dos Trabalhadores
PV	– Partido Verde
RE	– Recurso Extraordinário
RJ	– Rio de Janeiro
RMDS	– Regra de Maioria Decisória Simples
RS	– Rio Grande do Sul
STF	– Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A SOCIOLOGIA POLÍTICA DURKHEIMAINA: ENTRE O VALOR MORAL E A AÇÃO POLÍTICA	24
3	O STF E A DELIBERAÇÃO ENTRE OS MINISTROS	53
4	OPERACIONALIZAÇÃO CONCEITUAL E METODOLOGIA DE PESQUISA 69	
4.1	CATEGORIAS DEDUTIVAS	71
4.2	CATEGORIAS INDUTIVAS	76
4.2.1	Caracterização do fato	76
4.2.2	Caracterização moral do fato	76
4.2.3	Referência a autores	77
4.2.4	Referência às normatividades jurídicas	77
4.2.5	Referência à sociedade civil	78
4.2.6	Referência a dados históricos e científicos	78
4.2.7	Opinião sobre o STF ou sobre os outros Poderes de Estado	78
5	ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS	80
5.1	O CASO DA ADI 4277	80
5.2	O CASO DA ADPF 186	90
5.3	O CASO DA ADI 4983	98
5.4	O CASO DA ADI 3510	108
5.5	ANÁLISE CONJUNTA DOS CASOS	117
6	CONCLUSÃO	128
	REFERÊNCIAS	132
	APÊNDICE A. ADPF 186 – EXCERTOS EXEMPLARES RELATIVOS AS CATEGORIAS DEDUTIVAS, POR MINISTRO/A	139
	APÊNDICE B. ADI 4277 – EXCERTOS EXEMPLARES RELATIVOS AS CATEGORIAS DEDUTIVAS, POR MINISTRO/A	143
	APÊNDICE C. ADI 4983 – EXCERTOS EXEMPLARES RELATIVOS AS CATEGORIAS DEDUTIVAS, POR MINISTRO/A	148
	APÊNDICE D. ADI 3510 – EXCERTOS EXEMPLARES RELATIVOS AS CATEGORIAS DEDUTIVAS, POR MINISTRO/A	153

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa constitui tentativa de compreender como importantes e profundos conflitos morais são resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), órgão que cada vez mais tem exercido protagonismo nos assuntos públicos que perpassam a sociedade brasileira. Como a união homoafetiva pôde ter sua constitucionalidade afirmada por esta corte? Que dispositivos legais, retóricos e doutrinários foram mobilizados no acórdão? Houve sintonia entre as fundamentações expressas em cada um dos votos apresentados? Ou o que fez a STF foi simplesmente expor a opinião de onze pessoas com mais trinta e cinco anos de idade, de notório saber jurídico, nomeadas pelo Presidente da República e sabatinadas pelo Senado Federal, para então, e quantitativamente, afirmar uma decisão?

A premissa inicial que dá base a este trabalho sugere que, se quisermos bem compreender como se desenvolvem os conflitos morais e quais suas possíveis formas de solução, faz-se necessário atentar para o fato de que atualmente estes constituem também importantes e profundos conflitos jurídicos. Dito de outro modo, as perguntas aqui feitas visam melhor compreender como valores cultuados enquanto sagrados por diferentes grupos sociais são relacionados com argumentos jurídicos pela corte constitucional brasileira.

A estas perguntas muitas respostas já foram oferecidas. Contudo, são bastante raros os trabalhos que analisam especificamente os conflitos morais julgados pelo plenário do STF. Ainda que apresente limitações, é neste sentido pretendemos contribuir para campo de estudos onde sociologia da moral e sociologia do direito se encontram. Antes de delimitarmos qual seja o problema sociológico que serviu de guia a esta investigação, contudo, expomos inicialmente o contexto no qual este debate está inserido.

Debruçar-se sobre o modo como o Poder Judiciário decide acerca da constitucionalidade de importantes valores morais diz respeito não apenas às formas através das quais a difícil relação entre diferentes normatividades morais se expressam em uma mesma sociedade. Não se trata somente de se observar quais os argumentos são mobilizados, por exemplo, pelos grupos que defendem o uso de cotas raciais em universidades públicas e pelos grupos que entendem que este procedimento seja intrinsecamente desigual, para a partir daí se construir métricas que nos permitam inferir

a qualidade dos votos dos ministros e ministras do STF. Analisar como o Poder Judiciário decide sobre a constitucionalidade de importantes valores morais socialmente compartilhados diz respeito também à relação possível entre dois dos principais pressupostos políticos das sociedades ocidentais, as noções de justiça e de democracia.

A questão-chave, contudo, não necessariamente nos conduz a definir qual seja a forma mais justa de solucionar certo conflito moral, se tais conflitos devem ser decididos de modo democrático ou se, ao contrário, há direitos fundamentais a serem assegurados pelas instituições estatais ainda que a contragosto da maioria política. A questão-chave diz respeito à centralidade da democracia nas sociedades atuais. Não apenas sua centralidade prática – ou seja, sua capacidade de responder de modo efetivo aos diferentes conflitos sociais – mas também sua centralidade simbólica, enquanto valor público cultuado socialmente, capaz de construir vínculos entre grupos sociais com visão de mundo opostas.

Sobre esta questão, a segunda década do século XXI tem se mostrado período de grande e inesperada instabilidade para aos países que ao menos formalmente pretendem organizar suas instituições públicas em acordo este valor político. Os imensos desafios colocados às sociedades crescentemente interconectadas e culturalmente plurais (BERGER; LUCKMANN, 2004); as grandes transformações que as novas tecnologias têm imposto ao funcionamento dos debates públicos (CASTAÑEDA, 2017); a herança histórica colonial ainda tão presente nos diferentes âmbitos de sociedades como a brasileira (CARDOSO, 2010; SOUZA, 2003) são apenas alguns dos mais importantes fatores que parecem compor o conjunto de razões que ajudam a compreender as atuais disfuncionalidades da democracia enquanto prática institucional. Disfuncionalidades que fazem com que sua relação com a justiça, entendida também enquanto outro valor político, se torne sobremaneira complexo.

Nesse sentido, a opção teórica e metodológica feita por Charles Tilly, de investigar não o que seja a democracia, mas sim o que sejam os processos de democratização e desdemocratização, parece ter melhores condições apreender como os valores e práticas democráticas se relacionam com valores e práticas tocados por outras matrizes morais, mas igualmente presentes nas instituições públicas. Para Tilly,

[...] a questão da democratização e da desdemocratização coloca o dilema do poder central versus a vontade popular. Sem uma significativa capacidade do Estado, demandas coletivas expressas pelos cidadãos não podem se traduzir em transformações da vida social. Com uma capacidade do Estado sig-

nificativa, contudo, os governantes inevitavelmente podem sentir-se à vontade para utilizar essa capacidade para reproduzir suas posições de poder, para implementar os programas que eles preferem, e recompensar seus apoiadores (TILLY, 2007, p. 58, tradução nossa¹)

Ou seja, o dilema básico das sociedades contemporâneas referido pelo autor só pode ser resolvido com a atuação de diferentes órgãos do Estado, no sentido de fazer com que haja abertura institucional para as demandas oriundas da vontade popular. Contudo, a questão fica sobremaneira mais complexa se questionarmos o próprio conceito de “vontade popular” utilizado por Tilly. As sociedades atuais são compostas por uma imensa diversidade de grupos que, em muitos casos, cultuam valores morais diametralmente opostos entre si. Esta relação poderia ser resolvida simplesmente através a abertura institucional e fortalecimento das liberdades civis e políticas? A quem deve ser dada a competência para afirmar qual seja a verdadeira vontade popular? Qual deve ser a métrica utilizada para solucionar casos em que, por exemplo, o direito à liberdade de expressão é utilizado para fortalecer discursos abertamente xenófobos ou racistas? Diversas tentativas de solução já foram postas em prática em diferentes países e casos concretos. Em todos, a relação existente entre vontade popular, democracia, valores morais e justiça se mostrou extremamente intrínca. Se não formos minimamente capazes de compreender como as instituições públicas elaboram suas respostas a essas questões, tampouco teremos condições de responder à pergunta com que Tilly finaliza o parágrafo acima transcrito:

A democracia implica o consentimento negociado no exercício do poder estatal concentrado. Por essa razão ela sempre envolve a mobilização popular. Mas quais condições farão com que o consentimento seja livre, vinculante e dependente do desempenho do governo? (TILLY, 2007, p. 58, tradução nossa²)

Certamente uma das condições que influenciam na qualidade e efetividade dos processos de democratização é a forma como o Judiciário e seus juízes manejam e decidem as importantes questões que chegam a seus gabinetes. Mesmo sendo o

¹ No original, “democratization and de-democratization pose the dilemma of central power versus popular will. Without significant state capacity, citizens’ expressed collective demands cannot translate into transformations of social life. With significant state capacity, however, rulers inevitably feel the urge to use that capacity to reproduce their power positions, to pursue the programs they prefer, and to reward their supporters.”

² No original: “Democracy involves negotiated consent in the exercise of concentrated state power. For that reason, it always involves popular mobilization. But what conditions will render that consent open, binding, and contingent on governmental performance?”

único dos Poderes que não tem no voto direto o método de escolha dos indivíduos legitimados a exercer suas competências, o Judiciário tem se tornado cada vez mais responsável pela boa ou má qualidade da democracia praticada no Brasil. E isto não diz respeito apenas a decisões sobre processos eleitorais, sobre como devem ser organizadas e financiadas as candidaturas ou quando um político deve ser impedido de ocupar determinado posto na hierarquia governamental. Mesmo a atividade judicial que decide sobre questões que tratam de temas morais, que organizam o horizonte normativo de diferentes grupos sociais, produzem importante impacto sobre a qualidade democrática do país.

O reconhecimento da união homoafetiva ou da constitucionalidade das políticas afirmativas que garantem cotas de ingresso de grupos historicamente alijados dos espaços privilegiados citados acima, geram impactos sociais profundos não só pelas alterações concretas no cotidiano da vida pública brasileira, mas também pela dimensão simbólica e valorativa de democracia que é reafirma em cada uma dessas decisões. Para que se possa bem compreender estas questões, contudo, não basta que se olhe para o resultado quantitativo das decisões afirmadas pelo STF, faz-se necessário analisar também para o modo pelo qual elas são produzidas e fundamentadas.

É importante, contudo, ter em mente que as razões que fizeram com que o Poder Judiciário constituísse esfera institucional tão relevante não se limitam ao contexto político e social brasileiro. Nesse sentido, o “modelo seguro” de Ginsburg (2003) afirma que quanto mais incerto e pluralista é o processo político vigente em um país, maior a probabilidade de empoderamento de seus juízes. Quanto menos dispostas estão as instituições representativas em decidir sobre intrincadas questões sociais, maior passa a ser a relevância das cotes constitucionais.

No Brasil, este aumento de relevância do Poder Judiciário foi formalmente consolidado através de dois fatores principais. O primeiro deles diz respeito à grande extensão dos atores políticos e sociais com legitimidade ativa para propor ações de controle de constitucionalidade (ARANTES, 2005). São diversos os setores que podem provocar o STF para que este se manifeste sobre a constitucionalidade de diferentes

diplomas legais³. O segundo fator deve-se à escolha do constituinte originário brasileiro por conjugar o modelo de controle de constitucionalidade concentrado e com o modelo de controle de constitucionalidade difuso⁴.

Contudo, se por um lado isso autoriza diferentes analistas a considerar o STF como instituição que têm relevante poder no cenário político nacional, por outro, não se pode afirmar que os ministros do STF trabalhem continuamente para revisar todas as decisões socialmente relevantes. Ao contrário, em estudo publicado em 2008, Taylor demonstra que a taxa de rejeição em acórdão de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é de quase 90%. Ou seja, ainda que o STF tenha condições para exercer controle constitucional ativo – contrariando as decisões dos outros poderes – pouco faz nesse sentido. Ainda, conforme afirma Oliveira (2016) em estudo sobre as ADIs e a agenda do supremo, 62% dos casos de controle de constitucionalidade julgados pelo STF entre 1988 e 2014 dizem respeito à administração da burocracia estatal – sendo que a categoria “agentes públicos” representa 40%; “administração pública” 15% e “administração da justiça” 7%. Tal hegemonia temática permitiu a jocosa conclusão de que órgão máximo do judiciário brasileiro seria, na prática, um “Supremo RH” (OLIVEIRA, 2016), ocupado majoritariamente em emitir juízo sobre competências de órgãos estatais, cargos públicos, salários de servidores, etc.

³ Ainda que existam especificidades acerca das diferentes formas de controle concentrado de constitucionalidade, o artigo 103 da Constituição Federal de 1988, reformado através de emenda constitucional em 2005, dispõe o seguinte:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

⁴ O controle concentrado remete às contribuições de Hans Kelsen sobre a competência da corte constitucional. Esta analisaria em sentido abstrato as leis e atos aprovados pelos demais Poderes, com a finalidade de verificar sua compatibilidade com a constituição. Se declarada inconstitucional, os efeitos emanados com a decisão tem validade e eficácia sobre todo o território nacional, e não apenas entre as partes que constituem a ação. Por outro lado, o controle difuso de constitucionalidade remete às contribuições de Marshall e não diz respeito à competência da corte constitucional. Esta forma de atuação judicial pode ser aplicada por todos os juízes, mesmo de primeiro grau, ao analisarem uma determinada relação concreta e considerarem que, neste caso apenas, a lei ou ato deve ser considerado inconstitucional. No modelo judiciário Brasileiro há a vigência destes dois modelos de controle constitucional.

Ainda que seja fundamental expor estas características gerais sobre o STF para que possamos bem compreender sua função cotidiana na estrutura estatal brasileira, não são esses casos que interessam a esta pesquisa. Dado que visamos compreender como o Judiciário brasileiro resolve conflitos morais, nosso foco está restrito às decisões acerca dos direitos civis e sociais, conforme a classificação de Oliveira. Essas temáticas representam um diminuto percentual das ADIs julgadas com decisão final no STF, incluídos no grande grupo “sociedade civil”, que representam 15% do total das ADIs com decisão final pelo STF de 1988 a julho de 2014, os direitos civis constituem apenas 13% destas decisões e as referentes aos direitos sociais, 48%. Como a grande maioria das ações referentes aos direitos sociais tratem de direitos trabalhistas, entenderemos que os conflitos morais julgados pelo STF estão sobretudo no âmbito dos direitos civis.

É justamente nesses poucos casos relacionados aos direitos civis que o ativismo do STF se faz sentir em maior intensidade. Ou seja, os juízes parecem estar mais dispostos a decidir ativamente quando a temática apresenta grande relevância social e moral, o que, por sua vez, faz com os representantes eleitos se sintam pouco inclinados a lidar com a questão (HIRSCHL, 2013). É este estado de coisas justificaria a irônica classificação do modelo político brasileiro como sendo na prática uma “supremocracia” (VIEIRA, 2008).

Ainda que com tais dados se possa ter noção do comportamento geral do STF, fica sem resposta os questionamentos que indagam como as decisões do STF são produzidas e comunicadas. Dado que o alegado objetivo do Judiciário é o de promover a pacificação dos conflitos sociais, compreender a forma como esta solução é comunicada adquire central importância. Sem comunicação minimamente eficiente, mesmo as melhores decisões correriam sérios riscos de não atingirem seus objetivos. Sobre esta questão voltaremos a nos aprofundar no final do próximo capítulo. Contudo, como estamos ainda na introdução deste trabalho, para que se possa fazer emergir os diferentes aspectos tocam as decisões judiciais e sua relação tanto com a democracia como com a justiça, nos utilizaremos das angústias do sr. Mockinpott, personagem principal de uma peça escrita pelo dramaturgo Peter Weiss nos anos 1960⁵.

⁵ No original “Wie dem Herrn Mockinpott das Leiden ausgestrieben wird”. A peça foi traduzida para o português com o título “De como lhe foi estirpado o sofrimento ao senhor Mockinpott”, que foi no Brasil censurada pela Divisão de Censura de Diversões Públicas (DCDP) da Ditadura Civil Militar, em 1975.

A angústia do sr. Mockinpott tem razão de ser: desde o primeiro ato da peça ele se encontra preso e sequer sabe o motivo que justifique tal adversidade em sua vida. Na esperança de se ver livre, já que aparentemente não cometeu crime algum, chama o guarda da prisão que, somente após alguns xingamentos e um exigente surbroto lhe permite ver um advogado. Este por sua vez, sem ocupar-se em explicitar sua situação jurídica, arditosamente promete devolvê-lo à liberdade, mas desde também seja muito bem pago por seus serviços. Depois de perder grande parte de suas economias e de diversas idas e vindas, o desafortunado sr. Mockinpott é posto diante de uma junta governamental que, sem sequer ouvi-lo e depois de conversar de assuntos que em nada se relacionam com sua situação, emitem um extenso veredito que entre outras partes assevera⁶:

Unidos reunidos firmemente decididos
 A tudo decididos destemidos a negociação abrimos
 Conscientes pertinentes de mentes cientes
 Impenitentes cientes e muito conscientes
 Cientes conscientes de mentes penitentes
 Infinitos esforços no melhor dos acordos
 Inofensivo recorde infinito imprescindível
 Melhor acordo perigoso recorde esforço
 Responsabilidade contabilidade responsabilidade contabilidade
 Contabilidade responsabilidade contabilidade responsabilidade.
 (WEISS, 1975, p. 30)

Nem bem termina a sentença, uma das pessoas presentes no tribunal adianta-se a saudar: “um belo discurso muito edificante, a língua talvez um pouco flutuante, mas as palavras, contudo que temos ouvido, são para nós um saldo positivo”. O sr. Mockinpott contudo não se dá por satisfeito: “Sei tão pouco quanto dantes como após estas palavras [...] como é que vai ser se eu continuar ignorando; o que é que está certo e o que está errado?”. Absolutamente desconexa, a sentença não é minimamente capaz de satisfazer os justos anseios do sr. Mockinpott que, sem saída, enfrenta o fato de ser apenas espectador frente ao tribunal que decide o seu futuro. Impedido de pôr fim à sua angústia, e depois de ter passado pelas mãos de um médico que afirma que o problema está em sua cabeça, o sr. Mockinpott acaba por refugiar-se de seus sofrimentos no aparente conforto da loucura.

Ainda que utilizando de boa dose poesia, os desafios enfrentados pelo sr. Mockinpott têm importantes conexões com a diversidade de casos que cotidianamente

⁶ Este trecho da peça foi integralmente censurado pelo DCDP (WEISS, 1975).

são decididos, sem que as pessoas diretamente afetadas pela questão sejam ouvidas e consideradas. Os obstáculos que as mulheres grávidas de fetos anencéfalos tiveram que enfrentar por muitos anos no Brasil, é exemplo desta realidade. Apenas em 2012 foi proferida pelo STF decisão que permite nesses casos a antecipação terapêutica do parto, em exceção ao artigo 124 do Código Penal que até então qualificava esta prática como crime de aborto.

O dilema moral que constitui este caso é evidenciado inclusive pelo termo, “antecipação terapêutica do parto”, cunhado pelas próprias mulheres grávidas de fetos anencéfalos (DINIZ, 2014), que não se sentiam bem com a palavra “aborto” que por vezes constavam nas decisões proferidas pelos juízes. A intensidade do sofrimento e descontentamento dessas mulheres, muito bem registrado no minidocumentário “Uma história severina” (ANIS, 2004), lançado do mesmo dia em que os ministros do STF revogaram a decisão liminar que assegurava a antecipação do parto nos casos de anencefalia, também nos permite dimensionar a relevância social que envolvem as decisões judiciais que tratam de questões tão sensíveis. Questões que, ainda que não gerem impacto sobre a economia ou política nacional, são de grande influência para a qualidade dos vínculos sociais tecidos entre os diferentes grupos sociais e as instituições públicas. Tanto o sofrimento vivido pelo sr. Mockinpott como longo caminho percorrido pelos movimentos de mulheres até que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo fosse assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro nos ajudam a compreender, cada um à sua maneira, as relações existentes entre o Poder Judiciário e os diferentes grupos que convivem em uma mesma sociedade.

Estas considerações sobre a atuação do judiciário fazem com que surjam também outros questionamentos que se relacionam com os âmbitos mais gerais da organização social e política das sociedades atuais. Devemos nos perguntar se é consequente demandar que o Estado seja o ator político a proferir, de modo definitivo, decisões tão relevantes a diversos indivíduos e grupos sociais. Esse desejo por segurança jurídica e estabilidade institucional não seria pretensão mais afeita às teorias jurídicas e sociais que algo que diga respeito à realidade social, sempre complexa e multifacetada? Sobretudo quando direcionamos nossa atenção para os tipos de casos jurídicos que nos interessam neste trabalho, não seria exigir demais do silogismo jurídico demandar do judiciário decisões que consigam, de modo argumentativo, resolver os conflitos que dividem grandes grupos sociais?

A relevância deste questionamento fez com que importantes movimentos sociais e acadêmicos passassem a questionar a própria utilidade do direito enquanto meio e forma de solucionar estas questões. No contexto das crescentes manifestações pelos direitos civis que marcaram a segunda metade do século XX nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, muitos acadêmicos questionaram o papel que as instituições jurídicas poderiam exercer neste processo de luta por emancipação de grupos historicamente discriminados. Tais questões levaram à criação e fortalecimento do *Critical Legal Studies*, linha de pesquisa que se dedicou a demonstrar como o campo jurídico se relaciona com os processos dinâmicos e contraditórios que marcam a luta sociais. Talvez o principal exemplo dessa corrente de pensamento tenha sido produzido por Bell (1980), quando demonstrou que mesmo a histórica decisão da Suprema Corte dos EUA sobre o caso *Brown vs. Board Education*, que pôs fim à base jurídica que validava a doutrina da segregação racial, não trouxe avanços tão significativos ao movimento negro dos EUA, ao menos não tanto como se costuma acreditar.

Para Bell, esta decisão proferida no contexto do pós-segunda guerra, em 1954, quando os EUA buscavam aproximar sua imagem dos valores da liberdade e democracia a fim de se contrapor ao regime soviético, é que demonstra a instrumentalidade política do direito e, particularmente, desta decisão. O argumento fica sobremaneira mais consistente quando se analisa outras decisões posteriores da mesma Suprema Corte que, ainda que não tenham revogado a decisão de 1954, reduziram severamente sua amplitude e densidade normativa.

Outra importante linha de estudos, denominada *Critical Race Theory* (CRT), também se mostrou preocupada em demonstrar como o direito é utilizado para legitimar e perpetuar tratamentos desiguais com base na cor dos indivíduos. Contudo, diferente de Bell, grande parte dos integrantes da CRT entendiam que, ainda que apresentasse claras contradições, a linguagem dos direitos continuava a ser importante instrumento dos movimentos que lutam por emancipação social. Nesse sentido, ainda que reconheça que o discurso dos direitos ofereça “universo referencial restrito” (NERIS, 2017), ao contrário de simplesmente apontar as limitações desta concepção, Patricia Willians ressalta as profundas raízes que tal narrativa têm sobre os indivíduos e grupos sociais, optando por expandi-la ao invés de superá-la:

A tarefa é expandir os direitos de propriedade privada em uma concepção de direitos civis, no direito de esperar civilidade dos outros. Se descartamos todos os direitos, se descarta também um símbolo profundamente enredado na psique dos oprimidos para que se possa perdê-lo sem traumas e muita resistência. Ao invés disso, a sociedade deve reconhecê-los. (WILLIANS, 1991, p. 164-165, tradução nossa⁷).

Esta leitura sobre o papel dos direitos e da normatividade jurídica torna-se mais complexa quando o foco da análise é direcionado para sociedades que foram constituídas historicamente sob o paradigma do extrativismo e posteriormente do capitalismo periférico, onde mesmo a ideia mais incipiente de industrialização ou produção de conhecimento nacional só se fez presente no século XX. Neste contexto, se pode mesmo questionar se a linguagem dos direitos consegue se fazer valer como “um símbolo profundamente enredado na psique dos oprimidos”, como defende Willians.

Sobre tal questão, relevante parece ser a contribuição de Jessé Souza (2004), que através de pesquisas empíricas identifica que há no contexto brasileiro um grande déficit no compartilhamento homogêneo entre todos os grupos sociais do que chama, em referência à teoria bourdieusiana, de *habitus* primário. Nesse sentido, a maior parcela da população brasileira seria historicamente educada, por meios informais e desde a mais tenra idade, a sentir que o seu lugar é o do serviço braçal, subalterno e desvalorizado; ao mesmo tempo que apenas uma reduzida parcela da sociedade conseguiria transmitir a seus familiares mais próximos o *habitus* primário que está em acordo com a dinâmica das sociedades atuais, pautadas pelo pensamento prospectivo e, inclusive, pela linguagem dos direitos.

Cada uma das perspectivas teóricas expostas nesta breve introdução deixa claro que o direito, entendido enquanto objeto de pesquisa sociológico, pode se apresentar de diferentes modos assim como abordado empiricamente por diferentes ângulos. Além dessas perspectivas, outras referências igualmente importantes também poderiam ser expostas a fim de melhor explicitar as características do objeto aqui analisado. Contudo, como no processo de construção desta pesquisa o interesse maior consistiu em compreender como normatividades morais e normatividades jurídicas se relacionam quando o judiciário decide sobre temas de grande relevância moral, dois caminhos investigativos principais se apresentaram como possíveis.

⁷ No original: “The task is to expand private property rights into a conception of civil rights, into the right to expect civility from others. In discarding rights altogether, one discards a symbol too deeply enmeshed in the psyche of the oppressed to lose without trauma and much resistance. Instead, society must give them away.”.

O primeiro deles é o se preocupa sobretudo com o *processo* de decisão judicial. Aqui as questões mais relevantes são: qual a origem social dos ministros e ministras do STF? Qual sua relação com os diferentes atores sociais e políticos interessados na causa em análise? Como eles entendem a relação entre o poder judiciário e os demais poderes? Como os membros do STF se relacionam entre si? O segundo caminho é o que questiona como os ministros e ministras do STF empiricamente *fundamentam* suas decisões. Aqui os objetivos principais da análise recaem principalmente sobre os tipos de argumentos e estratégias retóricas utilizadas em seus votos. Que tipologias argumentativas estão presentes? Os ministros e ministras utilizam argumentos estritamente jurídicos? Ou utilizam também de argumentos morais e políticos? Como se relacionam esses diferentes tipos de argumentos? A que atores sociais seus argumentos fazem referência? A legitimidade do argumento é afirmada de que modo?

Ainda que ambos os caminhos de pesquisa tenham profundas relações entre si, são abordagens diferentes que mobilizam referenciais teóricos diversos e sobretudo métodos de pesquisa diversos. Sobretudo por conta do problema sociológico proposto, optou-se por seguir o segundo desses caminhos. Ou seja, aqui se está mais interessado em compreender como os ministros e ministras fundamentam suas decisões e menos interessados em compreender o processo por que passa a construção das decisões judiciais.

Neste sentido, **o problema sociológico desta pesquisa questiona como normatividades morais, entendidas enquanto valores compartilhados por diferentes grupos sociais, e normatividades jurídicas, entendidas enquanto princípios e regras próprias do campo do direito, se relacionam nos argumentos produzidos pelos ministros e ministras do STF quando decidem sobre temas de grande relevância moral.** Esta é a questão que buscamos responder. Para tanto, como se verá no capítulo correspondente, construiu-se uma tipologia de análise que classifica os argumentos oferecidos pelos ministros e ministras de três modos distintos. A estas categorias, de tipo dedutivo, foram agregadas também outras categorias de análise, de tipo indutivo, que surgiram durante o período dos trabalhos empíricos desta pesquisa.

Tais instrumentos investigativos foram aplicados sobre quatro julgamentos de constitucionalidade decididos pelo STF que tratam de temas de grande relevância moral no período de 2008 a 2016. Os acórdãos de tais ADI e Arguições de Descum-

primento de Preceito Fundamental (ADPF) constituíram o objeto desta pesquisa e juntos somaram 1.179 páginas analisadas. As decisões são: a ADI 3510, que em 2008 decidiu sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias; a ADI 4983, que em 2016 decidiu sobre a constitucionalidade da Vaquejada, analisando a relação entre crueldade aos animais e manifestações culturais populares; a ADI 4277 que em 2011 decidiu sobre a constitucionalidade da união homoafetiva; e a ADPF 186 que em 2012 decidiu sobre a constitucionalidade das cotas raciais como critério de seleção para o ingresso em universidades públicas. A escolha por estes quatro casos se deve a três razões principais.

Primeiro, foram consideradas decisões do STF que tivessem a capacidade de promover alto grau de mobilização na esfera pública à época de seu debate e votação, fazendo com que diferentes grupos se organizassem na defesa dos valores e práticas morais que tiveram sua constitucionalidade julgada pelo plenário do STF. Por óbvio, o alto grau de mobilização social não é característica exclusiva destes quatro casos analisados, o que faz com que este seja apenas critério necessário, mas não suficiente para sua eleição.

A segunda razão que fez com que esta pesquisa tivesse este conjunto de objetos empíricos é o fato de cada uma destas decisões constitucionais tratarem de diferentes tipos de conflitos morais. Assim, as análises aqui feitas não ficaram restritas a questões morais que perpassam os debates sobre liberdade individual ou sobre direitos sociais, por exemplo, mas abordaram um maior espectro temático. Este critério se fez importante para que se pudesse investigar como o STF fundamenta as decisões que tratam de temas morais como um todo, sem se restringir analisar o comportamento da corte sobre um conjunto específico de valores morais. Esta é a causa, por exemplo, para não se ter analisado as duas principais ações que perpassam a temática sobre a definição jurídica do início da vida – a ADI 3510, que tratou das pesquisas com células-tronco embrionárias e a ADPF 54, julgada em definitivo em 2012, sobre a antecipação terapêutica do parto em caso de fetos anencéfalos. Neste caso específico, por critério de anterioridade, optou-se pela primeira.

A terceira razão que orientou a escolha das ações que formam o objeto empírico desta pesquisa diz respeito ao tipo de decisão alcançada pelo STF. Assim, foram eleitas tanto decisões proferidas por unanimidade como decisões decididas por apenas um voto (seis votos pela procedência e cinco votos pela improcedência, e vice-versa). Dessa forma, se pode investigar se o padrão argumentativo dos ministros e

ministras varia de acordo com o tipo de maioria formada em plenário. Os dois primeiros casos acima citados, a ADI 3510 (pesquisas com células-tronco embrionárias) e a ADI 4983 (vaquejada) foram decididos por apenas um voto enquanto a ADI 4277 (união homoafetiva) e a ADPF 186 (cotas raciais) foram decididos por unanimidade.

Acreditamos que essas quatro ações de constitucionalidade constituem objeto empírico capaz de fornecer amplo panorama sobre a relação entre normatividade jurídica e normatividade moral que perpassa os julgamentos do STF. É através da análise desses casos que pretendemos contribuir com duas linhas de debates principais.

A primeira delas é mais ampla, o que faz com que esteja presente de um ou outro modo em uma grande diversidade trabalhos e áreas de pesquisa. Diz respeito ao esforço por se compreender como, no contexto de sociedades plurais, as normas jurídicas se relacionam com as diferentes esferas e grupos sociais. Se esta temática suscita debates ao menos desde as precursoras contribuições de Erlich (1967) sobre a profunda assimetria existente entre o que diz a lei e o que de fato ocorre em sociedade, a elucidação destas questões, sobretudo em relação ao atual contexto das sociedades contemporâneas, parece estar ainda longe ocorrer. Ainda que com limitações, acreditamos que alguns dos dados produzidos nesta pesquisa possam, em certa medida, contribuir com esta questão.

A segunda linha de debates, diz respeito à qualidade da deliberação existente entre os ministros e ministras do STF. Devido à referida importância que as cortes superiores de diversos países adquiriram nos últimos anos, uma grande diversidade de estudos tem sido proposta a fim de analisar seu comportamento. No contexto brasileiro, onde os Tribunais Superiores não são obrigados a produzir um documento final único que explicita de modo ordenado as razões da decisão proferida, a própria racionalidade de tais decisões tem sido questionada por diversos estudos, todos mais ou menos de acordo com a tese das “onze ilhas” proposta originalmente pelo ministro Sepúlveda Pertence. Contudo, os dados produzidos nesta pesquisa parecem afirmar que, ao menos nos casos analisados, há a existência de dinâmicas deliberativas entre os membros da corte, uma vez que os mesmos parecem levar em conta não apenas o posicionamento de seus pares como também os argumentos oferecidos pelos mesmos, ainda que esse comportamento esteja longe de ser uma constante absoluta. Neste ponto os dados desta pesquisa, em sintonia com as contribuições de Oliveira (2017) e Mariano Silva (2018), indicam a necessidade de revisão parcial da tese do personalismo decisório defendidas sobretudo por Silva (2009, 2013) e Mendes (2010)

Para que ambas as contribuições pretendidas por esta pesquisa possam adquirir a consistência teórica necessária, no primeiro capítulo desta dissertação revisitaremos os escritos de Émile Durkheim, conferindo atenção especial a sua sociologia política. A razão para tanto se deve ao fato de que nesses escritos o sociólogo francês se mostra preocupado não apenas em compreender a política e suas formas de expressão – como é a democracia e a busca pela justiça – enquanto um campo de fenômenos sociais apartado dos demais, mas sim sua relação com outras dimensões da realidade social. Dado que Durkheim se mostra especialmente ocupado em analisar que tipo de relações são formadas quando política, valores morais e o próprio direito estão em contato, reconstruir seus principais argumentos sobre esta questão, em interpretação sistemática com outras de suas obras, constitui tarefa necessária a esta dissertação. Assim, é através desses argumentos que propomos investigar como normatividades morais e jurídicas se relacionam nos votos dos ministros do STF que formam os quatro acórdãos aqui analisados.

2 A SOCIOLOGIA POLÍTICA DURKHEIMIANA: ENTRE O VALOR MORAL E A AÇÃO POLÍTICA

*Mas esse estado de incerteza e de agitação não pode durar eternamente. Virá o dia em que nossas sociedades conhecerão de novo horas de efervescência criadora ao longo das quais novos ideais surgirão, novas fórmulas aparecerão para servir, **durante algum tempo**, de guia à humanidade. (DURKHEIM, 1996, p. 473).*

Ainda que enfrentando grandes obstáculos, os eventos que deram ensejo ao que hoje se compreende como sendo característicos da modernidade foram constituídos e constituidores de novas formas de se ver o mundo. Através deles as liberdades individuais passaram a ter inédita preponderância frente às normas tradicionais, assim como o pensamento racional pode, legitimamente, questionar decisões que se apoiavam sobre a simples autoridade de seu remetente. Por vezes fazendo com que regularidades sociais se estabeleçam, por vezes evidenciando rupturas, o modo de organização especificamente moderno permitiu aos indivíduos construir relações onde a ação social autônoma pudesse florescer. Ou ao menos esta era a conclusão de muitos dos intelectuais da época.

Ainda que Weber (2004) já tivesse exposto as profundas e contraditórias consequências oriundas de sociedades crescentemente seculares e burocratizadas, talvez o mais persistente e relevante golpe dado à otimista visão sobre o que seja a modernidade tenha sido proferido pela chamada “virada linguística”. Se antes a linguagem era entendida simplesmente como meio através do qual se descrevia o que conhecimento produzido sobre o mundo, a partir do século XX o próprio conhecimento objetivo passou a ser entendido também enquanto linguagem. Se antes, por exemplo, parecia ser possível descobrir leis sociais através da análise do modo como indivíduos e grupos se organizam, com a virada linguística tais regularidades passaram a ser não descobertas, mas sobretudo produzidas pelos agentes do conhecimento, abalando assim as pretensões generalizantes dos ideais modernos.

Este estado de coisas, que relativizou a legitimidade das condições de validade, não só do conhecimento racional, mas da própria ontologia moderna, provocou o surgimento de diversas propostas teóricas a fim de fazer frente a estas novas questões. Ferrara (1993), em trabalho onde analisa a relação entre a pretensão universalista da modernidade e a irreduzível pluralidade de valores que a perpassa, constrói metáfora onde compara as questões postas pela virada linguística com o desafio enfrentado

por uma caravana que se encontra na parte ainda rasa, mas lamacenta de um rio, sem saber ao certo o que fazer para atravessá-lo e seguir a jornada. Em tal caravana, nos diz Ferrara, assim como na história do pensamento moderno, quatro grupos distintos se formaram, cada um com um diagnóstico diferente sobre a situação e, conseqüentemente, com estratégia distinta para superá-la.

O primeiro dos grupos defende que se siga utilizando os mesmos métodos e instrumentos que fizeram com que a caravana chegasse a desconfortável situação. Ou seja, para atravessar o rio faz-se necessário reafirmar a aposta no potencial explicativo do projeto moderno de racionalidade. Para tanto, seus integrantes ajustam o foco de análise para as grandes estruturas sociais, aplicando o que alguns consideram ser um método de pesquisa imparcial. Nesse grupo, composto por grande heterogeneidade, Ferrara inclui aqueles a quem nomeia de “marxistas analíticos”, assim como, no campo da teoria política, os que estudam e aplicam a teoria dos jogos.

O segundo grupo considera que a difícil situação na qual a caravana está inserida deve-se a erros passados, quando se utilizou a racionalidade para fundamentar afirmações e posicionamentos sobre os quais ela, de fato, não tinha competência. Para eles, o melhor a se fazer é aproveitar que ainda se está na parte rasa do rio e dar meia volta, retornando assim à terra firme deixada para trás. Isso não significa que não se poderia conciliar a noção clássica de validade com certa e nova noção de liberdade, por exemplo. O importante, contudo, é fazer com que a razão volte a ocupar o espaço que lhe é devido. Entre os integrantes do grupo estaria, em posição destacada, Charles Taylor.

Outro grupo tem perspectiva radicalmente diversa. Põe ênfase sobre as contradições daqueles que insistem em acreditar, de modo renovado ou não, nos pressupostos de validade que fizeram com que a caravana se encontre em tal situação. Defendem e lutam para que se reconheça a impossibilidade de se atravessar o rio com sucesso, assim como recordam os enormes problemas e ilusões vividos quando todos estavam acomodados em terra firme. Entre seus integrantes estão os pensadores franceses como Derrida, Foucault e Lyotard, que propõem que utilizar a força impeditiva do rio não para lamentar as insuficiências do projeto moderno, mas sim para que se lancem em barcos particulares e sempre limitados, deixando de buscar o universal em contexto de reconhecida pluralidade.

O último grupo, composto por autores como Habermas e Rawls, compartilharia de postura intermediária. Assim como os primeiros, insistem na possibilidade de se

atravessar o rio, mas para tanto preferem traçar sua estratégia sem nenhum saudosismo com as primeiras noções modernas de racionalidade, demasiadamente abstratas e distanciadas da realidade individual.

Ainda que esta rica metáfora dê ensejo a inúmeros debates, apenas a utilizamos neste capítulo para expor a diversidade de perspectivas sobre as quais estão postos não só o pensamento acadêmico, mas os diferentes posicionamentos políticos e valores morais compartilhados de modo mais ou menos intenso em um mesmo contexto geográfico e social. A metáfora de Ferrara ajuda-nos a perceber que diferentes concepções sobre o que seja o pensamento racional produzido na modernidade trazem consigo também diferentes e inescapáveis posicionamentos políticos, evidenciando assim as profundas relações existentes entre ambas as formas de se estar no mundo.

É justamente esta a intersecção que nos interessa. Uma vez que se reconhece os entraves que o método de conhecimento tipicamente moderno enfrenta ao tentar reduzir a realidade empírica a definidos e incontestáveis valores de verdade, diferentes dimensões da vida social passam a constituir relevantes e legítimos espaços de disputa moral e política. O que antes era constituído em grande parte por práticas e relações bem estabelecidas e mesmo reificadas, torna-se alvo de questionamentos promovidos tanto por atores internos como externos a determinado campo social. No contexto das grandes sociedades atuais os expertos apresentam cada vez mais dificuldade em fazer valer as regras do campo frente aos profanos - para usar da terminologia de Bourdieu (2011). Desse modo, diferentes formas de compreender e agir no mundo inevitavelmente entram em contato cada vez mais próximo, gerando, muitas vezes, intensos e duradouros conflitos.

Na modernidade, a esfera social que dispõe da vocação para solucionar tais conflitos é constituída preponderantemente pelos poderes e órgãos estatais, através de seus representantes eleitos, em contato mais ou menos próximo com os diferentes grupos que povoam a sociedade civil. Através de tais instituições os dissensos seriam expostos e, através da competência legislativa do Estado soluções, ainda que precárias, seriam propostas. Neste contexto, analisar o modo como o direito e as normas jurídicas se articulam e se relacionam nas sociedades plurais assume grande relevância por duas razões. A primeira delas diz respeito ao fato de que, ainda que com contradições, o direito constitui uma das principais formas através do qual o tipo específico de pensamento racional acima referido pode-se desenvolver em profundidade. O

segundo motivo diz respeito ao fato de que é também pelo direito que se expressam importantes dilemas morais existentes entre os indivíduos, grupos sociais e o Estado, uma vez que a linguagem jurídica é a linguagem formal das instituições.

Assim, se pode entender o direito não apenas como estrutura a partir da qual se afirma certa forma de compreender o mundo, mas também enquanto arena onde diferentes grupos sociais disputam o reconhecimento legítimo de seus valores de verdade particulares. Se o monopólio legítimo da violência é o principal critério que define a existência do Estado moderno, o ponto sobre o qual nos debruçamos neste capítulo visa investigar especificamente como a legitimidade de tal monopólio é afirmada e comunicada no que diz respeito especificamente aos conflitos morais.

Ainda que tais questões estejam longe de gerar qualquer tipo de consenso significativo entre os estudiosos, as diferentes perspectivas que as abordam são praticamente unânimes na atenção dispensada à interseção entre política, sociedade civil e Estado enquanto instâncias decisivas para a compreensão de como conflitos de valores que perpassam cotidianamente as sociedades atuais. Dessa forma, daremos ênfase às análises que visam compreender as dinâmicas próprias desses valores morais nas esferas políticas da sociedade civil e do Estado, pondo foco especial nas relações constituídas em conformidade com o direito, ou seja, onde o campo jurídico constitui uma espécie de moldura de legitimidade, dentro da qual os conflitos se estabelecem - ainda que, como dito acima, tais conflitos se expressem também de outras formas.

Na primeira parte deste capítulo se analisará brevemente como um dos principais teóricos do direito compreende o fenômeno moral para em seguida apresentar como o fenômeno moral é compreendido especificamente pela sociologia da moral durkheimiana através da exposição de seus principais conceitos. Com tal substrato teórico, na segunda parte, estaremos aptos a tratar em maior profundidade dos argumentos propriamente políticos da teoria durkheimiana, ou seja, como sua estrutura conceitual nos ajuda a compreender as consequências que a dinâmica política impõe ao modo como os diferentes valores morais se relacionam socialmente. Aqui, o ponto principal no qual estaremos interessados em analisar é a importância especial atribuída por Durkheim à relação entre o Estado e os grupos da sociedade civil na constituição de um ideal moral que seja capaz de perpassar, se não todos, ao menos a grande maioria dos grupos que compõem uma sociedade de tipo moderno. Através de esforço interpretativo, propomos três características principais estabelecidas atra-

vés dessa relação. Na parte final do capítulo, buscamos ainda, em diálogo com teóricos contemporâneos, atualizar as contribuições de Durkheim de modo que se possa utilizá-las para compreender as diferentes realidades sociais, inclusive e em certa medida, a sociedade brasileira.

Seja em universidades ou em tribunais, Hans Kelsen talvez seja um dos teóricos do direito mais utilizados para sustentar diversidade incongruente grande de argumentos e posições. Como um dos principais defensores da possibilidade da análise estritamente científica sobre o mundo jurídico, Kelsen argumenta em favor da especificidade de seu objeto de estudo, as proposições jurídicas, separando-as tanto da esfera política, como também das questões morais. É neste ponto que ele nos é relevante.

Para Kelsen, direito e moral não podem ser distinguidos por seu conteúdo. Ambos os âmbitos da realidade social são profundamente tocados tanto pela reflexão racional como pelo costume. A única forma possível de separá-los é atentar, não para o que eles proíbem e prescrevem, mas sim para a forma como o fazem. Dessa maneira,

[o] direito só pode ser distinguido essencialmente da moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que suas sanções consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 2009, p. 71)

É a partir dessa compreensão sobre as diferenças entre o direito e a moral que Kelsen visará elucidar que tipo de relação há entre ambos. Para tanto se fez necessário afastar a ideia, bastante difundida entre estudiosos da época, de que exista uma única moral. Kelsen rejeita esta possibilidade tanto em termos científicos, dado que valores absolutos só podem ser admitidos com base em crença religiosa ou argumentos de autoridade, como em termos empíricos, dado que “em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si.” (KELSEN, 2009, p. 72). A única característica compartilhada por todos os sistemas morais seria, portanto, o fato de serem espécies de uma categoria ainda maior, as normas sociais.

O direito, por outro lado, não apresentaria tais relações de interdependência. Constituído através de um ordenamento racionalmente organizado, as normas jurídicas são dotadas, na visão de Kelsen, de autonomia interna frente a outras esferas normativas. Como consequência, o sistema jurídico não tem nenhuma ligação profunda com qualquer noção substantiva de justiça. A definição de uma conduta como boa ou má, justa ou injusta, é feita tendo como referência não as normas jurídicas, mas sim as normas morais.

Por isso, para Kelsen e tantos outros positivistas jurídicos, do ponto de vista da chamada Ciência Jurídica, pouco sentido há em questionar o valor moral do direito. Este sempre será relativo e heterodeterminado, uma vez que sua fundamentação não se encontra em nenhum princípio moral, mas sim na legalidade da lei. Este entendimento, contudo,

[...] não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom. Na verdade, o conceito “bom” não pode ser determinado senão como “o que deve ser”, o que corresponde a uma norma. Ora, se definimos o Direito como norma, isto implica que o que é conforme-ao-Direito (das Rechtmässige) é um bem. (KELSEN, 2009, p. 76).

É assim que, após rigorosa distinção sobre o que seja tanto o direito como a moral, Kelsen pode reatar ambos os sistemas normativos, defendendo ser desejável que as práticas do direito sejam compatíveis com as demandas por justiça reiteradamente afirmadas em sociedade. Esta defesa, no entanto, não faz referência a qualquer necessidade interna do direito. Simplesmente deriva da expectativa de que, havendo proximidade entre a lei e o que socialmente é entendido como justo, as normas jurídicas seriam melhor observadas. Em última instância sua posição permanece a mesma: “uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie uma ordem moral.” (KELSEN, 2009, p. 77).

Para Kelsen, portanto, questionar as condições e consequências sociais do fato de grandes conflitos morais existentes no interior de uma mesma sociedade serem resolvidos por uma corte que aplica um direito único, não é uma questão relevante, ao menos não para a então emergente ciência jurídica. Por definir a moral em relação negativa com o direito, o estudioso austríaco genuinamente não se ocupa em analisar a validade e independência social das normas jurídicas frente aos outros tipos de normatividades. Para Kelsen uma das características distintivas da ciência jurídica tal

como ele a entendia consiste justamente no fato de esta não de se preocupar com âmbito do ser, mas unicamente com o dever ser da norma.

Estando menos interessado em investigar a ordem social e mais interessado em entender o problema da natureza evolutiva da ordem (GIDDENS, 2005, p. 14), Émile Durkheim também entende o dever ser enquanto dimensão normativa que informa a ação dos indivíduos e grupos sociais. Ao contrário de Kelsen, no entanto, não priorizará o plano lógico-jurídico em suas análises. Para Durkheim, o dever ser está contido no domínio da moral, entendida esta como âmbito da realidade social tocada por dignidade particular (DURKHEIM, 2008).

Tais afirmações, por sua vez, só tem sentido se recuperarmos a definição dada por Durkheim sobre qual seja o interesse prioritário da sociologia. São os fatos sociais que constituem o objeto de estudo desta então emergente ciência social. Sendo exteriores aos indivíduos e alheios a suas vontades particulares, os fatos sociais se caracterizam ainda pela capacidade de coagir os indivíduos e grupos a agir de modo específico. Isto não significa, no entanto, que não haja liberdade para divergência no âmbito da agência particular. O que se põe em evidência são os custos, riscos e esforços a serem despendidos pelos indivíduos que reiteradamente afirmam condutas contrárias ao dever ser preponderante. Nesse sentido, dentre os objetos passíveis de serem estudados pelo método proposto por Durkheim, os fenômenos morais adquirem maior importância. Isso pois, eles não apenas constituem categoria de fatos sociais que são exteriores aos indivíduos, como também os coagem de modo singular, uma vez que a não observância de suas prescrições implica em uma sanção de tipo especial por parte da sociedade (DURKHEIM, 2008).

A periódica obrigação imposta a todas e todos cidadãos brasileiros de, a cada dois anos, ir às urnas a fim de eleger seus representantes nas diferentes esferas políticas certamente constitui fato social de grande relevância. Ainda que o alistamento fosse facultativo, dada sua generalidade e imperatividade frente às volições particulares, este evento não deixaria de ser considerado fato social. Contudo, a sua caracterização enquanto fato moral, depende sobretudo do tipo de reação que dada sociedade impõe aos que decidem descumprir esta norma. Quanto maior for o grau de rechaço e mais grave for a sanção social aos que voluntariamente decidem abdicar de seu direito de eleitor, mais esta norma poderá ser considerada um fato social de tipo especial. Neste ponto, as punições meramente institucionais pouco nos dizem

sobre a qualificação moral ou não da conduta social. A imposição de multas coercitivas tem pouca relevância moral (DURKHEIM, 2002), se não forem acompanhadas de sanções que transcendam a dimensão pecuniária das relações humanas.

Em consonância, a moral não pode ser compreendida apenas como mandamento que obriga aos indivíduos a agir de determinado modo. Sua característica distintiva é seu caráter sagrado, ou seja, sua capacidade de revestir com uma dignidade particular todas as coisas que a envolvem (DURKHEIM, 2008, p. 25). Ainda que no âmbito particular e subjetivo de cada indivíduo as questões morais possam dar ensejo a embaraços e dúvidas, ela constitui uma unidade de princípios mais ou menos bem estabelecidas. Isso se deve ao fato de que a normatividade moral é dimensão coletiva, que faz com que as sociedades só possam ser bem compreendidas se reconhecida sua condição *sui generis* (DURKHEIM, 2002).

Nesse sentido, a tipologia do fenômeno moral tem duas características principais. O domínio da moral é constituído tanto por uma concepção de dever, que de modo objetivo regula a conduta humana, assim como por uma concepção de bem, que faz com que os regramentos morais não sejam imperativos apenas em sentido objetivo, como é próprio dos fatos sociais, mas também em sentido subjetivo, relacionando-se com os sentimentos e desejos dos indivíduos por eles tocados.

Sem uma dimensão de bem, um sistema de normas não pode ser caracterizado enquanto moral dado que neste caso seus mandamentos apenas são respeitados na medida necessária para se evitar as consequências negativas de seu descumprimento. A conduta rechaçada pela norma não seria, nesse sentido, considerada errada ou condenável. É deste tipo, por exemplo, a norma obriga aos indivíduos declarar anualmente seu imposto de renda. Por outro lado, um sistema normativo que se relaciona unicamente com o âmbito dos desejos, sendo entendido como algo afável aos indivíduos, tampouco poderia ser considerado enquanto moral uma vez que lhe faltaria a sistematicidade necessária que permite com que as condutas humanas se organizem e perdurem no tempo.

Assim, o fenômeno moral, nos diz Durkheim, comporta uma dimensão de dever e uma dimensão de bem, sem as quais a norma não poderia ser considerada propriamente enquanto tal. Ainda que a relação entre elas possa por vezes ser sentida pelos indivíduos como conflituosas e contraditórias, a unidade entre o dever e o bem deve ser verificada não nas subjetividades particulares, mas sim no modo como a sociedade, de modo habitual, configura determinada norma. De acordo com o modo como

as sociedades atuais se organizam e se renovam, por exemplo, um dado regramento moral que impõe uma conduta a ser seguida pode deixar de apresentar seu correspondente volitivo necessário, subsistindo assim apenas por mero hábito. Por outro lado, práticas sociais desejadas por indivíduos e grupos particulares, mas ainda consideradas imorais pelos regramentos objetivos da moral podem também paulatinamente modificar a unidade de princípios que informa a dimensão do dever, deixando de ser consideradas como imorais.

Como exemplo da primeira hipótese se pode pensar no divórcio, tradicionalmente entendido e sentido enquanto conduta proibida aos casais, mas que paulatinamente deixou de ser compreendido como uma afronta a um bem a ser protegido, ainda que as normas jurídicas continuassem a restringir ou mesmo proibir sua prática. Para nos mantermos na mesma esfera da vida social, o comportamento homossexual constitui exemplo da segunda hipótese, dado que tem se tornado prática cada vez menos estigmatizada tanto socialmente como juridicamente, ainda que grandes atrocidades continuem a ser perpetradas contra aqueles e aquelas que têm a coragem de agir de acordo com seus mais íntimos sentimentos.

Estes processos dinâmicos que constituem o modo através do qual a moral se apresenta nas sociedades atuais faz com que seja difícil identificar quais normas, sem qualquer dúvida, podem ser certamente consideradas morais. Nem mesmo os mais básicos consensos morais parecem resistir incólume às diferentes posições políticas defendidas atualmente. A prática da tortura, por exemplo, amplamente condenada nas culturas e religiões ocidentais, por vezes é apresentada como sendo estratégia de segurança pública por autoridades eleitas, sem que haja consistente reação social que imponha sanções a tal postura⁸. O certo, nos diz Durkheim, é que tanto mais uma norma seja observada e desejada pelos indivíduos, tanto mais ela será moral. Dada a centralidade da dimensão de dever e de bem que constituem a moral enquanto sistema normativo, abaixo nos deteremos em analisar mais a fundo cada uma delas. Em seguida apresentaremos o que pode ser considerado como a terceira característica moral das sociedades especificamente modernas.

⁸ Esta não é uma questão crítica apenas no contexto político brasileiro. Para Steven Lukes (2009), analisando o contexto das sociedades estadunidense e européia, a permissividade social e jurídica com práticas da tortura, sob a alegada necessidade de se combater o terrorismo por todos os meios, expõe importante risco de desintegração social.

A dimensão do dever de qualquer sistema normativo moral diz respeito ao seu aspecto mais externo. As normas morais não são sugestões aos indivíduos, mas sim obrigações imperativas que devem ser seguidas, sob pena de fortes sanções sociais e legais. O fato de não haver possibilidade de escolha sobre a necessidade de cumprimento das normas morais é justamente a qualidade normativa que permite florescer, no interior de uma mesma sociedade, uma mesma visão de mundo compartilhada. Se não houvesse acordo mínimo sobre quais as regras devem ser observadas virtualmente por todos os indivíduos, a própria possibilidade de uma sociedade subsistir no tempo enquanto tal estaria comprometida, uma vez que é este compartilhamento que faz com que indivíduos e grupos possam agir de modo prospectivo.

É por tais razões, nos diz Durkheim (2008), que o domínio do dever é aspecto moral constituído não sobre o hábito, mas sim sobre mandamentos. Estes são sempre exteriores aos indivíduos e, ao contrário dos hábitos, não são dependentes de sua esfera íntima e particular. É por não perceberem a importância dessa dimensão impositiva da moral para a permanência das sociedades, que Durkheim críticas representantes de diferentes escolas teóricas. Tanto Jeremy Bentham e os “economistas ortodoxos” como também Saint-Simon “e outros socialistas” (DURKHEIM, 2008, p. 50), se iludem quando qualificam como opressora uma realidade de possibilidades limitadas aos indivíduos. Para Durkheim, a regulação de certos aspectos da vida social, como se verá na parte final deste capítulo, é importante para que a própria noção de autonomia individual possa fazer-se valer. Em suma, ao expor as características principais da dimensão do dever que compõem a normatividade moral, Durkheim está ocupado sobretudo em demonstrar que a autoridade que emana de suas regras é condição necessária, ainda que não suficiente, para o florescimento de relações sociais duráveis e minimamente estáveis.

A dimensão do bem, o segundo elemento da moral durkheimiana, enfatiza o fato de as normas morais não serem simplesmente compreendidas pelos indivíduos e grupos por elas tocados, mas serem por eles também sentidas. Ou seja, além de formarem uma unidade lógica de princípios e regras, para poder ser qualificado enquanto tal um sistema normativo deve também ser capaz de provocar nos indivíduos sentimentos de desejo, alegria, identidade, respeito, etc. (WEISS, 2010).

Ao compreender o bem como elemento constitutivo da moral, Durkheim o faz em contraponto à filosofia kantiana. Para esta, a moral em nada depende dos sentidos ou das paixões humanas. Ao contrário, seus fundamentos devem ser buscados – e

necessariamente encontrados – unicamente através do exercício da razão. Somente assim seria possível afirmar uma moral universal, comum a todas as sociedades. Durkheim rechaça tal noção, em que o indivíduo para ser autônomo é obrigado a seguir as prescrições racionais autoimpostas classificada como imperativo categórico. Ainda que seja desejável, sobretudo no contexto da modernidade, que os indivíduos conheçam e racionalmente concordem com os preceitos morais que informam suas ações, para a perspectiva durkheimiana o modo como as relações morais concretamente se desenvolvem indica que tal qualidade não é suficiente. A consistência lógica de um certo conjunto de preceitos morais não precisa ser das mais rigorosas para que indivíduos se organizem em grupos e dediquem aos mesmos parte relevante de seus esforços. É por constituírem também uma concepção de bem que as normas morais são profundamente sentidas e desejadas pelos indivíduos, produzindo e fortalecendo vínculos sociais entre os que cultuam e compartilham um mesmo conjunto de valores.

Tais vínculos, forjados em torno de ideais morais específicos, permitem que se formem forças coletivas capazes de confrontar outras forças coletivas já estabelecidas, exercendo assim ação inovadora no modo de organização da sociedade (DURKHEIM, 2008). Dada a centralidade que esta relação exercida entre os diferentes grupos tem para esta dissertação, uma vez que é capaz de relacionar a moral cultuada por grupos específicos com a dinâmica estabelecida entre a sociedade civil e instituições estatais, nas próximas páginas nos deteremos em analisá-la em maior detalhe. Por enquanto, é suficiente compreender que se as regras constituem o aspecto mais exterior dos sistemas morais, os ideais dizem respeito a uma versão mais elevadas das mesmas, fazendo com que correspondam a um sistema moral que cultua e entende enquanto sagrado um certo conjunto de valores. Melhor dito,

[...] um ideal moral nunca é uma crença individual, é sempre uma representação coletiva, internalizada pelo indivíduo e dotada de um status sagrado, e qualquer objeção a esta crença ou conjunto de crenças implica sanções por parte do grupo. (ROSSATI; WEISS, 2015, p. 122).

Desse modo, ainda que os fenômenos morais certamente se expressem dos modos mais diversos nas diferentes sociedades, para que possam ser considerados enquanto morais, devem apresentar ao menos a dimensão de dever e a dimensão de bem. Com as sociedades modernas não se dá diferente. Contudo, se antes a validade do sistema normativo era satisfeita através do exercício da autoridade externa e da

reafirmação dos vínculos afetivos cotidianamente constituídos sobre este signo, na modernidade tal homogeneidade é cada vez mais rarefeita. Dado que as condições materiais de reprodução da vida passam a permitir - e mesmo a exigir - que indivíduos permaneçam em contato cada vez mais próximo, cada qual se dedicando em uma atividade específica, mas dependente do exercício das demais, o substrato empírico sobre o qual os valores morais se constituem também se modificam.

Ao contrário das condicionantes sociais anteriores, que possibilitavam um constante contato entre as consciências individuais, fazendo com que as vidas particulares fossem profundamente reguladas pela ordem social vigente, na modernidade o encontro entre todas as consciências individuais passa cada vez mais esparso ainda que haja maior proximidade física entre os indivíduos e grupos. Dessa forma, para que um sistema normativo moral seja amplamente compartilhado, é necessário que suas prescrições não sejam demasiadamente restritivas às condutas particulares.

A perspectiva durkheimiana, portanto, entende que na modernidade, para que um o sistema moral mínimo possa fazer-se valer de modo geral, não basta que ele seja composto por uma dimensão de dever e de bem. É necessário que a essas dimensões básicas se insira uma terceira, capaz de depurar um conjunto mínimo de valores a serem observados virtualmente por toda a pluralidade de grupos e indivíduos que se dividem em um mesmo espaço social e que se organizam sob uma mesma autoridade. Para Durkheim, esta terceira dimensão é a que permite a inteligibilidade da norma moral (DURKHEIM, 2008, p. 124), melhor dizendo, é a que permite aos indivíduos racionalmente conhecer a razão de ser dos elementos - preceitos, ritos e crenças - que constituem a moral moderna e assim, os permite agir de acordo com os mesmos. É por isto que na modernidade o próprio indivíduo – entendido aqui enquanto indivíduo geral, sinônimo de sujeito de direitos humanos – torna-se o objeto maior de culto.

Para Durkheim, este terceiro elemento representa também o reduto possível da autonomia individual. É através do exercício livre da razão que os indivíduos podem encontrar as regras e normas a que respeitar, sem ter que buscá-las em escritos religiosos ou na simples autoridade totalitária. Neste ponto, certamente há uma aproximação entre a perspectiva durkheimiana e o pensamento kantiano. Contudo, a moral que Durkheim entende ser possível está vinculada às condições empíricas nas quais estão efetivamente inseridos os indivíduos e organizados os grupos sociais. Isto faz com que a autonomia tenha menos a ver com a livre escolha racionalmente informada

sobre quais normas o indivíduo irá se autoimpor e mais com o procedimento através do qual tais normas serão produzidas e compartilhadas. Ou seja, mais importante que agir do modo mais racional e coerente possível, é que seja dado aos indivíduos condições para que possam questionar e deliberar acerca da validade das normas a eles impostas, ainda que as conclusões daí derivadas não sejam as mais consistentes do ponto de vista lógico.

Este entendimento sobre o espaço que a autonomia ocupa na teoria moral durkheimiana é parte do esforço interpretativo desta pesquisa e diz respeito sobretudo, como veremos abaixo, ao modo como Estado e sociedade civil se relacionam de acordo com a sociologia política durkheimiana. Ainda que um tanto extensa, a citação abaixo nos ajuda a compreender como as dimensões de dever, bem e autonomia se relacionam na modernidade, segundo a perspectiva durkheimiana:

Tal autonomia preserva todos os traços distintivos dos princípios morais, mesmo aqueles em relação ao qual ela parece ser, e é, uma negação. Os dois termos antitéticos reconciliam-se e se encontram. Continuamos a ser limitados, por que somos seres finitos; somos ainda passivos diante da regra que nos ordena. Não obstante, essa passividade se converte em atividade, mediante o papel ativo que exercemos ao desejá-la deliberadamente; e nós a queremos porque conhecemos sua razão de ser. Não é a obediência passiva que, sozinha e por si mesma, constitui uma diminuição de nossa personalidade; é a obediência passiva à qual não consentimos com pleno conhecimento de causa. (DURKHEIM, 2008, p. 123).

Em uma situação hipotética ideal, nos diz Miller (2009), o exercício da razão autônoma permitiria aos indivíduos conhecer plenamente a fundamentação das normas morais que são lhes são autoimpostas. Desse modo, a racionalidade passaria a modificar também as outras características da moral, uma vez que através do pensamento racional os indivíduos se tornariam mais ou menos resistentes à determinadas normas oriundas da dimensão do dever, assim como as volições subjetivas da dimensão de bem seriam, em certa medida, prescindíveis. A dimensão da autonomia, dessa forma, é central para a emancipação dos indivíduos frente a condutas cotidianas, demasiadamente irrefletidas e normativamente determinadas.

A autonomia enquanto valor moral tipicamente moderno tem igualmente profunda relação com a divisão do trabalho, fenômeno que permite a existência em um mesmo espaço social de grande pluralidade de grupos cada vez mais diversos, especializados e interdependentes entre si. Ou seja, a fundamentação da autonomia, da forma como a entende Durkheim, não é derivada do unicamente do exercício abstrato

da razão, mas sobretudo da própria forma através da qual as sociedades modernas se organizam. É através dessa forma específica de entender os fenômenos morais que Durkheim irá se perguntar de que modo os diferentes grupos e atores da sociedade civil se relacionam nas sociedades crescentemente plurais. Por estabelecerem moldura teórica que permite aproximar os conflitos morais vigentes nas sociedades atuais da ação específica dos órgãos de estado – como é o caso das cortes de justiça – são estas as contribuições de Durkheim que particularmente nos interessam nesta pesquisa.

Para Durkheim, a existência de uma sociedade política pode ser afirmada quando “um número considerável de grupos secundários está submetido a uma mesma autoridade, que por sua vez não depende de nenhuma outra autoridade que lhe seja superior” (DURKHEIM, 2002, p. 63). Ou seja, o conceito durkheimiano de sociedade política é composto por duas instituições principais: por um lado estão os grupos secundários e por outro a autoridade autodeterminada, ou seja, o Estado.

Os grupos secundários correspondem às atuais entidades da sociedade civil. Sem ocupar-nos do extenso debate teórico sobre quais grupos, organizações e tipos de agências podem ser consideradas integrantes da sociedade civil (MAIA, 2010; GURZA LAVALLE, 2003; 2011), o importante a ter em conta aqui é que, na perspectiva durkheimiana, os grupos secundários formam a principal instituição através da qual os indivíduos encontram os meios para desvencilhar-se das normas e perspectivas da vida privada para se engajarem nos assuntos públicos próprios da sociedade política. Outra característica dos grupos da sociedade civil é que estes também constituem espaço onde são dadas as condições para que os indivíduos compartilhem de uma mesma visão de mundo, com características mais densas e substantivas que as oferecidas pelo sistema moral mínimo que perpassa todo o conjunto da sociedade.

Contudo, os diferentes grupos que compõem a sociedade civil não podem, por si só, realizar a autonomia enquanto valor próprio da sociedade moderna. Se para um grupo religioso, por exemplo, a observância de certas liturgias é sentida como algo sagrado, para outros pode não significar mais que propaganda enganosa. Se para diferentes movimentos feministas a legalização do aborto é entendida enquanto direito moral que confere dignidade à vida das mulheres, para determinados grupos religiosos o aborto é prática profundamente condenável. Dessa forma, no limite, ao invés de permitir aos indivíduos o exercício da autonomia, estas dissonâncias entre os grupos

podem fazer com que os mesmos se fechem sobre si mesmos, obrigando aos indivíduos a observância de normas e práticas que não são foram livremente aceitas pelos mesmos.

Assim, ainda que num primeiro momento os grupos secundários constituam fonte de abertura para a expressão moral própria da modernidade, se não forem minimamente regulados, podem provocar indevidas ingerências que podem acabar impedindo a expressão da autonomia enquanto valor moral. É nesse ponto que a segunda das instituições da sociologia política durkheimiana assume importância. O Estado, da forma como é entendido por Durkheim, tem justamente a função de regular a atuação dos diferentes grupos da sociedade civil, a fim de garantir que a autonomia dos indivíduos não seja anulada ao integrarem-se nos em tais grupos.

Nesse sentido, as recentes decisões do judiciário brasileiro que asseguraram o direito de indenização aos fiéis que, em momento de fragilidade emocional, foram coagidos a doar parte importante de seu patrimônio material aos cofres da igreja que faziam parte, são exemplos do papel que o Estado pode cumprir a fim de resguardar a individualidade moral dos indivíduos que se engajam coletivamente (MORI, 2018; LIMA, 2016). Se por um lado os laços morais fornecidos por tais grupos são sobremaneira centrais para que os indivíduos possam dispor um horizonte normativo comum a que cultivar, por outro lado tal condição expõe a delicada posição que os mesmos assumem diante das organizações coletivas. É justamente para minimizar as consequências dessa relação que o Estado assume importância.

Talvez a maior peculiaridade da sociologia política durkheimiana seja o modo como esta define o que seja o Estado, suas características e principais funções. Sem confundir-lo com os órgãos responsáveis por executar suas decisões, Durkheim (2002) afirma que o Estado é sobretudo um órgão deliberativo, composto por um grupo especial de funcionários, ocupados em organizar os valores e interesses que estão difusos na sociedade. Ainda que este conceito, demasiadamente restrito, seja de pouca utilidade para os dias atuais, se o relacionarmos com outras contribuições oriundas de sociologia moral e política durkheimiana, importantes consequências podem ser percebidas.

A principal delas diz respeito à relação existente entre o Estado e sua competência deliberativa. Bem entendida, esta vocação não deriva de qualquer atributo que seja interno ao modo que o Estado tem de se organizar. Durkheim sequer propõe claramente um arranjo institucional que permita compreender como os integrantes

desse grupo especial de funcionários seriam escolhidos. O papel deliberativo só pode ser delegado ao Estado na medida em que se reconhece a impossibilidade de que acordos morais mínimos sejam espontânea e livremente produzidos entre os grupos secundários que compõem a sociedade civil. Ou seja, sua vocação deliberativa lhe é atributo exterior, derivado do modo como os indivíduos e grupos sociais se organizam e se relacionam politicamente.

Durkheim define o Estado em contraposição a duas teorias principais. A primeira, nomeada de visão individualista, tem nas contribuições utilitaristas de Spencer seu principal exemplo. Na medida em que entendem que o objetivo fundamental das sociedades é a promoção dos interesses individuais, tais pensadores incorreram em erro ao não perceber que a sociedade constitui algo mais que a simples soma dos indivíduos que a compõe. Sem deter-se profundamente em analisar seus diferentes postulados, Durkheim afirma que esta percepção sobre o que seja o Estado “contraria manifestamente os fatos. Quanto mais avançamos na história, mais vemos as funções do Estado se multiplicam ao mesmo tempo que se tornam mais importantes” (DURKHEIM, 2002, p. 72). Ou seja, ainda que, como vimos, a perspectiva durkheimiana reconheça no individualismo moral substrato normativo capaz de perpassar os diferentes grupos que compõem a sociedade moderna, para ele o principal erro destes pensadores está no fato de não perceberem que as próprias liberdades individuais só podem fazer-se valer quando abrigadas sob a proteção das instituições públicas e estatais.

A segunda teoria rechaçada por Durkheim, por oposição à primeira, defende que o Estado constitui o objetivo superior da sociedade. Este modelo, compreendido de modo mais ou menos caricatural por Durkheim, se aproxima dos escritos de Hegel onde as liberdades individuais não seriam protegidas pelas instituições públicas, uma vez que suas finalidades não dizem respeito ao interesse dos indivíduos. O Estado teria seus próprios fins, mais relevantes e consistentes que as volições particulares. Ainda que aponte para diferentes períodos históricos em que o Estado e seus representantes tenham de fato agido de modo a confundir seus interesses com os de toda a sociedade, Durkheim nega que este modelo possa perdurar onde haja grande pluralidade de grupos sociais interdependentes.

Assim, para a perspectiva durkheimiana, o Estado que corresponde à forma de organização das sociedades modernas não pode anular-se frente aos interesses dos grupos e indivíduos particulares ou impor-se indevidamente sobre os mesmos. No

primeiro caso, os grupos secundários, guiados unicamente por seus específicos valores e interesses compartilhados, terminariam por dividir-se demasiadamente entre si, pondo em risco existência da sociedade como um todo. No segundo caso, a única força social passaria a ser, no limite, o próprio Estado, uma vez que as bases sociais interdependentes sobre as quais a modernidade se organiza teriam sua atuação inviabilizada.

Percebe-se assim uma dupla relação estabelecida entre os grupos da sociedade civil e o Estado. Por um lado, os grupos secundários contribuem com o fortalecimento dos valores morais mínimos da modernidade na medida que protegem os indivíduos frente às indevidas ingerências do poder Estatal. Dado que está demasiadamente distante da realidade concreta na qual os indivíduos e grupos tecem suas relações e conferem tonalidades particulares à moral amplamente compartilhada, o Estado não teria condições de regular seu funcionamento sem também avançar indevidamente sobre a autonomia que se expressa através da sociedade civil. Por outro lado, dado que os grupos secundários se organizam em torno de normas e valores morais mais densos que os abstratamente promovidos pelo individualismo moral, há também o risco de eles próprios restringirem de modo excessivo a autonomia dos indivíduos, sendo, portanto, necessária a atuação do Estado.

Neste ponto, os estudos de Tilly sobre os processos de democratização e desdemocratização referenciados na introdução desta dissertação voltam a ter utilidade. Analisado a relação existente entre democracia e a capacidade de o Estado influenciar nos diferentes assuntos públicos, o autor apresenta dois casos paradigmáticos onde há disfuncionalidade semelhante a descrita por Durkheim. O primeiro caso evidenciado é do Cazaquistão (TILLY, 2007, p. 21), que com o fim da URSS presenciou a hegemonia de Nazarbayev no poder, fazendo do país modelo de Estado forte, mas não democrático (*high-capacity undemocratic*). Uma vez que apenas os grupos que apoiam o regime conseguem permanecer politicamente atuantes se verifica grande sobreposição das forças do Estado sobre a sociedade civil. Como consequência, as mudanças sociais no Cazaquistão ficam restritas às disputas entre as elites do país ou às rebeliões sociais desorganizadas, uma vez que as instituições estatais, inclusive militares, impedem o florescimento da autonomia enquanto valor moral.

O segundo caso identificado por Tilly tem na Jamaica seu melhor exemplo. Ao contrário do que ocorre no Cazaquistão, neste país da América Central a maior causa

de disfuncionalidade entre sociedade civil e Estado deve-se à pouca capacidade coercitiva que este dispõe frente aos diversos grupos em disputa no país. A pulverização da sociedade, tocada por intensas rivalidades étnicas e religiosas, assim como a influência do crime organizado, impossibilitam a atuação minimamente coordenada do Estado, incapaz de assegurar o exercício dos direitos que permitem o florescimento da autonomia individual. Dessa forma, mesmo havendo sistema democrático formal estabelecido no país, seus mecanismos não permitem que a qualidade desse regime político seja elevada (TILLY, 2007, p. 22).

Ainda que as contribuições analíticas propostas por Tilly apresentem diferenças em relação à sociologia política durkheimiana, estes exemplos nos ajudam a compreender quais são as características predominantes na relação entre Estado e sociedade civil. Contudo, acreditamos que da forma característica através da qual Durkheim entende o funcionamento das relações políticas típicas das sociedades plurais, três características principais podem ser identificadas.

A primeira delas diz respeito ao modo conflituoso através do qual se desenvolve a relação entre os grupos secundários e o Estado. Como visto, por vezes é de se esperar que tanto tais grupos avancem sobre a autonomia dos indivíduos, como que as instituições estatais apresentem disposição de regular aspectos demasiadamente particulares da vida social, acabando por também interferir indevidamente sobre a autonomia dos indivíduos. Segundo Durkheim, “[t]oda sociedade é despótica, a menos que algo exterior a ela venha a conter seu despotismo.” (2002, p. 85). Ou seja, ainda que em muitos contextos sociedade civil e Estado possam agir de modo coordenado, sua relação é também potencialmente conflituosa, dado que ambos se colocam na esfera política a partir de perspectivas e interesses específicos. É justamente a existência desse conflito mais ou menos latente entre sociedade civil e Estado que faz com que o despotismo das relações sociais possa ser regulado, de modo a permitir o florescimento de valores morais de tipo moderno.

A segunda característica diz respeito à centralidade da deliberação nas sociedades contemporâneas. Para Giddens (1998, p. 130), uma das consequências da forma como Durkheim entende a esfera política na sociedade moderna é que o uso da burocracia para sufocar as relações entre grupos da sociedade civil e Estado se torna característica não de Estados fortes, mas sim de Estados fracos. Ou seja, uma vez que haja deliberação entre os grupos e instituições estatais, o peso dos processos burocráticos que preferem o formalismo administrativo em detrimento da eficácia das

decisões tomadas passa a ser restringido apenas ao necessário. Por outro lado, em sociedades que apresentam baixa intensidade deliberativa, as práticas burocráticas que mecanicamente reproduzem entendimentos pretéritos e mesmo tradicionais acabam por se impor às diferentes percepções e consensos existentes na sociedade política.

Nesse modo, ainda que Durkheim entenda o Estado como sendo a instituição política que melhores condições têm de exercer e fomentar os processos deliberativos sem os quais os grupos da sociedade civil não teriam espaço para atuarem livremente, também que estes grupos têm importância fundamental para que esta característica deliberativa se faça valer. Isso, pois

[a] partir do momento em que o povo se coloca as mesmas questões que o Estado, o Estado, para resolvê-las, não pode deixar de lado o que o povo pensa. Precisa levá-lo em conta. Daí a necessidade de consultas mais ou menos periódicas. Não é porque o costume dessas consultas se estabeleceu que a vida governamental se comunicou mais à massa dos cidadãos. Mas é porque essa comunicação se estabeleceu por si mesma anteriormente que essas consultas se tornaram indispensáveis. (DURKHEIM, 2002, p. 114).

Nas sociedades modernas a ação política do Estado é constantemente observada e questionada pelos grupos da sociedade civil. Esta dinâmica é tão relevante que constitui, para a perspectiva durkheimiana, a métrica segundo a qual se poderá estabelecer o quanto uma sociedade é ou não democrática. Assim, democracia, na sociologia política durkheimiana, é conceito que não está associado diretamente à existência de um procedimento eleitoral rigidamente estabelecido, mas sim com a qualidade da comunicação deliberativa que habitualmente ocorre entre Estado e sociedade civil. O mais relevante não é a existência de periódicas consultas à população sobre quais devem ser os cidadãos eleitos para os cargos representativos, mas sim a prática cotidiana que, através de audiências públicas e assembleias, por exemplo, permite aos indivíduos e grupos interessados deliberar coletivamente sobre os diversos assuntos públicos.

Neste ponto, a fim de evitar possíveis desencontros conceituais, faz-se necessário expor brevemente as aproximações e distanciamentos entre a concepção política durkheimiana sobre o significado do conceito de deliberação e as contemporâneas construções teóricas que estudam a democracia deliberativa. A deliberação tornou-se temática preponderante entre os estudiosos da democracia apenas nos anos 1980 e 1990, impulsionada pelas cada vez mais evidentes insuficiências do modelo

político proposto pelo liberalismo representativo. Contudo, não houve a formação de uma agenda integrada de pesquisas, fazendo com que diferentes visões sobre o fenômeno estabelecessem diferentes linhas de debate. Talvez o único grande consenso forjado seja o de que a deliberação, entendida como o processo onde são oferecidos e demandados argumentos a fim de estabelecer as decisões públicas, constitui a própria base epistemológica da democracia (ALONSO, 2015). Diferentemente da perspectiva liberal, onde o voto individual e as negociações entre diferentes grupos de interesse constituem o núcleo da democracia (DAHL, 2012), a concepção deliberativa põe ênfase sobre os aspectos qualitativos desse processo. Assim, o procedimento através do qual a decisão política é construída passa a ser dimensão mais importante que a abstrata noção de vontade geral inferida quantitativamente através do sufrágio universal.

O espaço social onde este procedimento deliberativo pode ocorrer de modo apropriado, contudo, é fruto de divergência entre os pesquisadores (ALONSO, 2015). Para alguns, a deliberação teria maiores condições de desenvolver-se entre os diferentes grupos que compõem a sociedade, não apenas entre os representantes políticos, mas também entre outros setores e movimentos sociais, duradouros ou efêmeros. Para esta perspectiva, a democracia deliberativa é conceito ligado à noção de participação direta. Outros entendem que o espaço social privilegiado dos procedimentos deliberativos constitui sobretudo a sociedade civil organizada em contato com os representantes das instituições estatais. Neste ponto, o entendimento de Durkheim, se utilizarmos unicamente dos textos publicados no *Lições de Sociologia*, faz clara defesa sobre a preponderância do Estado no que diz respeito ao exercício deliberativo:

Se o Estado só faz receber as ideias e as vontades particulares, a fim de saber quais são as mais difundidas, que têm, como se diz, a maioria, ele não traz nenhuma contribuição verdadeiramente pessoal à vida social [...]. Ora, isso é contraditório com a própria definição de Estado. O papel do Estado, com efeito, não é exprimir, resumir o pensamento irrefletido da multidão, mas sobrepor a esse pensamento irrefletido um pensamento mais meditado e que, por conseguinte, não pode deixar de ser diferente. (DURKHEIM, 2002, p. 129).

Contudo, ainda que boa parte das análises Durkheim são produzidas em torno da noção de racionalismo que é anterior aos debates provocados pela virada linguística – brevemente referidos no início deste capítulo – algumas concepções de sua

sociologia política podem ser melhor compreendidas se emprendermos esforço em aproximá-las de algumas das ideias que constituem outra obra sua, *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. Ao fazermos esta aproximação entre diferentes momentos do desenvolvimento da teoria durkheimiana, será possível também apresentar a terceira das características de sua sociologia política a ser realçada neste trabalho.

A noção de comunicação exerce papel central na sociologia política durkheimiana. Para o autor, uma sociedade só pode ser considerada verdadeiramente democrática quando há a ocorrência simultânea de dois fatores principais. O primeiro deles faz referência à “extensão maior da consciência governamental” (DURKHEIM, 2002, p. 123) o que corresponde há necessidade de o Estado constituir-se enquanto entidade separada da sociedade como um todo. Como vimos, esta condição organizativa é fundamental para o surgimento de um conjunto de valores comuns em contexto de pluralidade social. Neste ponto, a preocupação de Durkheim é que as instituições estatais sejam sólidas o suficiente para que não sejam demasiadamente tocadas por interesses e valores de grupos sociais particulares, que impossibilitem ao Estado exercer sua competência deliberativa.

O segundo dos fatores que permitem uma sociedade ser considerada democrática trata da necessidade de haver “comunicações mais estreitas das consciências individuais com essa consciência da massa” (DURKHEIM, 2002, p. 123-124). Ou seja, ainda que o Estado seja entendido como instituição necessariamente separada e independente dos grupos que compõem a sociedade civil, suas deliberações - tomadas em conjunto com diferentes setores e grupos sociais - devem ser devidamente comunicadas às “consciências individuais”. Somente através dessa comunicação minimamente eficaz e deliberativa entre os diferentes âmbitos da vida social é que as sociedades modernas poderiam fazer-se democrática, se afastando da rotina de tipo tradicional ou burocrática para se aproximar do importante papel que “o espírito crítico desempenha no andamento dos assuntos públicos” (DURKHEIM, 2002, p. 124).

Neste ponto, se poderia advogar que a sociologia política durkheimiana incorre em grave contrassenso. Ao apontar para a necessidade de a comunicação deliberativa se fazer presente nas relações estabelecidas entre os grupos sociais e o Estado, Durkheim exige dos indivíduos que compõem tais instituições comportamento que não diga respeito a seus interesses particulares, próprios de grupos que compartilham valores morais específicos, mas que também respeitem as concepções morais mínimas

que devem perpassar as sociedades modernas. Mais que isso, Durkheim parece exigir que tais cidadãos igualmente se comprometam com pressupostos racionais que permitem aos debates públicos desviar de simples estratégias retóricas autointeressadas para fundarem-se no cotejo entre os melhores argumentos.

Assim, se num primeiro momento, quando expõe as bases da moral, Durkheim defende que esta é composta não só pela dimensão do dever, mas também pela dimensão do bem, onde paixões e sentimentos subjetivos são relevantes para se compreender a permanência ou modificações dos valores morais compartilhados, ao analisar as características da democracia e sua relação com os grupos da sociedade civil e o Estado a ênfase analítica parece recair quase exclusivamente sobre a capacidade deliberativa e racional dos indivíduos e grupos. Ou seja, a possibilidade de práticas verdadeiramente democráticas nas sociedades modernas é dependente da sobreposição da dimensão de dever da moral sobre a dimensão de bem. Estaria assim demonstrado importante desacordo interno da teoria durkheimiana.

Contudo, é a própria noção de comunicação presente na sociologia política durkheimiana que permite estabelecer a coesão entre essas diferentes dimensões da teoria moral proposta. Sobretudo em seus trabalhos que têm a religião como objeto principal de estudos, onde Durkheim se dedicou em compreender não somente quais são as características dos valores morais, mas também o modo pelo qual eles são reafirmados e eventualmente substituídos por outros e novos valores, que se pode encontrar esta chave analítica que permite conciliar tais proposições aparentemente contraditórias.

Para Durkheim uma religião consiste em um conjunto de crenças e ritos que informam os indivíduos sobre os valores e práticas a serem considerados sagrados e quais os valores e práticas a serem consideradas profanos e, portanto, rejeitados. Uma vez que tais crenças e ritos são definidos de acordo com o modo de organização da sociedade, mesmo valores morais desencantados e mundanos – como os vigentes na modernidade – podem ser sentidos como sagrados, permitindo aos indivíduos compartilharem de um mundo normativo comum (WEISS, 2013). Para serem capazes de manter sua autoridade especial, no entanto, os valores morais devem ser constantemente reafirmados. Neste processo, alguns eventos que expressam essas crenças e ritos de modo particular adquirem papel importante, uma vez que se relacionam sobretudo com a dimensão afetiva dos fenômenos morais.

Com capacidade de estimular os indivíduos por eles tocados, estes eventos fazem com que as individualidades particulares cedam espaço para o sentimento de que a coletividade constitui algo *sui generis*. Devido à grande energia demandada (WEISS, 2013), tais eventos são ativados sobretudo pela proximidade física dos indivíduos que, estimulados, passam a agir enquanto coletividade, deixando seus julgamentos particulares fiquem temporariamente em suspenso. Seja através de procissões religiosas, passeatas ou debates políticos, é através dessa efervescência coletiva que os valores morais já estabelecidos ou por se estabelecer são reforçados nas consciências individuais, tornando-se sagrados. Nesse sentido, Durkheim afirma:

Não pode haver sociedade que não tenha a necessidade de manter e revigorar, a intervalos regulares, os sentimentos coletivos e as ideias coletivas que fazem sua unidade e sua personalidade. Ora, essa restauração moral só pode ser obtida por meio de reuniões, de assembleias, de congregações, em que os indivíduos, aproximando-se uns dos outros, reafirmam em comum seus sentimentos comuns, ou seja, cerimônias que, por seu objeto, pelos resultados que produzem, pelos procedimentos que nelas são empregados, não diferem em natureza das cerimônias propriamente religiosas. (DURKHEIM, 1996, p. 472).

O que permite que reuniões e assembleias constituam momentos de renovação dos sentimentos coletivos não é apenas o fato de estas reuniões e assembleias serem espaço de deliberação, mas também e sobretudo o fato de tais assembleias possibilitarem a existência de momentos de efervescência onde as consciências individuais se aproximam de modo a produzir importantes vínculos afetivos entre os indivíduos e os valores morais ali afirmados. Ou seja, para que os valores modernos que permitem o florescimento da autonomia individual possam constituir-se enquanto tal, não basta que se apresente os melhores argumentos racionais, é necessário também que os mesmos sejam sentidos como corretos. Somente assim poderão tornar-se imperativos morais.

Através desta interpretação sistemática da obra durkheimiana percebe-se que a comunicação não responde unicamente à necessidade de se estabelecer diálogo racional entre os diferentes grupos sobre os assuntos públicos, mas também se relaciona profundamente com a dimensão de bem que constitui, com a dimensão de dever, o conceito de moral em Durkheim.

Em síntese, para que a grande pluralidade de grupos que compartilham de diferentes valores morais particulares possa conviver em uma mesma sociedade, faz-se necessário que tais grupos se relacionem entre si e com as instituições estatais de

modo a permitir que a livre deliberação possa ser utilizada pelos indivíduos particulares. Para que este sistema normativo seja duradouro e realmente sentido como algo moral, é igualmente necessário que se consiga estabelecer comunicação que seja suficientemente intensa, de modo a tocar a dimensão afetiva e subjetiva dos indivíduos. Contudo, dado que os valores morais próprios da modernidade constituem apenas um conjunto mínimo de normas, não se pode esperar que a relação entre os diferentes grupos da sociedade civil e do Estado se desenvolva de modo harmônico. Os diferentes grupos compartilham de valores morais específicos e por vezes contraditórios em relação aos valores compartilhados por outros grupos da mesma sociedade, estabelecendo-se assim relevantes divergências sobre a validade de determinados preceitos. Divergências que devem ser resolvidas deliberativamente, na medida do possível, critério a partir do qual se pode inferir a própria qualidade democrática da sociedade em questão.

Exposto o modo como as relações estabelecidas na sociedade civil podem fomentar o compartilhamento de valores modernos e práticas democráticas, é necessário ainda ressaltar uma importante característica o que diz respeito aos grupos da sociedade civil. Ao analisar a estrutura organizativa das sociedades francesas, Durkheim entende que tal exercício democrático tem como espaço privilegiado não os partidos políticos ou movimento sociais, mas sim um tipo específico de grupo. Dado que na modernidade os indivíduos dispõem grande parte de seu tempo imersos na atividade laborativa, são nos grupos profissionais que os indivíduos encontram condições para estabelecer laços sociais duradouros, permitindo-os exercer sua autonomia política através da participação nos espaços organizativos do respectivo ofício exercido. Na medida em que a realidade específica de cada profissão forma regras morais particulares, os sindicatos, conselhos e associações profissionais são, para Durkheim, os grupos secundários da sociedade civil como melhores condições de deliberar e se relacionar com o Estado. Contudo, considerando as profundas mutações sociais por que passaram as sociedades modernas o século XX, em especial o mundo do trabalho, faz-se fundamental traçar caminhos analíticos que permitam aproximar as contribuições durkheimianas do contexto social atual. É neste sentido que as contribuições de Serge Paugam assumem grande importância.

A partir de um esforço de atualização da perspectiva moral durkheimiana, Paugam defende que se possa distinguir quatro configurações de vínculos morais que correspondam aos tipos de organização social verificados em diferentes sociedades.

Cada um desses vínculos é composto internamente por duas funções principais. A primeira delas é a de integração, que diz respeito ao modo pelo qual os indivíduos particulares se ligam à sociedade como um todo, e a segunda função é a de regulação, que trata do modo de integração da própria sociedade (PAUGAM, 2017). Uma dessas configurações, a de tipo organicista, é própria de sociedades onde os grupos secundários, tal qual definidos anteriormente, tem grande protagonismo. Este tipo de vínculo faz-se presente sobretudo em sociedades tocadas por intenso desenvolvimento econômico. Contudo, se elegermos como objeto de análise não a sociedade francesa, analisada por Durkheim, mas sim sociedade com condicionantes estruturais semelhante à brasileira onde o capitalismo periférico desenvolveu características próprias, a configuração de tipo organicista parece não ser capaz de fornecer modelo analítico que permita analisar o modo através do qual se ajustam as relações entre indivíduos, grupos da sociedade civil e Estado.

Para estes casos, outra das configurações propostas por Paugam assume relevância. São as configurações de tipo familista que visa fornecer instrumentais analíticos que nos permitem compreender quais os vínculos sociais são preponderantemente produzidos e cultivados em realidades sociais onde o desenvolvimento econômico e industrial fez-se presente em intensidade muito inferior à verificada no capitalismo central. A existência estrutural de desigualdades sociais é o principal fator que impede a formação duradoura de grupos que consigam se relacionar com as instituições do Estado de modo a permitir que os ideais próprios do individualismo moral possam fazer-se sentir. Desse modo,

[o] regime familista encoraja uma solidariedade familiar muito forte para fazer frente a pobreza, que permanece massiva, na medida em que o mercado de trabalho propicia poucas proteções generalizadas e deixa que se desenvolva uma economia informal nas franjas da condição salarial mínima. (PAUGAM, 2017, p. 153-154).

Desse modo, a configuração de tipo familista pode ser observada em espectro bastante extenso de formações sociais. Ela estaria presente tanto em zonas rurais onde a economia permanece restrita a trocas locais de subsistência como também em países emergentes “em que as estruturas modernas da economia se conjugam com a sobrevivência de tradições marcadas pelo solidarismo familiar.” (PAUGAM, 2017, p.153). Assim, ao vincular a configuração familista com a realidade de países

emergentes Paugam promove interessante aproximação teórica com um dos debates mais instigantes da sociologia brasileira.

Diversos estudos visam identificar qual seja o tipo de relação preponderante existente entre a organização social propriamente moderna – onde há forte presença de grupos da sociedade civil e de instituições Estatais – e o assim o solidarismo social, que dá margem à emergência de diferentes práticas e valores patrimonialistas e clientelista. Para parte importante dos estudos que se debruçam sobre estas questões, são sobretudo aos vínculos sociais de tipo privatistas e pré-modernos ainda presentes na organização social brasileira, que obstaculizam o fortalecimento dos valores de tipo moderno nesse contexto. Desse modo, o caminho possível para que as desigualdades sociais possam ser superadas é marcado justamente pelo fomento de valores e práticas modernos como meio capaz de reduzir a influência que as estratégias familialistas exercem sobre a condução dos assuntos públicos em tais sociedades.

Para outro conjunto de estudos, a permanência de vínculos morais de tipo familialista ou formações sociais semelhantes deve-se, ao contrário, à forma específica como as instituições propriamente modernas se desenvolveram nos países periféricos do capitalismo onde, ainda que não tenha havido grande desenvolvimento industrial, as instituições burocráticas do Estado e as do mercado lograram se desenvolver, sem, no entanto, se contrapor à abissal desigualdade que organiza estruturalmente estas sociedades⁹. Nesse sentido, Jessé Souza (2003) defende que a natureza da desigualdade brasileira é moderna, uma vez que retira sua eficácia do compartilhamento seletivo de certos valores próprios das sociedades atuais. Dessa forma, é a impessoalidade, e não seu oposto, que permite que práticas desiguais sejam reiteradamente reproduzidas (SOUZA, 2004, p. 80), seja através do fortalecimento da meritocracia como método para definir como se dará a alocação de recursos escassos, seja através de compreensão estritamente formal sobre o que seja a igualdade.

Ainda que haja importantes pontos de contato com as contribuições de Paugam, Souza entende que são as condicionantes estruturais tipicamente modernas presentes em países como o Brasil que favorecem a adoção de estratégias sociais vinculadas às solidariedades familiar. Uma vez que a ação autônoma dos grupos da sociedade civil é estruturalmente limitada pela desigualdade, as instituições do Estado e

⁹ Ainda que adotando matriz teórica que se afasta do problema sociológico proposto por esta pesquisa, a contribuição de Caio Prado Júnior sobre a formação econômica do Brasil talvez seja precursora ao por relevo sobre este ponto.

do mercado passam a dispor de importante protagonismo na afirmação e reprodução dos principais valores morais legitimamente difundidos, ainda que esse processo seja sempre incompleto e mediado.

A divergência sobre o papel exercido pelas instituições modernas no que diz respeito à produção e afirmação de valores desiguais nas sociedades de capitalismo periférico talvez possa ser melhor compreendida se retomarmos algumas das considerações feitas por Durkheim em *A Divisão do Trabalho Social*. Ao analisar quais são os principais desafios a serem enfrentados pelas então emergentes sociedades modernas, Durkheim aponta algumas disfuncionalidades que este tipo de organização social pode apresentar e que se relacionam com a problemática enfrentada atualmente sobretudo pelos países marcados por desigualdade estrutural.

É por permitir a integração interdependente dos diferentes grupos a partir da especialização das funções sociais que o aprofundamento da divisão do trabalho representa, para Durkheim, a principal condição estrutural que permite o florescimento extensivo da modernidade (DURKHEIM, 1999). Como vimos acima, somente quando os indivíduos e grupos se encontram libertos para engajar-se sobre um âmbito específico da vida coletiva que se podem agir de modo autônomo. Contudo, para que isto ocorra é necessário que o próprio processo de divisão do trabalho seja regulado tanto pelo Estado como por esses mesmos grupos da sociedade civil que paulatinamente emergem do processo de divisão social do trabalho. Sem esta regulação, importantes consequências sociais seriam observadas, fazendo inclusive com que alguns dos valores morais característicos da modernidade encontrem grande dificuldades para serem compreendidos enquanto sagrados.

Nesse contexto, Durkheim apresenta duas problemáticas principais a serem verificadas. A primeira delas diz respeito à divisão do trabalho de tipo anômico, caracterizada por restringir de modo demasiadamente intenso o indivíduo em uma única função produtiva, de modo a dificultar o acompanhamento dos assuntos públicos que não se relacionam diretamente à sua área de atuação (DURKHEIM, 1999). Nesse tipo de disfuncionalidade os indivíduos imersos em grupos profissionais demasiadamente especializados deixariam de perceber, por exemplo, as violações contra liberdades de outros grupos como violações que atentam contra o conjunto de valores considerados sagrados, terminando por enfraquecê-lo. A segunda disfuncionalidade trata da situação de exploração que muitos grupos e indivíduos são obrigados a se sujeitar para

conseguir mínimos meios de subsistência. Intimamente ligada às desigualdades materiais, a divisão do trabalho forçada também é fruto da falta de regulação observada na divisão do trabalho. Neste caso, é a urgência em satisfazer suas necessidades mais básicas que coagem os indivíduos a se especializar em determinada função laborativa, ou a sujeitar-se a qualquer uma, acabando também por enfraquecer os valores sagrados compartilhados.

Para Durkheim, tanto essas duas disfuncionalidades identificadas no desenvolvimento da modernidade, como também a própria vigência dos valores morais típicos dessa forma de organização social, têm suas raízes no modo como ocorre divisão do trabalho. Ou seja, os problemas e também as virtudes da modernidade são entendidas como fatores internos à mesma. O modo como a divisão do trabalho é regulada pelas instituições sociais é a dimensão explicativa determinante que permite compreender os desarranjos e desigualdades da modernidade, sem que haja a necessidade de recorrer a fatores que lhe sejam externos¹⁰.

Assim sendo, o uso dos conceitos próprios da sociologia política durkheimiana, quando aplicados a sociedades estruturalmente desiguais – onde o vínculo familialista faz-se sentir de modo intenso – deve levar em conta os fatores que permitem às instituições estatais dispor de maior preponderância sobre a produção e afirmação dos valores morais que perpassam os diferentes grupos de uma mesma sociedade. Se tais proposições estiverem corretas, se pode afirmar que em sociedades compostas por grande pluralidade de grupos na sociedade civil, a construção e a necessária reafirmação dos valores morais mínimos é feita sobretudo através da relação existente entre tais grupos e as instituições estatais, sendo que a atividade deliberativa se faz presente de modo mais intenso quando há importante questão, conflito ou dilema a ser solucionado.

Contudo, nos países onde a sociedade civil enfrenta maiores obstáculos para se articular, algumas instituições estatais assumem grande protagonismo sobre tais temáticas, acabando por decidir também sobre questões particulares e específicas dos grupos da sociedade civil. No caso brasileiro, na medida em que se apresenta como o órgão de Estado com competência para emitir decisão final sobre uma grande

¹⁰ É também neste sentido que Steven Lukes (2009), em esforço de atualizar estas teses durkheimianas, encontra três questões principais a serem enfrentadas pela modernidade. Além da problemática em torno da permissividade social e legal com práticas de tortura – referenciada em nota de rodapé anterior – também a mercantilização das relações sociais e a profunda desregulamentação da economia constituem importantes riscos internos ao funcionamento das sociedades modernas.

variedade e questões públicas, o Supremo Tribunal Federal constitui também esfera prioritária onde certas concepções normativas se sobrepõem a outras, ainda que não de modo completo e cabal. Assim, adquire importância a análise sobre a forma como as decisões proferidas pelos ministros e ministras do STF são produzidas. Compreender quais são seus referenciais argumentativos quando decidem de modo final sobre os diferentes conflitos morais que perpassam as sociedades plurais nos ajuda a compreender como os valores morais são afirmados e legitimados no contexto de sociedade estruturalmente desigual.

3 O STF E A DELIBERAÇÃO ENTRE OS MINISTROS

Na parte final do capítulo anterior, ao analisarmos o modo específico através do qual a perspectiva durkheimiana entende o que seja a sociedade civil assim como sua relação com as instituições políticas, propusemos a prevalência de três características principais. O contato potencialmente conflitivo entre os grupos da sociedade civil e o Estado; um tipo de comunicação entre as instituições estatais e a sociedade que seja capaz de relacionar-se com as dimensões afetivas e subjetivas dos indivíduos e grupos sociais; e a existência da deliberação como método que permite o exercício da autonomia são, assim, questões centrais para a existência duradoura de organizações sociais de tipo moderno. Ainda que haja profunda interdependência entre esses elementos, nos aprofundaremos aqui apenas sobre o terceiro deles uma vez que é o elemento que mais diretamente se relaciona com as questões que esta dissertação se propôs a investigar.

Na primeira parte do capítulo nos deteremos a analisar brevemente como os diferentes valores morais em disputa na América Latina se fizeram presentes nas Constituições dos países da região. A partir das contribuições de Gargarella (2014) se coloca em evidência a relação estabelecida entre esses valores morais e os processos políticos que marcaram a formação dessas sociedades de capitalismo periférico. É por meio dessa interpretação histórica se pode identificar a razão de muitas das normas constitucionalmente afirmadas apresentarem tão baixa efetividade, fazendo com que seja grande a distância entre a normatividade jurídica e modo de funcionamento das principais instituições públicas do país. Para Gargarella, a partir deste estado de coisas é que se poderia compreender a natureza de fenômenos contemporâneos como a judicialização da política e o ativismo judicial. Em sintonia com tais considerações, ainda que tratando especificamente do caso brasileiro, é que importantes estudos indicam também a inexistência de deliberação como característica distintiva do modo de funcionamento dos tribunais superiores de justiça do país. Na segunda parte do capítulo, são apresentadas algumas das principais contribuições de Rodriguez (2013) que apontam para a necessidade de se repensar os desafios impostos ao direito através do aprofundamento da organização plural das sociedades. Uma vez que se reconhece que o direito é também permeado e constituído pelos conflitos sociais, para esta perspectiva as próprias noções de judicialização da política e ativismo judicial deixam de ser categorias centrais. Na terceira parte do capítulo, expomos alguns

recentes trabalhos (OLIVEIRA, 2017; MARINO SILVA, 2018) que em certa medida vão de encontro ao entendimento que afirma não haver deliberação na atividade das cortes superiores do Brasil. A partir de dados quantitativos sobre julgamentos não-unânicos decididos pelo STF, essa perspectiva aponta para a existência de comportamento deliberativo entre os ministros e ministras do STF, ainda que com importantes contradições. De todo modo, frente às limitações expostas pelo funcionamento não só do judiciário, mas também pelo próprio direito tal qual verificado no contexto das sociedades plurais, na parte final do capítulo são apresentadas algumas das contribuições que procuram identificar que tipo de consensos e ajustes pode haver, no estágio atual da modernidade, entre a normatividade jurídica e outras normatividades sociais.

A constatação de fundo desta pesquisa, que identifica a grande diversidade de valores compartilhados nas sociedades modernas como uma das razões principais para o aumento da preponderância do judiciário sobre relevantes questões morais, parece receber contornos ainda mais agudos no caso latino-americano. Devido ao fato de as constituições dos países que formam região serem internamente compostas por matrizes normativas diversas, grande parte das controvérsias sociais passaram paulatinamente a ser decididas pelas suas respectivas cortes superiores. Para Gargarella (2014) as raízes que permitem compreender este fenômeno são encontradas no próprio processo histórico da formação política do continente.

Analisando as constituições promulgadas e outorgadas no período de 1810 a 2010, Gargarella entende que essas seriam fruto do conflitivo encontro entre três grandes matrizes normativas. Desse modo, as posições conservadora, republicana e liberal são caracterizadas pelo autor de acordo com o modo pelo qual se relacionaram com dois dos principais valores das nascentes sociedades modernas – a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

Os conservadores lutavam, precipuamente, para que o modelo político afirmado constitucionalmente corresponda a uma específica e particular concepção de bem. Uma vez que entendem haver uma única verdade moral sobre a vida digna, defendiam que seja apenas através desse específico conjunto de valores que o direito possa ser interpretado. Normalmente tocados por concepções morais de tipo religiosa os integrantes dessa matriz normativa visavam restringir a influência da maioria da população sobre os assuntos públicos através da afirmação de uma elite política. Somente assim seria possível impor ordem protegendo os valores morais que devem servir de horizonte normativo para todo o conjunto da sociedade (GARGARELLA,

2014, p. 31). Por conta desta profunda preocupação com a manutenção do status quo os conservadores se opuseram ao federalismo e ao sistema de balanços e contrapesos como arranjos institucionais centrais à organização do poder. Nesse sentido, a forte presença do centralismo político e do modelo presidencialista atualmente observada em diferentes países da região tem suas origens nas primeiras constituições do continente, marcadas pela matriz normativa conservadora¹¹.

Os republicanos (GARGARELLA, 2014, p. 24), em posição oposta, consideravam ser o autogoverno o valor mais importante a ser compartilhado pelas sociedades então emergentes. Por conta disso, defendiam que as constituições e os arranjos políticos dela retirados devessem apresentar duas características principais: o respeito à vontade da maioria e o populismo moral. A primeira dessas características dizia respeito a pouca disposição dos republicanos em outorgar o poder político a qualquer elite nacional ou estrangeira, o que explica também a defesa do federalismo enquanto modelo de organização do Estado e a descentralização da autoridade que lhe é consequente. O chamado populismo moral, a segunda das bandeiras republicanas, estava ligada com a primeira uma vez que consistia em assegurar os meios que permitissem com que a maioria possa fazer valer seus interesses. Afirmando uma certa visão de cidadania que punham relevo à participação dos indivíduos nos assuntos públicos, os republicanos propunham transcender tanto a noção de moral privada, própria dos liberais, como a estrita noção moral de Estado, defendida pelos conservadores. Assim, mesmo quando entrassem em conflito com o exercício da autonomia individual, defendiam que os valores republicanos deveriam prevalecer.

Os liberais (GARGARELLA, 2014, p. 38), ainda que por motivos diversos dos afirmados pelos conservadores, concordavam com estes que a vontade da maioria deveria ser limitada. Defendidos sobretudo por grandes proprietários de terra e de meios de produção, os valores compartilhados pelos liberais procuravam proteger a agência individual frente as vontades da maioria, consideradas tendencialmente anárquicas. Buscando arranjos políticos que promovessem um certo equilíbrio na disputa pelo poder, defendiam a neutralidade moral do Estado. Desse modo, tanto o federalismo como o sistema de freios e contrapesos eram entendidos enquanto instrumentos necessários para que se pudesse evitar a concentração do poder em torno de apenas alguns grupos sociais.

¹¹ São exemplos a Constituição do Chile de 1823 e de 1833, da Colômbia de 1843 e 1886 e a do México de 1843 (GARGARELLA, 2014, p. 32).

Uma vez caracterizadas essas três diferentes matrizes normativas nas diferentes Constituições latino-americanas, Gargarella identifica a prevalência do que chamou de “pacto liberal-conservador”, movimento que teve como objetivo principal restringir a vigência e eficácia das principais bandeiras republicanas na organização política dos diversos países da região. Este pacto, de modo profundamente pragmático, tinha como base o entendimento de que era necessário manter certos aspectos da antiga ordem social conservadora para que o crescimento econômico, mesmo que individual e concentrado, fosse possível. Assim, tanto conservadores como liberais optaram por restringir as liberdades políticas da maioria de modo a restringir a força das incomodas demandas republicanas por mudanças sociais e distribuição dos bens econômicos. Dessa forma, ao permitir grande concentração do poder ao mesmo tempo em que adota os princípios do sistema de balanços e contrapesos, a organização do poder proposta pelo pacto liberal-conservador não logra responder aos problemas políticos que constituem as sociedades latino-americanas.

Ainda que tal estado de coisas venha a ser alterado nas décadas finais do século XX, quando não só o princípio majoritário passou a ser reconhecido como substrato definitivo das decisões políticas, mas também grande pluralidade de direitos sociais e coletivos foram positivados nas Constituições democráticas dos países latino-americanos, Gargarella aponta para as dificuldades que este modelo apresenta para se fazer efetivo. Ao mesmo tempo em que afirma o federalismo como modo de organização do Estado, a Constituição brasileira de 1988, por exemplo, reserva um extenso rol de matérias que à competência executiva e legislativa da União, restringindo assim a descentralização do poder e seu uso pelos Estados e municípios.

Ou seja, se as sociedades modernas latino-americanas são marcadas por grande pluralidade de valores e sistema normativos vigentes em um mesmo espaço social, a forma com que essa diversidade moral foi expressa em seus respectivos ordenamentos jurídicos apresenta consequências diversas. Nesse sentido, ainda que

[...] em sociedades plurais, como as nossas, não se possa esperar que a Constituição reflita uma única cosmovisão, um projeto de organização comum. [...] o problema com este argumento, contudo, é simples de antever: ninguém nega a importância de contar com compromissos constitucionais diferentes, próprios de sociedades plurais. O problema surge a partir do modo que se incorpora na Constituição tais valores. (GARGARELLA, 2014, p. 301, tradução nossa¹²)

¹² “[...] en sociedades plurales, como las nuestras, no puede esperarse ni resulta deseable que la Constitución refleje exclusivamente una cosmovisión, un proyecto de organización comun. [...] El

Assim, constituídas a partir dessas três grandes matrizes político-normativas, as constituições latino-americanas apresentam grande dificuldade para serem eficientes frente aos desafios impostos pela modernidade. A ADI 4983, que julgou a constitucionalidade da Vaquejada constitui exemplo das dificuldades desta forma de composição constitucional uma vez que tanto a liberdade de manifestação cultural popular quanto a vedação à crueldade aos animais são normas igualmente presentes na Constituição Federal de 1988, abrindo possibilidade para que o conflito entre ambos os valores se torne também conflito judicial.

Tal descompasso faz com que Gargarella (2015) entenda a pouca efetividade dessas mesmas normas constitucionais como o principal sintoma que aponta para o que considerou ser a “exaustão da sala de máquinas da constituição”. Ou seja, assim como as concepções republicanas, também as concepções liberais e conservadoras apresentam grande dificuldade em se concretizarem socialmente, terminando por dar prevalência à manutenção do status quo. É justamente esta falta de coerência que faz com que haja importante distanciamento entre a própria noção de direito – central à modernidade – e as práticas sociais cultuadas pelos diferentes grupos sociais. Sem suficiente consistência, o ordenamento jurídico constitucional apresenta grande dificuldade em fazer com que esses mesmos indivíduos e grupos, que formalmente estão tocados pela imperatividade de suas decisões, de fato hajam de acordo com suas normas e dispositivos (GARGARELLA, 2014, p. 302). Assim, dado que os processos históricos de formação das sociedades modernas no contexto latino-americano parecem não encontrar outra saída jurídica que não seja a convivência contraditória de importantes valores morais em um mesmo ordenamento constitucional, a própria validade das normas constitucionais acaba por ter sua imperatividade mitigada.

Ainda que não trate diretamente dessas questões, os argumentos de Gargarella oferecem uma estrutura explicativa que permite compreender a natureza de importantes problemáticas contemporâneas ligadas ao funcionamento da justiça, como o crescente ativismo judicial e a judicialização da política percebidos nas diversas instâncias e jurisdições do continente. Consequente com esta análise, Brandão (2013) argumenta que a judicialização da política verificada no cenário brasileiro só pode ser bem compreendida através da análise das condições institucionais que fazem com

problema con este argumento, sin embargo, resulta sencillo de entrever: nadie niega el valor de contar con compromisos constitucionales diferentes, propios de sociedades plurales. El problema surge a partir de los modos en que incorporar a la Constitución tales valores”

que a atuação dos juízes seja cada vez mais abrangente. Por um lado, a forma como a democracia no Brasil está organizada faz com as instituições majoritárias, de representação política direta, esbarrem em importantes barreiras que restringem sua capacidade de responder às diferentes problemáticas sociais. A grande pluralidade de partidos políticos, que dificulta a consolidação de maiorias estáveis necessárias para a implantação de políticas públicas de fôlego, por exemplo, faz com que a judicialização seja entendida como conduta possível, quando não desejável, por parte dos membros do Poder Judiciário e Ministério Público.

O outro conjunto de fatores que ajuda a explicar a emergência da judicialização no cenário brasileiro também está em sintonia com as contraditórias consequências da relação existente entre as matrizes conservadora, republicana e liberal descritas acima. A convivência desses três sistemas normativos faz com que seja grande o número de direitos individuais, sociais e coletivos, afirmados nas extensas cartas constitucionais possibilitando aos juízes mobilizá-los de diferentes modos a fim de fundamentar suas decisões. Nesse sentido, a forma bastante ampla pela qual o controle de constitucionalidade está organizado no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988 faz com que esta forma de solução de conflitos jurídicos e sociais seja preferida frente aos rigores do processo legislativo necessário para aprovação de emendas legislativas que modifiquem o texto constitucional. Assim, parte relevante da função típica do poder legislativo e do poder executivo são deslocadas ao poder judiciário, que passa não só a julgar as diferentes questões contenciosas que lhe são apresentadas, mas a também interferir na forma como políticas públicas são desenvolvidas e próprio conteúdo das normas legais.

A judicialização da política, desse modo, é entendida como disfuncionalidade típica de sociedades que têm arranjos políticos e institucionais tocados por matrizes normativas contraditórias. Ainda que sem investigar especificamente as relações existentes entre esses diferentes sistemas normativos expressos no ordenamento jurídico brasileiro, Silva (2009) e outros (MENDES, 2010; VIEIRA, 2008) apontam para outra consequência da forma como está arranjado o sistema jurídico brasileiro. Ao analisar a qualidade das decisões proferidas especialmente pelo STF, defendem a inexistência de atividade verdadeiramente deliberativa entre os membros da corte. Nesse sentido, o caso brasileiro seria exemplo de deliberação externa (SILVA, 2009) uma vez as decisões do STF não são fruto de argumentações expostas em plenário, mas sobretudo forjadas em resposta a fatores e pressões alheios à atividade jurisdicional. O fato

de os acórdãos produzidos pelo STF não corresponder a um documento único capaz de expressar organizadamente fundamentos que justificam a decisão tomada pelo plenário, assim como a pouca clareza argumentativa presente nos votos individuais dos ministros e ministras, permitiria afirmar a inexistência de deliberação interna entre os ministros e ministras.

Nesse sentido, Leite e Brando (2016) analisam o modo como as normas de funcionamento do STF previstas na Constituição Federal de 1988 e no Regimento Interno do órgão ajudam a explicar essa pouca disposição no que diz respeito a consistente fundamentação das decisões. Questionando a aparente contradição existente entre a grande dispersão de fundamentos apresentados pelos ministros e ministras e a formação de maiorias decisórias em diferentes julgamentos de controle de constitucionalidade, os autores centram suas atenções para o modo como a inconstitucionalidade de uma norma pode ser declarada.

Segundo o art. 97¹³ da Constituição Federal de 1988, apenas com a formação da maioria absoluta dos membros do STF é que isso pode ocorrer. Para a maioria ser formada, contudo, por força do art. 173 do Regimento Interno do STF¹⁴, considera-se apenas a conclusão do voto e não de sua fundamentação. Ou seja, esta regra – nomeada pelos autores de regra de maioria decisória simples (RMDS) – indica que as razões afirmadas pelos ministros na exposição de seus votos não têm relevância para a declaração ou não da inconstitucionalidade da norma em análise. A dimensão quantitativa da atividade jurisdicional teria, nesse sentido, prevalência frente a densidade qualitativa que justifica o sentido do voto.

¹³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 97 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

¹⁴ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, Art.173. Efetuado o julgamento, com o quorum do art.143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.

Parágrafo único - Senão for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o quórum.

Art.143 – O Plenário, que se reúne com a presença mínima de seis Ministros, é dirigido pelo Presidente do Tribunal.

Parágrafo único – O quórum para votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros.

Para os autores, somada à RMDS, ainda outras duas causas acessórias explicariam o fato de a fundamentação dos votos dos ministros do STF apresentarem dispersão tão profunda. A primeira delas diz respeito ao “princípio de a causa de pedir aberta”, que afirma que uma vez aceita a ação de controle constitucional pelo STF, esse dispõe de grande margem para interpretar a questão constitucional. A segunda das questões acessórias se relaciona à grande indeterminação presente sobretudo nas Constituições de tipo analíticas, como é o caso da brasileira, que aborda de grande diversidade de questões, sem se restringir aos clássicos temas constitucionais que tratam da unicamente organização do poder e dos direitos individuais, de primeira dimensão.

Estas conclusões que apontam para a inexistência de processos deliberativos no funcionamento regular do STF estão bastante próximas das defendidas por Rodriguez, que ao se debruçar sobre o modo como decidem as cortes, conclui que

[a]s decisões colegiadas são decididas por votação sem que haja a redação de uma decisão oficial da corte. Por esta razão denomino a jurisdição brasileira de justiça opinativa e afirmo que sua legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação ou ao carisma individual dos juízes. (RODRIGUEZ, 2013, p. 63).

Contudo, ainda que compartilhe do diagnóstico sobre as principais disfunções apresentadas pelo Poder Judiciário brasileiro ao realçar sua baixa densidade deliberativa do STF, Rodriguez afirma suas contribuições sobre perspectiva teórica diversa. Para o autor, se a pluralidade é característica distintiva da modernidade, não se pode esperar que o direito e seus operadores hajam com grau de previsibilidade e consistência próprios de sociedades organizada por um único horizonte normativo, seja ele de tipo liberal, republicano ou conservador. Assim, a própria noção de judicialização da política deixa de constituir uma problemática a ser solucionada. O profundo contato entre política, valores morais e direito passa a ser compreendido como elemento interno à forma por meio da qual podem ser buscadas soluções para os diferentes conflitos cotidianamente presentes nas grandes sociedades.

Devido a este contexto plural, é de se esperar que seja elevada a complexidade das demandas políticas, econômicas e morais que a serem analisadas pelos juízes. Dessa forma, o argumento de que a haveria exaustão na sala de máquinas das cons-

tituições (GARGARELLA, 2014) devido à presença de diversos e contraditórios elementos políticos, econômicos e morais no ordenamento jurídico, em última instância constitui diagnóstico que reclama das condicionantes empíricas sobre as quais o direito é forjado. A esperança de que haja regras precisas ou que apenas um conjunto específico de princípios constitucionais possa resolver os conflitos sociais só poderia ser imaginável no momento em que, igualmente, apenas um conjunto de valores morais fosse verificado na sociedade. Esta pretensão, portanto, ainda que seja capaz de conferir maior consistência teórica ao ordenamento jurídico, promoveria também o aprofundamento de algumas dificuldades na medida em que

[e]m uma sociedade realmente marcada pela diferença, ou seja, em que as diferenças podem ser objeto de demanda por direitos, a defesa radical da simplificação das leis acaba por se constituir em um obstáculo intransponível para o avanço de reivindicações sociais. (RODRIGUEZ, 2013, p. 56).

Ou seja, a percepção de que direito e democracia só se relacionam na medida em que diferentes atores sociais possam continuamente demandar soluções para suas diferentes carências impõe contínuas e necessárias modificações no direito vigente. Se o regime político que organiza dada sociedade é o democrático, não se pode pretender que o direito tenha caráter estático. Ao contrário, esse responderá sempre a um processo dinâmico e relativamente vago. Estas características fazem com que cada vez mais surjam casos difíceis nas instâncias superiores do poder judiciário, como são as análises de constitucionalidade onde estão em oposição diferentes valores morais socialmente compartilhados. Como é típico nesse tipo de casos, não se pode esperar que a lei seja capaz de informar qual conjunto de valores deve se fazer valer e qual conjunto de valores deve ser suprimido sem que sejam mobilizadas interpretações multidimensionais dos princípios positivados na Constituição.

Dessa forma, somente na medida em que se considera o direito positivo a partir não de uma perspectiva demasiadamente formal, mas sim através da análise de sua relação com as diferentes esferas da realidade social – movimentos sociais, formas de governo, ideologias em disputa, etc. – é que se pode estabelecer relevantes pontes entre as normatividades jurídicas e as normatividades morais. Conforme debatido no capítulo anterior, se a moral mínima a ser compartilhada na modernidade deve ser capaz de abrigar novos e diferentes valores próprios do pluralismo social, o mesmo parece ocorrer com o direito: não se pode pretender que suas leis sejam sempre claras

e objetivas. Cada vez mais presentes serão as disputas sobre o modo como devem ser interpretados os ordenamentos aprovados pelo legislativo nos debates contemporâneos. Devido à atual, mas já ultrapassada organização dos poderes¹⁵, cabe aos juízes decidir sobre tais questões de modo final. No entanto, como e com que qualidade tais decisões serão de fato tomadas parece ser algo sobre o que as ciências humanas ainda têm muito a dizer.

A baixa densidade deliberativa da decisão judicial apresentaria ainda outra dificuldade relacionada à perspectiva sociológica que desenvolvemos acima. Dado que as sociedades modernas atuais apresentam como característica distintiva uma grande e contraditória pluralidade de grupos e valores morais, o judiciário passa não só a ser considerado como o poder estatal responsável por decidir sobre muitos dos conflitos que emergem de tais condicionantes sociais, como também o responsável por comunicar tal decisão. Em um modelo ideal, a comunicação entre esta importante instituição estatal e os diferentes grupos sociais engajados nos conflitos que constituem os casos difíceis julgados pelo STF deveria dispor de suficiente grau de racionalidade para que ambas as partes da ação em análise tenham menos motivos para se considerarem ultrajadas e, conseqüentemente, pouco inclinadas a cumprir seu dispositivo, sobretudo em se tratando de casos de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido, a abertura do julgamento de ADIs e ADPFs à intervenção de terceiros que possam trazer dados, informações e perspectivas capazes de qualificar a decisão da corte – nomeados de *amici curiae* – parece constituir também em importante mecanismo capaz de tornar mais eficiente a comunicação entre os diferentes grupos e instituições envolvidas. Contudo, como veremos abaixo, são poucas as referências feitas pelos ministros e ministras do STF em seus votos a tais contribuições e ponderações qualificadas produzidas pelos *amici curiae*.

O fato de tanto o processo de julgamento assim como a decisão produzida pelo plenário do STF constituírem importantes momentos comunicativos onde a consistência argumentativa e racional de cada uma das partes do conflito pode ser melhor apreendida, não significa pressupor que tais decisões tenham capacidade pôr fim aos conflitos morais que as perpassam. Como buscamos evidenciar acima, esta hipotética capacidade estabilizadora da atividade jurisdicional só pode ser compreendida se entendermos o próprio direito enquanto campo social relativamente imune às influências

¹⁵ Sobre este debate, ver Ackerman (2000).

e pressões produzidas nos diferentes grupos que compõem a sociedade como um todo. Esta não parece ser as condicionantes sociais apresentadas pelas sociedades modernas, sobretudo as constituídas através das dinâmicas próprias do capitalismo periférico. O modo de organização da sociedade civil e das instituições estatais demandam nesse contexto que as normas sejam constantemente discutidas. Somente assim os princípios democracia poderiam se expressar enquanto valores amplamente compartilhados (RODRIGUEZ, 2016b, p. 269).

No entanto, como é de se esperar em processos dinâmicos, a discussões sobre a constitucionalidade das normas podem também abrigar argumentos que ao mesmo tempo em que são jurídicos carregam consigo diferentes modos do que Rodriguez (2016) chamou de perversão do direito, que ocorre através de três formas principais: zonas de autarquia, fuga do direito e falsa legalidade. A primeira delas, ocorre quando representantes de diferentes regimes jurídicos passam a decidir de forma arbitrária, expondo o funcionamento de “modelos autoritários ou meramente simbólicos de legitimação das decisões” (RODRIGUEZ, 2016a). Ou seja, este conceito relaciona a prática jurídica com seu necessário – mas nem sempre observado – vínculo com normas superiores que autorizam a decisão sem deixar demasiados espaços para arbitrariedades. A segunda forma, a fuga do direito, se relaciona com o processo no qual diferentes movimentos e atores sociais pressionam o ordenamento jurídico a reconhecer suas demandas. Aqui a perversão do direito acontece na medida em que os operadores do direito com legitimidade para decidir, decidem por se afastar do mesmo, em tentativa de neutralizar a relevância de certos setores da sociedade no processo de interpretação legítima do que seja o direito. A última das formas, a falsa legalidade, diz respeito, sobretudo “[à] produção de normas aparentemente universais, mas que são efetivamente postas a serviço de interesses parciais” (RODRIGUEZ, 2016a, p. 104), a fim de serem aplicadas apenas a determinados grupos sociais e não toda a sociedade. Ao criar normas regulamentares que limitam demasiadamente a efetividade de um direito, por exemplo, o poder público ao mesmo tempo em que formalmente afirma dado direito, também restringe seu exercício aos setores sociais incapazes de cumprir tais regulamentos.

Como veremos ao analisar os dados oriundos desta pesquisa, ainda que em graduações diferentes, essas três categorias transparecem nos votos de alguns dos membros do STF quando decidem sobre os diferentes casos analisados. Por outro lado, os resultados produzidos em certa medida também se distanciam da percepção

de que os ministros e ministras do STF não agem de modo deliberativo quando decidem sobre importantes assuntos públicos. Nesse sentido, faz-se necessário expor algumas das recentes contribuições acadêmicas que indiquem a necessidade de se relativizar ou ao menos qualificar a hegemônica tese das “onze ilhas”.

Ao estudar especificamente o que chamou de “casos em que cada voto conta”, ou seja, casos de controle de constitucionalidade decididos pelo STF por apenas um ou dois votos, Oliveira (2017) procura evidenciar como se dá a deliberação entre ministros e ministras. Através de análise majoritariamente empírica, a noção do que seja processo deliberativo foi construída a partir de quatro indicadores principais. O primeiro deles diz respeito à frequência com que os membros do STF mudaram a direção de seus votos devido ao convencimento a partir do voto de outro ministro. Analisando todos os nomeados casos em que cada voto conta de 1988 a 2014 a autora identificou que em 22% deles ocorreu tal mudança de direção do voto (OLIVEIRA, 2017, p. 1896). A segunda dimensão, também analisada em nossa pesquisa, diz respeito à frequência com que um ministro ou ministra faz referência explícita à argumentação de outro, seja no sentido de se contrapor, seja no sentido de solicitar outras explicações, ou seja ainda no sentido de complementá-los. Em 56% dos casos analisados houve este tipo de menção entre os membros do STF, o que indica a existência, ao menos nesses casos, de debate entre os ministros durante a sessão de julgamento. O terceiro indicador utilizado para inferir a intensidade da deliberação promovida pelos ministros e ministras do STF diz respeito ao peso que o voto do relator da ação de controle de constitucionalidade teve sobre as outras decisões. Os dados produzidos apontam para a grande relevância da fundamentação da decisão do relator, que em 67% das decisões de casos onde cada voto conta sua posição foi a vencedora. Assim, é possível relativizar o entendimento de Silva (2009; 2013), que entende ser insignificante o posicionamento do relator sobre o voto dos demais ministros, uma vez que a marca preponderante da atuação dos ministros seria do personalismo decisório e da deliberação externa.

O último dos indicadores analisados por Oliveira diz respeito a frequência com que os ministros do STF fizeram pedido de vistas, evidenciando que em 53% das decisões acirradas não houve pedido de vista (OLIVEIRA, 2017, p. 1899). Ainda que a justificativa para existência do pedido de vistas seja possibilitar aos ministros e ministras do STF analisar de modo mais detido e aprofundado tanto os argumentos já apresentados pelos colegas de corte como também as implicações do caso, se faz

necessário também realçar outro tipo de utilidade dado a este instrumento procedimental.

Como é de conhecimento público¹⁶, o pedido de vista também pode ser mobilizado de modo a inviabilizar que o processo deliberativo produzido no plenário da corte não consiga produzir seus efeitos. Ministros inconformados com o entendimento já preponderante na corte sobre determinado tema, procuram fazer valer sua opinião ao impossibilitar a conclusão do julgamento sob a justificativa de estarem ainda refletindo sobre a questão. Esta disposição, contudo, não significa que este instituto não seja também mobilizado com a finalidade de aprimorar os argumentos expostos no julgamento. Como veremos mais abaixo, na ADI 4983, o ministro Luís Roberto Barroso mesmo estando em sintonia com o afirmado pelo relator Marco Aurélio, solicitou vistas a fim de analisar em maior profundidade as alegações trazidas não só pelas partes da ação, mas também pelos *amici curiae*, fazendo com que o debate girasse em torno de suas posteriores reflexões e não mais sobre, como costuma ocorrer, os argumentos expressos no voto do relator.

Ainda que em diversos julgamentos de tipo majoritário, onde cada voto conta, não estejam presentes cada um desses indicadores apontados por Oliveira, não parece ser prudente afirmar de pronto a inexistência de qualquer prática deliberativa entre os ministros e ministras do STF. Esta cautela tem razão de ser sobretudo se analisarmos o último período de formação da Corte. Nesse sentido, Mariano Silva (2018), ao definir cada período como o intervalo de tempo onde não ocorre mudanças na composição do STF superiores a um terço de seus membros, entende que seu período atual de formação iniciou em 2012, com a posse do ministro Teori Zavascki, seguido do ministro Luiz Roberto Barroso, em 2013, do ministro Edson Fachin em 2015 e do ministro Alexandre de Moraes, em 2017.

Analisando o comportamento judicial dos membros do STF de acordo com essa classificação, que comporta seis diferentes períodos desde 1988, Mariano demonstra que a formação atual da corte é a que apresenta menor grau de dissenso entre os ministros. De modo semelhante, a postura exercida pelos atuais ministros e ministras

¹⁶ Aqui nos referimos sobretudo ao pedido de vista do ministro Gilmar Mendes sobre a ADI 4650, que adiou por um ano e cinco meses a conclusão do julgamento sobre a constitucionalidade do financiamento eleitoral de campanhas eleitorais (ADI 4650) e provocou inclusive mobilização entre setores da sociedade civil que reclamavam pelo desfecho judicial da questão (RECONDO, 2015).

não permite afirmar que, à exceção provável dos ministros Gilmar Mendes e Alexandre Moraes, se modifique de acordo com o Presidente da República que o tenha indicado. Dessa forma, ainda que por caminhos metodológicos diversos, Mariano Silva questiona, assim como Oliveira, a capacidade explicativa da tese das onze ilhas, exposta acima.

Poder-se-ia argumentar que a relevância desta tese permaneceria vigente se direcionássemos as análises, não mais para as decisões onde cada voto conta, mas sim para as decisões monocráticas que cada vez mais ocupam espaço na atividade jurisdicional do STF. Se no primeiro período de formação do STF (1988-1992) as decisões monocráticas ocuparam apenas pouco mais de 10% do total de decisões proferidas, no presente período (2012 – atual) as decisões monocráticas compõem mais de 60% das decisões da mais alta corte do país (MARIANO SILVA, 2018). Contudo, mesmo com o aumento do exercício da competência monocrática nas atividades cotidianas do STF, permanece reduzido o dissenso entre seus ministros e ministras. Este estado de coisas é que permite Mariano questionar como esta divisão de trabalho em onze ilhas monocráticas pode apresentar elevado grau de consenso se não através da existência da deliberação entre os membros do STF (MARIANO SILVA, 2018, p. 52).

Como será exposto nos próximos capítulos, ainda que não constitua o principal objetivo deste presente trabalho, os dados produzidos através da análise de conteúdo das quatro ações de controle concentrado de constitucionalidade que constituem o objeto empírico dessa pesquisa indicam que há comportamento deliberativo entre os ministros e ministras, inclusive no que diz respeito à relação verificada entre normatividade jurídica e normatividade moral presente nos casos analisados. Mesmo havendo contradições nas exposições feitas por alguns dos membros do STF, inclusive em alguns casos com tentativas de limitar a eficácia da decisão proferida pelo plenário, a tese das onze ilhas, do personalismo decisional e da deliberação externa não são por si só suficientes para constituir substrato teórico que dê conta do fenômeno analisado.

Se por um lado esses recentes trabalhos questionam as insuficiências analíticas das diferentes interpretações construídas mais ou menos em acordo com a tese das “onze ilhas”, tais pesquisas pouco tratam sobre a qualidade dessa deliberação. Se há indícios, sobretudo nos casos decididos por maioria de votos, que de fato houve trocas argumentativas entre os membros do STF, o tipo de deliberação e sua relação

com as diferentes questões que perpassam a formação da decisão judicial pouco puderam ser analisados. A própria noção sobre o que seja deliberação e sobre o espaço social em que ela deve se expressar pode modificar o sentido das análises sobre o fenômeno. Como dito acima, por exemplo, se para alguns o uso do pedido de vistas indica que o ministro ou ministra do STF irá depositar maior atenção sobre a questão que constitui a ação judicial em julgamento (OLIVEIRA, 2017) para outros o uso desse mesmo instrumento é identificado como recurso utilizado pelos ministros e ministras inconformados com o provável entendimento do plenário (MARIANO SILVA, 2018).

De modo semelhante, a conclusão de que não há deliberação entre os membros do STF supõe que essa constitui procedimento restrito aos espaços formais de atuação dos juízes, sobretudo o plenário, onde o colegiado pode se expressar e argumentar. Contudo, se a deliberação for compreendida como processo social mais amplo, de interesse de diferentes setores da sociedade, a influência exercida não só pelos *amici curiae* mas também de diferentes grupos da sociedade civil e das instituições do Estado passa a ser compreendida como indício de sua ocorrência, uma vez que se reconhece que as decisões judiciais produzem consequências que transcendem, em muito, os limites do direito.

A sociologia política durkheimiana debatida no capítulo anterior apresenta perspectiva teórica que se aproxima com este segundo entendimento. Se compreendermos a deliberação não só como um procedimento formal que permite o contato entre diferentes argumentos qualificados de modo a produzir a melhor decisão sobre uma questão específica, mas sim como processo social central para o estabelecimento de relações duradouras e suficientemente estáveis entre diferentes atores sociais, a deliberação de tipo externo questionada por Silva (2009) deixa de consistir em comportamento a ser superado pelos ministros e ministras do STF.

Isso não significa, contudo, que a mera existência de diálogos entre a corte e diferentes setores interessados nas causas analisadas pelo órgão superior seja algo desejável por si só. O modo pelo qual este diálogo deve ser estabelecido também constitui importante dimensão a ser observada, caso contrário, o próprio caráter deliberativo estaria comprometido pelas ligações particulares e demasiadamente estreitas entre os membros do STF e determinados setores sociais. Assim, nesse cenário em que se reconhece as profundas relações estabelecidas entre a atividade jurisdicional da mais alta corte do país com o conjunto dos grupos da sociedade civil e instituições estatais, torna-se relevante questionar que tipo de decisão se pode esperar

do STF. Em contexto onde a diferença e a pluralidade de valores compõem não só o cotidiano das sociedades, mas também o conteúdo normativo dos textos constitucionais, que tipo de solução os juízes podem ainda afirmar?

Também instigados por este questionamento é que nos próximos capítulos nos determos a analisar como a normatividade jurídica se relaciona com a normatividade moral. Que tipo de decisão é oferecida pelos ministros do STF quando se debruçam sobre importantes conflitos morais presentes na sociedade brasileira atual? Procuram fundamentar suas decisões através do uso de debates e teorias do direito ou fazem uso de diferentes perspectivas normativas difundidas na sociedade sobre as questões analisadas? Como veremos abaixo, a relação estabelecida entre esses âmbitos varia entre as decisões proferidas de modo unânime – ainda que tratassem de importantes conflitos sociais – e as decisões proferidas de modo majoritário, onde cada voto conta.

4 OPERACIONALIZAÇÃO CONCEITUAL E METODOLOGIA DE PESQUISA

Para que seja possível investigar o modo como normatividade moral se relaciona com a normatividade jurídica, diferentes caminhos podem ser tomados. Um deles é o que procura compreender como os diferentes conflitos morais que chegam às instâncias judiciárias são decididos pelo juízo competente. Os discursos oferecidos pelos ministros e ministras do STF através da fundamentação de seus votos constituem, nesse sentido, importante objeto empírico capaz de auxiliar na compreensão desta temática.

Para importantes correntes de estudo sobre o comportamento dos juízes, contudo, os motivos que os mesmos oferecem quando afirmam seus votos não passariam de simples justificativas buscadas a posteriori para conferir formalidade e aparência jurídica a decisões que, verdadeiramente, são explicadas pelas origens e interesses particulares que cultiva cada juiz. É a partir dessa perspectiva que se constituíram linhas de estudo como o realismo jurídico (LEITER, 2005) e o modelo atitudinal (EPSTEIN; KNIGHT; MARTIN, 2003). Ainda que esta abordagem seja de grande utilidade, sobretudo para se investigar a relação entre as decisões judiciais e a organização das competências do poder estatal, esta não parece ser a abordagem mais frutífera quando nos debruçamos sobre os conflitos morais decididos pela corte.

Sobretudo nesses casos, “os discursos jurídicos, ao invés de ocultarem segredos do comportamento judicial, são elementos por meio dos quais os juízes confessam, à sua maneira, os seus motivos” (MARIANO SILVA, 2018, p. 44). Isso ocorre sobretudo porque, conforme visto no capítulo anterior, a atual formação do STF apresenta grau relativamente baixo de dissenso no que diz respeito à grande maioria das ações julgadas em controle concentrado de constitucionalidade e tampouco se observa clivagem generalizada que permita relacionar o comportamento de seus ministros à indicação presidencial que o escolheu para assumir assento na mais alta corte do país. Nesse sentido, levar a sério as fundamentações oferecidas pelos membros do STF não se confundem com aceitá-las de pronto como honestas ou transparentes, mas sim em compreender que a partir de sua análise se pode evidenciar os diferentes modos, em acordo ou desacordo com os preceitos jurídicos, através do qual o direito se relaciona com as temáticas sobre as quais emite decisão final.

A fim de evidenciar e classificar com maior clareza essas diferentes facetas que constituem a decisão judicial, neste trabalho utilizamos enquanto método principal de

pesquisa a análise de conteúdo (BARDIN, 1977). De modo subsidiário, também se seguiu as orientações metodológicas próprias da análise retórica (LEACH, 2002).

Para que a aplicação metodológica tivesse consistência e efetividade, foi utilizado o *software* NVIVO 11. Neste ponto, contudo, faz-se importante ressaltar que, devido às incompatibilidades entre os arquivos disponibilizados no site do Supremo Tribunal Federal, onde constam o inteiro teor das decisões que constituem o objeto empírico desta pesquisa e algumas das ferramentas do *software* NVIVO 11, alguns instrumentos de análise oferecidos pela plataforma não puderam ser utilizados. Foi o caso da ferramenta “nuvem de palavras” e outras relacionadas. Isso deveu-se à forma incompleta pela qual o *software* permitia selecionar os trechos considerados relevantes dos votos analisados, sempre deixando de fora algumas palavras ou mesmo linhas inteiras do excerto. Outra dificuldade que envolveu o material oferecido pelo site do STF e seu processamento no NVIVO 11 diz respeito ao fato de que o acórdão de cada ação constitui um documento único, composto de todos os votos proferidos. Como não foi possível fragmentar este documento, o *software* não pode identificar cada um dos votos como uma “fonte” específica, apenas enquanto um único “nó”, limitando a utilização dos recursos de análise oferecidos na plataforma.

Estas dificuldades, contudo, não impossibilitaram a aplicação da análise de conteúdo às 1.179 páginas que constituem os quatro acórdãos analisados. Assim, inicialmente se fez uma extensa leitura flutuante (BARDIN, 1977) de modo a permitir com que as primeiras unidades de sentido e suas correspondentes categorias indutivas pudessem emergir. A tais categorias se aplicou sistematicamente a redução de sentido, com a intenção de torná-las menos generalizáveis e contraditórias.

Contudo, devido à complexidade do objeto analisado, por vezes não foi possível seguir o princípio da exclusividade mútua entre duas categorias. Nesses casos em que houve coocorrência, as unidades de sentido foram inseridas nas duas categorias com as quais fazia referência. Importante salientar também que o chamado relatório, parte inicial do acórdão onde o ministro relator expõe todos os principais acontecimentos processuais, intervenções relevantes e argumentos levantados pelas partes envolvidas na questão, não foram considerados como integrantes do universo que compôs a análise de conteúdo, uma vez que esta parte não se destina à exposição de argumentos e considerações dos ministros, mas simplesmente de informar o estágio final da ação posta em julgamento. Ainda, nos casos em que o voto foi proferido oralmente, constando sua transcrição no corpo do acórdão, e posteriormente o ministro

ou ministra fez ainda com que seu voto escrito fosse também inserido no acórdão, a opção metodológica tomada foi no sentido de evitar duplicidades indevidas de trechos sobremaneira semelhantes ou mesmo idênticos.

Desse modo, foram produzidas sete categorias indutivas que segmentam os principais trechos e argumentos presentes nos acórdãos. Tais categorias foram divididas de acordo com os ministros ou ministras que as proferiram. Além disso, esta pesquisa também contou com três categorias de tipo dedutivo, produzidas em diálogo com o referencial teórico que dá base a este trabalho. Abaixo apresentamos as características principais destas três categorias dedutivas e em seguida as sete categorias indutivas.

Antes, contudo, é necessário explicitarmos uma necessidade particular desta pesquisa no que diz respeito ao modo de referenciar os excertos citados abaixo. Como os votos dos ministros e ministras formam um único documento – o acórdão – se seguissem a orientação predominante, as referências dos argumentos apresentados acabariam por omitir a relevante informação sobre qual a autoria de cada excerto, limitando-se e expor o relator do caso referido. Por isto, sempre que citarmos abaixo um excerto que constitui objeto desta pesquisa, o faremos do seguinte modo: primeiramente será indicado a que ação de controle concentrado de constitucionalidade se faz referência, posteriormente será indicado o nome do membro do STF que é autor do excerto, e por último será indicado a página do acórdão na qual o mesmo está expresso. Dessa forma, acreditamos que o entendimento será facilitado o entendimento sobre as categorias criadas por esta pesquisa assim como os resultados das análises aqui apresentadas.

4.1 CATEGORIAS DEDUTIVAS

Uma vez que a moral constitui normatividade de tipo específico e diverso da normatividade jurídica, faz-se importante aprofundar aqui o modo através do qual a relação entre esses dois sistemas pode ser empiricamente analisada. Neste ponto, algumas contribuições de Heimer (2010) são relevantes. Através de pesquisas empíricas que se debruçaram sobre os conflitos jurídico e morais que perpassam a

área da saúde¹⁷, esta socióloga percebeu a existência de três modos através dos quais direito e moral se relacionam. Por vezes estes sistemas normativos reconhecem a existência do que chamou de uma “moral *do* direito”; por vezes ambos sistemas convivem entre si, promovendo o vínculo nomeado de “moral e direito”; e em outros casos há clara oposição entre eles, configurando o tipo “moral *ou* direito”. Ainda que com importantes modificações, as três categorias dedutivas que apresentamos abaixo foram concebidas em contato com estas noções propostas por Heimer¹⁸.

No primeiro caso, que optamos por chamar de “**argumentos de fundamentação moral**”, o vínculo entre direito e moral se caracteriza pela necessidade de a norma jurídica estar assentada em um fundamento moral. Esta categoria inclui em seu escopo argumentos construídos pelos ministros e ministras do STF que estabelecem como condição de validade da norma jurídica a existência de norma moral que lhe dê sustentação. O que se supõe aqui é que para que uma lei tenha validade no ordenamento jurídico é necessário que ela, para além de apresentar todos os requisitos formais, esteja fundada também em certo conjunto de valores morais amplamente compartilhados por grupo expressivo da sociedade em questão. Ou seja, há aqui o entendimento de que a norma jurídica para ser válida e eficaz precisa ser desejada e compartilhada coletivamente como um bem moral, em aproximação com o proposto pela perspectiva durkheimiana.

Importante dizer ainda que os argumentos que compõe esta categoria por vezes dão relevância para as consequências que a lei ou prática social em julgamento causariam à sociedade caso tenha sua constitucionalidade afirmada. Defende-se assim a necessidade de o sistema jurídico apresentar uma moral mínima para que as pessoas por ele tocadas estejam dispostas a aceitar seus resultados mesmo quando suas demandas são negadas. O ministro Barroso, por exemplo, quando proferiu seu voto na ADI 4.983 que tratou sobre a Vaquejada, apresentou o seguinte argumento:

[...] a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do

¹⁷ Conflitos como a possibilidade terapêutica de por fim a vida de pessoa em estado vegetativo permanente; a deliberada prescrição por médicos de medicamento mais eficaz para o tratamento e AIDS, no entanto, de venda proibida no país; etc.

¹⁸ Contudo, as categorias abaixo apresentadas têm características diversas das propostas pela autora. Isto se deve sobretudo ao fato de este trabalho ter como método a análise de conteúdo e como unidade de codificação os argumentos utilizados pelos ministros e ministras do STF para fundamentar seus votos.

meio ambiente. **Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral** que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. (ADI 4983, Barroso, p. 42, grifo meu).¹⁹

Outro exemplo de argumento que compõe esta categoria dedutiva é o argumento do ministro Ayres Britto também sobre ADI 3.510, que julgou a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas:

Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. (ADI 3510, Ayres Britto, p. 39).

Aqui o que fundamenta a proteção contra tentativas “esdrúxulas, levianas ou frívolas” de obstar a continuidade fisiológica do embrião é sua potencialidade de se tornar pessoa. Ainda que o ministro Ayres Britto tenha negado que tal potencialidade constitua direito do embrião, dado que “o embrião é embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é pessoa humana” a sua proteção deve ser observada. E ela não depende de lei, constituindo normatividade moral.

Diferente é o que ocorre quando o sistema jurídico é utilizado como meio para definir se a norma deve ter sua validade reconhecida. Nessa categoria de análise, que chamamos de “**argumento jurídico**”, o juiz se esforça por verificar se a norma ou prática moral que tem sua constitucionalidade analisada é compatível com o sistema jurídico através de diferentes técnicas de interpretação que levam em conta a coerência e sistematicidade do ordenamento jurídico. Este tipo de argumento é exemplificado pelo ministro Celso de Mello, quando do julgamento que tratou da união homoafetiva. Neste caso, foi através da análise do sentido da inclusão do instituto da união estável no texto constitucional que o ministro encontra razões para afirmar sua compatibilidade com as uniões homoafetivas:

[o] referido preceito [união estável] foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. **Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a ‘inclusão’,**

¹⁹ Como dito na página anterior, optamos por padronizar as referências dos excertos que compõem o objeto empírico da pesquisa deste modo para que fique explicitado o autor de cada um dos excertos que compõem, todos juntos o acórdão único referente a cada uma das causas aqui analisadas.

como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais. (ADI 4277, Celso de Mello, p. 233, grifo meu)

Outro exemplo deste tipo de argumento é este excerto do voto do ministro Menezes Direito quando da votação da ADI 3510, que em 2008 analisou a constitucionalidade das pesquisas com células tronco embrionárias:

Neste julgamento, penso que deve ficar claro que não se trata aqui de buscar uma definição científica de determinado evento fazendo uma declaração de princípios de natureza religiosa, canônica. Não se pode pôr a questão sob esse ângulo. Trata-se, ao contrário, de decidir uma questão sob o ângulo jurídico, o que não afasta a necessidade de buscar perspectiva interdisciplinar considerando valores apropriados que não se esgotam em um só segmento do conhecimento humano. (ADI 3510, Menezes Direito, p. 104).

Como se pode perceber, nesta citação o direito não se opõe diretamente às diferentes concepções morais, mas é compreendido como árbitro que, sem afastar a interdisciplinaridade própria do caso, decidirá sobre sua procedência ou não.

A última das categorias dedutivas, que chamamos de **“argumento de oposição”**, afirma uma completa diferenciação entre normas morais e jurídicas. Bastante próxima da perspectiva defendida pelo positivismo jurídico, este modo de compreender a relação entre direito e moral é atento apenas para a dimensão do dever expresso no ordenamento legal. Não é relevante, portanto, se as normas jurídicas entram em conflito com normas morais e quais as consequências desse encontro. O que importa é saber se estas leis foram aprovadas pelas instâncias competentes e de acordo com os critérios formais necessários. Segundo Heimer (2010), sua defesa teria espaço quando o sistema legal se recusa a competir com outros sistemas normativos, inclusive o moral, não deixando brecha para necessárias ponderações que acomodem diferentes perspectivas sobre a causa em análise pelo judiciário. Aqui, um argumento utilizado pela ministra Rosa Weber proferido durante o julgamento da ADI 4983 que analisou o status da Vaquejada frente a vedação à crueldade aos animais prevista no artigo 225 da Constituição Federal²⁰, exemplifica esta categoria:

E se a crueldade ao animal é ínsita à vaquejada, enquanto um entretenimento, ela é manifestação cultural que, como disse o Ministro Marco Aurélio, não

²⁰ CFRB, art. 225, § 1º, VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

encontra agasalho no artigo 215 da nossa Constituição. (ADI 4.983, Rosa Weber, p. 65).

Ainda que os argumentos de oposição, como se verá abaixo, são utilizados com menor frequência pelos ministros, por vezes adquirem protagonismo. É o caso do voto proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski que ainda que tenha votado favoravelmente à constitucionalidade da união homoafetiva (ADI 4277), levantou argumentos que tencionavam a decisão proferida pelo STF não só com o texto constitucional, mas também com a “vontade do legislador constituinte” que a promulgou. A longa citação abaixo é caso exemplar desse tipo argumentativo:

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

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - *Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés (sic) do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico (sic), nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § ° : ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.*

[...]

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).’* Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável. (ADI 4.277, Lewandowski, p. 101-102).

Essas três categorias de análise, produzidas no estreito contato com as construções teóricas apresentadas e discutidas no capítulo teórico, constituem os principais instrumentos utilizados por esta pesquisa. Abaixo, no entanto, apresentamos outras categorias construídas e utilizadas na aplicação da análise de conteúdo.

4.2 CATEGORIAS INDUTIVAS

Assim, além das três categorias dedutivas acima trabalhadas – argumento de fundamentação moral; argumento jurídico; e argumento de oposição – esta pesquisa também utilizou das seguintes categorias emergidas durante a aplicação da análise de conteúdo:

4.2.1 Caracterização do fato

Esta categoria se relaciona com elementos concretos do caso em análise (o que constitui, objetivamente, a prática da vaquejada, por exemplo), sem fazer uso de considerações morais. Os excertos incluídos nesta categoria relacionam a constitucionalidade da questão em análise à sua caracterização factual. Assim, dizem respeito a recurso retórico que visa afastar a possibilidade de posicionamento divergente na medida em que delimita o que ocorre "no mundo dos fatos". Na fundamentação do voto proferido pelo ministro Barroso quando do julgamento sobre a ADI 4983, que tratou da constitucionalidade da Vaquejada, a caracterização do fato serviu como um dos principais eixos argumentativos através do qual se buscou afirmar a existência de crueldade aos animais, como se vê neste excerto selecionado:

[...] dois competidores a cavalos perseguem um boi que sai em disparada em uma pista de competição, após ser solto do “brete”, local onde o boi fica enclausurado antes de iniciar a prova. O objetivo da dupla é derrubar o boi dentro de um espaço demarcado entre duas linhas feitas geralmente a cal, denominado ‘faixa’. Após o animal ser solto, os dois vaqueiros competidores correm paralelamente entre si e lateralmente ao boi, um de cada lado. Cada um deles tem funções determinadas. O ‘vaqueiro-esteireiro’ é responsável por direcionar o boi ao longo da pista, emparelhando-o com o ‘vaqueiro-puxador’. Próximo à ‘faixa’, o vaqueiro-esteireiro recolhe a cauda do animal e a entrega ao vaqueiro-puxador, para que este, tracionando-a e torcendo-a lateralmente, derrube o boi dentro do espaço demarcado. (ADI 4.983, Barroso, p. 32).

4.2.2 Caracterização moral do fato

Esta categorização foi criada para que se pudesse analisar os excertos que, ainda que se relacionem à moral ou ao direito, não apresentam nenhum argumento identificável. Nesse sentido, incluem-se aqui excertos que simplesmente afirmam, por exemplo, ser imoral determinada prática analisada. Também se considerou

“caracterização mora do fato” quando o ministro ou ministra expõe a falta de relevância moral do caso em análise; ou apenas infere o alcance moral do fato. Utilizando-se do mesmo voto do ministro Barroso acima referido, a caracterização da prática enquanto cruel constitui também fator determinante.

Na vaquejada, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada, necessariamente com as quatro patas para cima como exige a regra, é inerentemente cruel e lesiva para o animal. (ADI 4983, Barroso, p. 26).

4.2.3 Referência a autores

Esta categoria inclui todas as referências a autores feitas nos votos dos ministros nos diferentes acórdãos. Dada a grande diversidade de autores referenciados, criou-se também as subcategorias de acordo com a área na qual o autor citado faz parte, podendo ser: doutrina jurídica; ciências humanas; filosofia; política partidária; biologia; personalidade social. De modo semelhante, esta categoria foi dividida entre referência a autores brasileiros e referência a autores estrangeiros, que em sua quase totalidade dizem respeito a autores europeus ou estadunidenses.

4.2.4 Referência às normatividades jurídicas

Nesta categoria foram incluídos todos os excertos presentes nos votos dos ministros do STF que fizeram referência à qualquer material produzido pela estrutura formal do Estado – leis, acórdãos, projetos de lei, leis já revogadas, referência a debates ocorridos no legislativo. Por questões de sistematização aqui também foram criadas duas subcategorias: referências a normatividades jurídicas nacionais e referência a normatividades jurídicas internacionais – sendo que a grande maioria destas últimas dizem respeito à jurisprudência proferida por tribunal constitucional europeu ou estadunidense.

4.2.5 Referência à sociedade civil

Uma vez que em todas as quatro ações de controle de constitucionalidade foi admitida a participação no processo de integrantes da sociedade civil como *amici curiae*, e também foram feitas audiências públicas a fim de ouvi-los e clarificar o entendimento dos ministros e ministras sobre os pontos implicados no julgamento, nessa categoria inclui-se todas as referências, mesmo as protocolares, a estes atores e sua participação no processo.

4.2.6 Referência a dados históricos e científicos

Esta categorização inclui todos os casos em que os ministros do STF, para fundamentar seus votos, utilizam-se de dados e documentos produzido por agências como o IBGE e IPEA. Também foram incluídos aqui excertos que citam relatórios de agências não governamentais, sejam elas nacionais ou estrangeiras.

4.2.7 Opinião sobre o STF ou sobre os outros Poderes de Estado

Aqui foram incluídos os excertos onde os ministros do STF se referem ao próprio órgão em que estão vinculados ou a outros poderes de Estado, seja do Legislativo ou o Executivo.

Importante frisar que todos os excertos que dizem respeito a cada uma dessas categorias foram incluídos nas mesmas. Ou seja, mesmo que certo precedente já tenha sido citado anteriormente por algum ministro em seu voto, se ele voltou a lhe fazer referência, esta nova citação foi também computada. A razão por esta opção metodológica é que a quantidade e recorrência nas citações dizem muito sobre os sentidos do documento analisado. Se um ministro, por exemplo, insiste em utilizar a obra de um autor estrangeiro para justificar seu voto, citando-o diversas vezes, esta é informação importante para que se compreenda seu voto.

Como dito anteriormente, certos excertos foram incluídos em duas categorias diferentes. Ainda que este procedimento seja questionado por Bardin (1977), seguimos o entendimento mais contemporâneo (BAUER, 2002) onde se afirma que as unidades de codificação (os excertos) são elementos complexos, podendo apresentar diversos significados possíveis. Portanto, ainda que se tenha procurado

produzir categorias de análise excludentes entre si, por vezes a dupla categorização de um mesmo excerto apresentou-se como imperativa. Isto ocorreu sobretudo com duas das categorias dedutivas criadas – os “argumentos de fundamentação moral” e os “argumentos jurídicos”. Contudo, também houve vínculos com as categorizações que aglutinaram os excertos sobre “caracterização do fato” e “caracterização moral”.

Tendo por base, portanto estas categorias de análise foram feitas leituras detalhadas dos votos de cada um dos ministros do STF. Os dados gerados indicam a grande centralidade conferida pelos ministros aos argumentos morais, em alguns casos se sobrepondo mesmo aos argumentos jurídicos. Os resultados indicam também a existência de comportamento por muitas vezes coeso e dialogado entre os ministros, o que põe em questão, ainda que de modo parcial, a tese que afirma a inexistência de deliberação entre os ministros e ministras. Estas questões são expostas em maior detalha mais abaixo.

5 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS

Conforme apresentado na introdução, esta pesquisa constitui esforço de compreender como a normatividade moral se relaciona com a normatividade jurídica na fundamentação dos votos proferidos pelos ministros e ministras do STF quando diferentes casos morais são julgados. Nesse sentido, o objeto empírico é composto por quatro acórdãos, que abrangem conflitos morais de diferentes tipos. Os dois primeiros a serem discutidos, a ADI 4277 que julgou a constitucionalidade da união homoafetiva e a ADPF 186 que julgou a constitucionalidade das cotas raciais como critério de seleção para o ingresso em universidades públicas, foram decididas de modo unânime pelos ministros, a primeira com provimento à ação proposta, e a segunda com rejeição ao pedido para que as ações afirmativas implementadas nas universidades federais fossem barradas.

As duas outras ações de controle concentrado de constitucionalidade, como vimos acima, são casos mais raros, dado que foram decididas com a diferença de apenas um voto. A ADI 3510 que questionou da constitucionalidade das pesquisas com células tronco embrionárias humanas foi vencida por seis votos contrários e cinco votos favoráveis e a ADI 4983 que tratou da constitucionalidade da prática da Vaquejada foi provida, em votação apertada onde seis votos afirmaram a correção da ação de inconstitucionalidade e cinco votos não viram qualquer incorreção no texto legal em análise.

A exposição tem dois eixos principais, um mais ocupado em demonstrar como as normatividades morais e jurídicas se relacionam nos votos, e o segundo em mostrar as diferentes estratégias retóricas e argumentativas utilizadas pelos ministros e ministras de modo a fazer valer seu entendimento. Na parte final do capítulo são apresentados os principais achados desta pesquisa.

Importante frisar que não nos ocupamos em apresentar discussão substantiva e aprofundada sobre nenhuma das temáticas que constituem casos analisados. Como dito anteriormente, o recorte posto por esta pesquisa visa compreender como a normatividade jurídica e normatividade moral são mobilizadas nos argumentos dos membros do STF. Desse modo, a atenção foi direcionada muito mais para as formas através da qual os conflitos morais são decididos por esse órgão do que para o conflito em si.

5.1 O CASO DA ADI 4277

As lutas pela igualdade de direitos para pessoas que cultivam relações afetivas que transcendem o padrão heteronormativo têm longa data no contexto social brasileiro. Contudo, ainda que os processos políticos que marcaram a redemocratização do país tenham permitido a proposição de projetos de lei que tratem do tema, o próprio texto constitucional promulgado em 1988, por outro lado, trouxe também obstáculos a estas bandeiras igualitárias. Em seu artigo 226, parágrafo 3º, a Constituição é objetiva ao definir o que seja a união estável:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, **é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo **homem e pela mulher**. (BRASIL, 1988, grifo meu).

Se por um lado o texto constitucional tenha expressamente permitido a conversão da união estável, realidade concreta da maioria das famílias brasileiras, em casamento, por outro lado, restringiu a caracterização deste instituto apenas à relação estabelecida entre homem e mulher, excluindo do ordenamento jurídico as demais formas de entidade familiar verificadas socialmente. Assim, o exercício de direitos básicos continuou a ser restringidos a casais homossexuais, como exercício de benefícios previdenciários, direitos de herança, possibilidade de adotar crianças e adolescentes sob a tutela do Estado, entre outros.

Ainda na década de 1990, contudo, diferentes parlamentares federais procuraram modificar o texto constitucional para incluir o reconhecimento desta forma de organização familiar. Através de estudo que analisa o desenvolvimento desse tipo de projeto de lei até o ano de 2013, Felix e Osterne (2016) identificam diferentes momentos onde representantes legislativos agiram nesse sentido.

O primeiro deles ocorreu em 1995, por iniciativa de Marta Suplicy (PT-SP), José Fortunati (PT-RS), Fernando Gabeira (PV-RJ) e Telma de Souza (PT-SP), conhecidos na época como a bancada gay na Câmara dos Deputados (FELIX; OSTERONE, 2016, p. 5). Mesmo o projeto de lei proposto por estes deputados e deputadas tendo

avanzado nas comissões em que foi submetido sem que houvesse grande oposição de parlamentares contrários à proposta, diferentes temas foram retirados do texto normativo – deixando de tratar, por exemplo, sobre o instituto da adoção ou do reconhecimento do companheiro homossexual como pertencente à família do servidor público federal, e portanto destinatário de direitos assistenciais e previdenciários que lhes são próprios (FELIX; OSTERONE, 2016, p. 7). Ainda que o projeto de lei tenha sido aprovado com facilidade na Comissão Especial, ele apenas foi objeto de debates iniciais no plenário, não tendo sido posto a votação em nenhum momento pela presidência da Câmara. Sua última movimentação ocorreu no ano de 2001, estando parado desde então.

Na primeira década do século XXI, os autores apontam para um novo comportamento legislativo sobre esta temática, onde houve a proposição de diferentes projetos de lei por iniciativa de diferentes grupos políticos, mas com conteúdo sobremaneira mais tímido que a proposta de lei anterior. Nestes anos também se verificou a emergência de proposições legislativas de sentido inverso. Afirmando a defesa dos “valores cristãos” e utilizando inclusive de passagens bíblicas em sua justificativa (FELIX; OSTERONE, 2016, p. 12), tais projetos procuravam restringir as liberdades das pessoas que cultivam relações homoafetivas.

Devido a esta incapacidade do Poder Legislativo em produzir qualquer tipo de solução ao impasse constituído, diferentes atores institucionais da sociedade política brasileira levaram a questão para julgamento junto ao STF. Assim, o campo onde se desenvolveu o debate sobre a temática deixou de ser prioritariamente o político-partidário, que apresenta forma própria de produzir respostas aos conflitos sociais, para tornar-se também uma questão jurídica a ser analisada pela mais alta corte do país. Ou seja, a narrativa deixa de priorizar o debate público como meio para que reconheça a necessidade de equiparação de direitos a essas pessoas e grupos sociais, passando a constituir narrativa que afirma haver, desde a promulgação da Constituição de 1988, paradoxal inconstitucionalidade no tratamento dado à questão.

Dessa forma, os grupos sociais que compartilham valores morais opostos, contra e a favor da união homoafetiva, deixam de compreender o debate público e político - e os procedimentos próprios – como campos prioritários para fazer valer seu posicionamento. Diferentemente, a relação normativa privilegiada passa a ser a estabelecida entre o sistema jurídico e o sistema moral. Conferindo concretude a esta modificação no enquadramento dado ao conflito moral, duas ações que questionam a

constitucionalidade do tratamento diverso dado às pessoas que constituem relações homoafetivas foram propostas perante o STF.

A primeira delas, através da ADPF 132 propostas em 2008 pelo então Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral (PMDB), questionou a constitucionalidade de diferentes artigos do Estatuto dos Servidores Cíveis de seu estado que restringiam o acesso de dependentes e cônjuges de servidores homoafetivos a direitos assistenciais. Benefícios como a licença por doença em pessoa da família, licença para acompanhar o cônjuge transferido de seu local de trabalho ou ainda benefícios destinados a familiar de servidor público do estado do Rio de Janeiro tinham grande possibilidade de serem negados tanto pela administração pública como pelo Poder Judiciário, causando grande insegurança política aos servidores que mantêm relações familiares homoafetivas.

Outra via de ingresso no STF do debate sobre a constitucionalidade da união homoafetiva foi através da ADPF 178, proposta em 2009 por Débora Duprat, quando ocupava interinamente o cargo de Procuradora Geral da República. Nesta ação se pedia que a corte constitucional declarasse o direito ao reconhecimento como entidade familiar à união estável entre pessoas de mesmo sexo, uma vez cumpridos os requisitos já exigidos à união estável entre homem e mulher. Importante frisar que tal ação de descumprimento de preceito fundamental era acompanhada também do parecer do então professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Luiz Roberto Barroso, que anos mais tarde, em 2013, viria a tornar-se membro do STF. Devido a questões jurídico-processuais, a ADPF 178 foi posteriormente transformada em ADI 4277 e julgada em conjunto com a ADPF 132, dada a coincidência entre os pedidos feitos em ambas as demandas.

Por decisão do relator da ADI 4277, o ministro Ayres Britto, foi permitida a intervenção de terceiros como *amicus curiae* devido à grande repercussão social da questão abordada. Diferentes instituições sociais protocolaram pedido para expressar não só seu posicionamento a temática, mas também para trazer dados e esclarecimentos aos ministros e ministras que julgariam o caso. No total, foram sete as entidades que manifestaram posicionamento favorável à união homoafetiva. São elas: a organização não-governamental Conectas Direitos Humanos; o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; o Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade

Federal de Minas Gerais, em conjunto com o Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais; o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo. Contra a possibilidade de reconhecimento constitucional da união homoafetiva foram admitidos dois *amici curiae*, a Associação Eduardo Banks e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, sendo que esta última contou com o parecer do ex-Procurador Geral da República Cláudio Fonteles.

Por um lado, as diferentes organizações que defendiam a necessidade de se declarar constitucional a união homoafetiva fundamentaram seu posicionamento em princípios amplos, como o direito à igualdade, que não só constituem a base do direito tal como é entendido na modernidade, mas também dizem respeito a aspectos centrais dos valores morais mínimos que possibilitam com que as sociedades plurais se organizem de modo estável. Estas entidades, ainda se ocuparam em legitimar o STF enquanto órgão competente para promover direitos a um grupo social que tem sua autonomia negada pela ação ou omissão dos grupos majoritários representados no poder legislativo. Nesse sentido, frente a incapacidade da democracia representativa em promover estes direitos fundamentais, o poder judiciário passa a ser considerado competente para corrigir tal vício democrático, uma vez que são adotados valores de tipo liberal frente a concepções conservadoras afirmadas pela força do princípio majoritário. A fim de corroborar os argumentos apresentados, a ALGBT apresentou, de modo destacado, dados que demonstram o alto grau de violência cotidiana a que estão submetidos às e os homossexuais no contexto social brasileiro.

Por outro lado, as instituições que interviram no processo com posicionamento contrário ao reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva centraram suas argumentações em duas dimensões principais. A primeira delas pretendia justamente estabelecer um limite ao pluralismo verificado nas sociedades contemporâneas, entendendo o próprio texto constitucional como sendo suficientemente claro e preciso para responder à questão posta à análise do STF. Dessa forma, se frisou o fato de o conceito de união estável estar claramente expresso no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, não sendo possível a um tribunal – que por definição deve aplicar a lei e não modificá-la – reconhecer situação fática que não encontra abrigo na carta magna. Ainda se faz importante ressaltar o parecer

do ex-Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, que defendeu não ser possível a aplicação de qualquer técnica interpretativa jurídica para estender o conceito de união estável na Constituição Federal de 1988. Sem atrelar seu posicionamento a um conjunto determinado de valores morais, o jurista utilizou de “argumentos de oposição”, sem analisar a complexa dimensão moral do conflito em análise.

Mesmo os representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, ao expor suas considerações, o fizeram afirmando a validade dos valores morais mínimos que perpassam a formação das sociedades modernas, uma vez que reiteradamente lembraram o fato de que o Conselho Constitucional francês, meses antes do julgamento da ADI 4277, em janeiro de 2011, estabeleceu que a Declaração de Direitos Humanos de 1789 não agride a dignidade da pessoa humana, uma vez que também define, de modo bastante semelhante à Constituição Federal brasileira, o conceito de entidade familiar como a união entre homem e mulher. Ou seja, mesmo a CNBB, entidade que de modo paradigmático representa um definido conjunto de valores morais religiosos, reconhece em sua argumentação a centralidade dos valores e princípios que protegem os indivíduos frente a indevidas ingerências das instituições estatais enquanto centrais às sociedades atuais. Estava dada assim, a possibilidade de emergir, no caso analisado pelos ministros e ministras do STF, convergência deliberativa capaz de afirmar a construção de decisão minimamente estável.

Antes de nos aprofundarmos nos principais achados da análise de conteúdo feita a partir da ADI 4.277 faz-se importante ressaltar que as considerações dos *amici curiae* foi exposta oralmente aos ministros no mesmo dia em que se deu o julgamento. Ou seja, somente quando os ministros já tinham seus votos prontos – em muitos casos escritos – é que puderam escutaram as considerações produzidas pelas associações e instituições da sociedade civil sobre a questão, dificultando que as mesmas tivessem real influência sobre o posicionamento dos ministros e ministras.

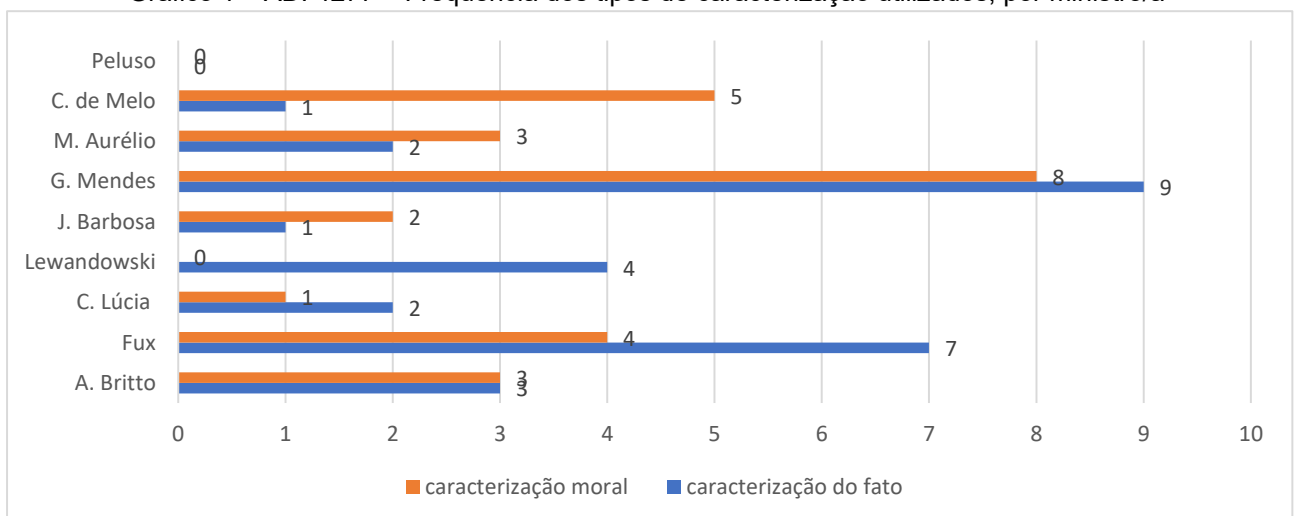
Importante ainda ressalta que neste julgamento dois ministros não proferiram seus votos. A então ministra Ellen Gracie esteve ausente às sessões e o ministro Dias Toffoli se declarou impedido de votar porque, quando ocupou o cargo de Advogado-Geral da União, se manifestou publicamente sobre o tema. Desse modo, a questão foi decidida pelo voto dos nove ministros, na seguinte ordem: o relator Ayres Britto, seguido por Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar

Mendes, Marco Aurélio, Celso de Melo e por último o então presidente do STF, Cezar Peluso.

Foi através da análise deste acórdão que emergiu nesta pesquisa duas das categorias que ajudam a compreensão sobre como as questões jurídicas são tratadas pelos membros do STF. Se por um lado foi unânime entre os ministros o reconhecimento de que as práticas homossexuais fazem parte do cotidiano de qualquer sociedade, este reconhecimento – que compõe a categoria “caracterização do fato” - por vezes foi utilizado como estratégia que permitiu o desvio de qualquer consideração de tipo moral sobre a união homoafetiva. Ou seja, uma vez que o comportamento homoafetivo foi caracterizado como cotidiano e presente nas diferentes sociedades, discutir seu status social deixou de ser relevante. Sobre essa questão o ministro Lewandowski teve postura de destaque, uma vez que em seu voto foram encontrados quatro excertos que compõe esta categoria e nenhum que corresponde à “caracterização moral” (Gráfico 1). Um exemplo deste tipo de exposição, também afirmada de modo mais ou menos semelhante por praticamente todos os ministros, é este apresentado abaixo:

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los. (ADI 4.277, Lewandowski, p. 107).

Gráfico 1 – ADI 4277 – Frequência dos tipos de caracterização utilizados, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

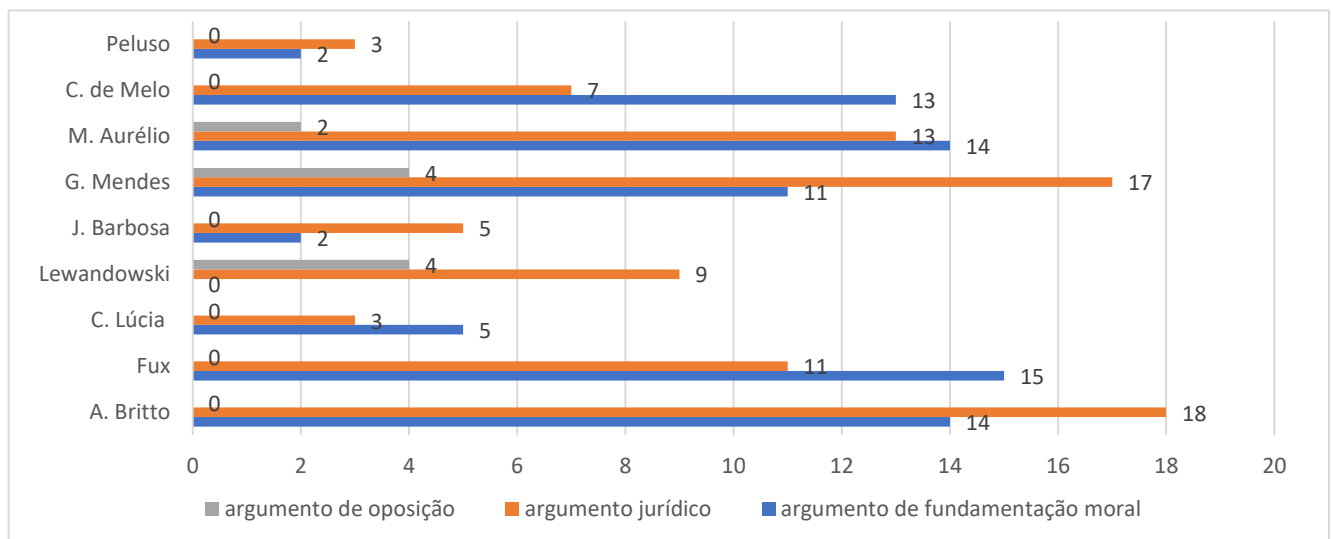
Apresentando postura diametralmente oposta, o ministro Marco Aurélio fugiu

a tendência apresentada por seus colegas, uma vez que em seu voto foi identificado apenas um excerto que pode ser inserido na categoria “caracterização do fato”. Em todas as outras vezes que tratou de definir o status da união homoafetiva na sociedade atual o fez de modo a realçar outros aspectos. Por exemplo:

A família, por outro lado, é uma construção cultural [...]. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. (ADI 4277, Marco Aurélio, p. 203).

Esta busca por fornecer um enquadramento que vá além da mera constatação empírica das uniões homoafetivas está em sintonia com o fato de o voto do ministro ser constituído por maior número de “argumentos fundamentação moral” e menos por “argumentos jurídicos” (Gráfico 2).

Gráfico 2 – ADI 4277 - frequência dos tipos de argumentos utilizados, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

Importante ressaltar que nos votos dos ministros Gilmar Mendes e Lewandowski aparece inclusive “argumentos de oposição”, onde se afirmou a incompatibilidade entre a união homoafetiva e o ordenamento jurídico. Estas estratégias argumentativas podem ser explicadas sobretudo pelo claro desconforto apresentado por estes ministros, em conjunto com Cezar Peluso, com a decisão que construída em plenário. Nesse sentido, ainda que a decisão tenha sido unânime pela

declaração da constitucionalidade da união homoafetiva, sua fundamentação exposta no acórdão está longe de sê-lo. Sobretudo, em seus votos estes três ministros se mostraram incomodados com o fato de a decisão do STF contrariar previsão constitucional que, argumentam, é clara ao restringir a união estável à relação entre homem e mulher.

A fim de contornar este impedimento o ministro Lewandowski inclusive propôs a criação, pelo STF, de um novo instituto jurídico – a união estável homoafetiva – que em sua concepção não se confundiria com a união estável prevista no artigo 226, § 3º da Constituição Federal:

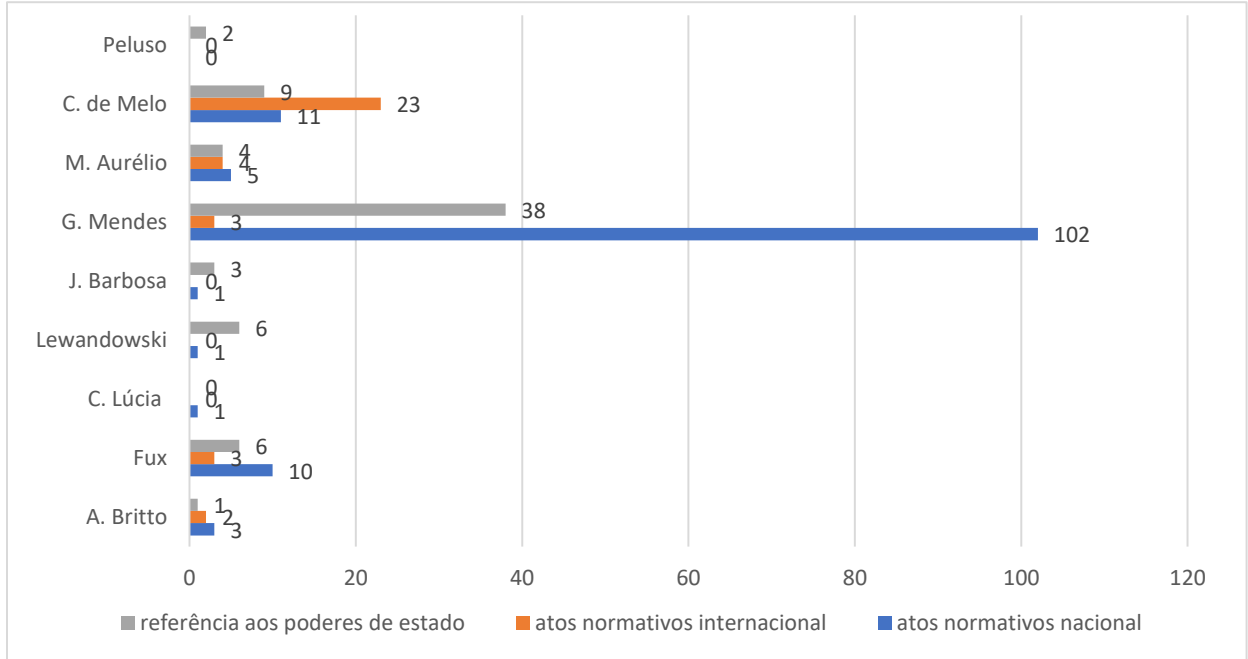
Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma ‘união homoafetiva estável’, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional. (ADI 4277, Lewandowski, p. 109).

Diferente foi a estratégia adotada pelo ministro Gilmar Mendes para expor sua inconformidade com a forma pela qual o plenário tomou sua decisão. Em seu voto, o ministro utilizou e citou expressivo número de “atos normativos nacionais” a fim de demonstrar o ineditismo da decisão proferida (Gráfico 3). Defendendo que o caminho para promover direitos iguais aos casais homoafetivos deveria ser através da elaboração de políticas públicas que possam combater a homofobia, o ministro buscou evidenciar as diferentes iniciativas promovidas no âmbito do poder legislativo a fim de tentar solucionar o impasse que constitui a questão em análise no supremo. De modo semelhante, Gilmar Mendes expos também grande número de jurisprudências do próprio STF que contrariam certos aspectos da decisão tomada pela maioria dos ministros e ministras em plenário.

Mesmo apresentando tais tensionamentos no comportamento argumentativo de alguns dos ministros, dado o consenso mais ou menos bem estabelecido sobre a injustiça no tratamento dispensado aos indivíduos e casais homossexuais, a maioria dos ministros apresentou tanto “argumentos de fundamentação moral” como ‘argumentos jurídicos’. Ainda que tenha prevalecido o uso de “argumentos jurídicos” no acórdão comum em todo (Gráfico 4), a relação entre a normatividade jurídica e a normatividade moral se deu de modo harmônico, com uso elevado também de

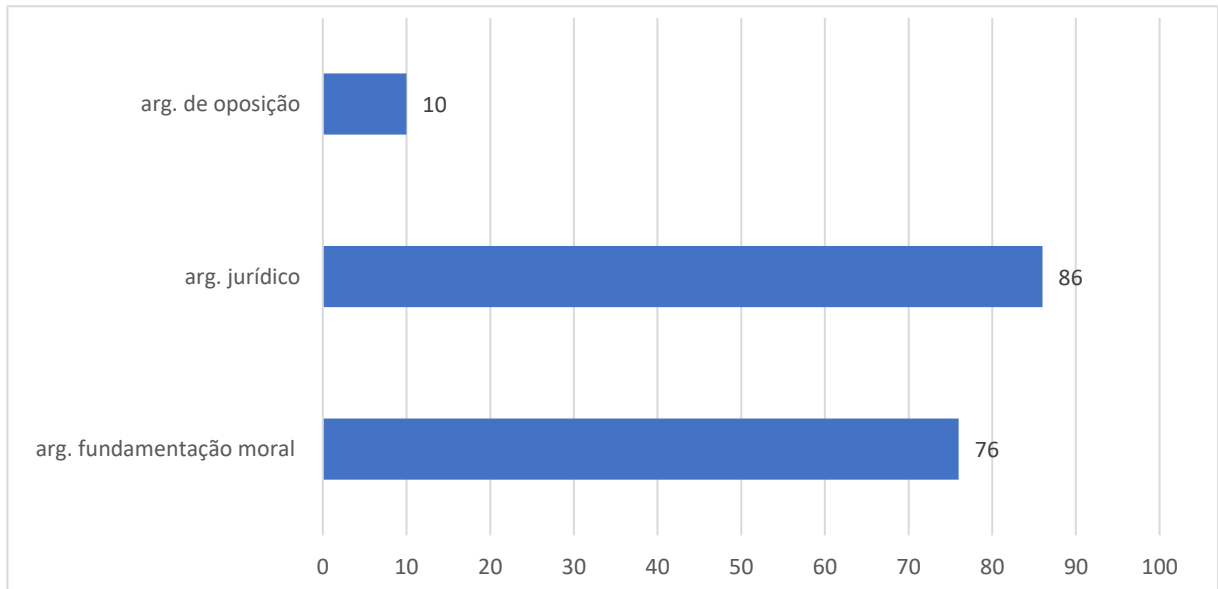
argumentos morais – exceção apenas para o ministro Lewandowski que utilizou apenas de argumentos jurídicos.

Gráfico 3 – ADI 4277 – frequência dos tipos de referências a normatividades jurídicas, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

Gráfico 4 – ADI 4277 - soma total dos tipos de argumentos utilizados no acórdão



Fonte: elaboração própria

5.2 O CASO DA ADPF 186

Ainda que o uso de cotas raciais como forma de ingresso no ensino superior brasileiro tenha tido sua primeira experiência em 2003, por iniciativa da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), apenas em 2009 esta política afirmativa passou a ser objeto de questionamento junto ao STF, patrocinada pelo partido Democratas (DEM). Contudo, a ação de descumprimento de preceito fundamental proposta não teve como alvo as práticas verificadas no processo seletivo da UERJ, mas sim as da Universidade de Brasília (UnB) que desde 2004 também inseriu o sistema de cotas em seu processo seletivo.

A razão para isto diz respeito ao modo específico através do qual esta universidade utilizou para verificar o direito dos vestibulandos às cotas raciais. Ao contrário de outras universidades, que optaram pelo sistema da autodeclaração, na UnB os estudantes que pretendiam acessar a universidade pelo sistema de cotas tinham que ser aprovados também por uma comissão, a fim de verificar sua condição enquanto sujeito negro ou negra. Dado que os traços raciais dos brasileiros são identificados prioritariamente não pelo genótipo, mas sim pelo fenótipo, ou seja, por sua aparência, os trabalhos desenvolvidos por essa comissão visavam garantir que as cotas destinadas para negros e negras sejam ocupadas por apenas por estudantes negros e negras.

Contudo, a imensa miscigenação da sociedade brasileira, em muitos casos, tornou problemático o trabalho da comissão de seleção. Na imprensa foram noticiados casos de irmãos de mesmo pai e mesma mãe, onde apenas um deles foi reconhecido pela UnB enquanto negro, ou mesmo casos onde irmãos gêmeos receberam diferentes classificações raciais (PINHO, 2007). Se as políticas afirmativas desenvolvidas pelas universidades que utilizavam da autodeclaração como critério prioritário já eram alvo críticas por aqueles que entendiam que o princípio da igualdade expresso na Constituição Federal de 1988 era fragilizado pelo sistema de cotas, os trabalhos da comissão que estabeleciam quem poderia e quem não poderia ser considerado negro ou negra aprofundou o dissenso da sociedade brasileira.

A título de exemplo, em 2008 foi divulgado o “Manifesto de cento e treze cidadãos contra as leis raciais”, assinado tanto por alguns dos intelectuais mais importantes universidades do país, como também por representantes do movimento sindical, de partidos políticos de diferentes posições no espectro político assim como

por personalidades artísticas. Nomes como José de Souza Martins, Gilberto Velho, Caetano Veloso, Reinaldo de Azevedo, Eduardo Giannetti e outros assinaram o documento. Entregue ao presidente do STF da época, ministro Gilmar Mendes, no manifesto estava expresso o temor de que políticas públicas que utilizam do critério racial para promover a igualdade acabassem por estabelecer uma sociedade racializada e mais dividida que antes da implementação de tais políticas.

Na petição inicial ajuizada pelo partido Democratas, o principal argumento apresentado também girou entorno da ideia de que as ações afirmativas criam para o Estado a noção de raça, o que invariavelmente levaria a consequências impremeditadas sobre o princípio da igualdade, sobretudo em relação aos brancos pobres, que passariam a disputar menor número de vagas com os brancos ricos. O partido ainda apresenta outro argumento, no qual estabelece que as desigualdades sociais verificadas no país não têm relação com a cor da pele das pessoas, mas sim com as disparidades econômicas. Ainda, ao mesmo tempo em que a petição inicial apresentada assegura não pretender discutir a existência de racismo na sociedade brasileira (DEM, 2009, p. 25), afirma que, “ninguém é excluído, no Brasil, pelo simples fato de ser negro.” (DEM, 2009, p. 27).

Dessa forma, fica claro que o conjunto de valores morais cultuados pelos grupos e indivíduos que se sentiram representados pela petição inicial ajuizada pelo Democratas compartilham de noção formalista sobre o que seja o princípio igualdade. Ou seja, igualdade é tratar a todos de modo igual. Assim sendo, uma única prova com mesmo peso e conteúdo deveria ser aplicada para todos e todas aqueles que pretendem ingressar em uma instituição de ensino superior. Nesse sentido, se o poder público passasse a considerar as particularidades dos indivíduos de modo a alcançar não apenas a igualdade formal, mas si a equidade, haveria risco de demasiada fragmentação social, dado que outros atributos identitários passariam a também demandar tratamento diferenciado pelas políticas públicas.

Como dito acima, outra dimensão compartilhada pelos indivíduos e grupos contrários às ações afirmativas é a noção de que a fonte de todas as desigualdades sociais é a desigualdade econômica. Ou seja, diferente de países como os Estados Unidos da América e a África do Sul, onde se verificou profundas e duradouras políticas de separação racial, alega-se que no Brasil não houve este tipo organizado de preconceito, sendo as desigualdades raciais consequência dos baixos rendimentos

econômicos usufruídos pela população negra do país. Nesse sentido, pergunta-se na petição inicial se

[p]ode-se afirmar que, no Brasil, exclusivamente por conta da raça, o acesso aos direitos fundamentais é negado aos negros? Também aos negros ricos é vedado o exercício de direitos fundamentais? Ou tais direitos não conseguem ser exercidos em sua amplitude porque atrelados à questão racial encontra-se, sobretudo, um problema econômico? (ADPF 186, petição inicial, p. 27).

Mesmo sendo alvo de grande debate na sociedade civil, a temática que perpassa a ADPF 186 só viria a ser julgada no ano de 2012. Contudo, antes dos ministros emitirem seus votos, na qualidade de *amici curiae* foram ouvidas diferentes entidades sobre a questão. Tal oitiva ocorreu por meio de audiência pública, realizada em 2010, quando não apenas os *amici curiae* puderam expor seus argumentos, mas também diferentes órgãos estatais que têm conexão com as questões analisadas. Foram ouvidos representantes de diferentes Universidades públicas onde o processo seletivo já contava com diferentes modelos de cotas raciais assim como servidores do IPEA, órgão responsável por mensurar o impacto das políticas de ações afirmativas sobre a realidade do ensino superior. Dentre os *amici curiae* admitidos constam a Defensoria Pública da União; o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA); a Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS); o Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira (ICCAB); o Instituto de Defensores dos Direitos Humanos (IDDH); a Fundação Nacional do Índio (FUNAI); a Fundação Cultural Palmares; o Movimento Negro Unificado (MNU); a entidade Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO); o CONECTAS Direitos Humanos; o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB); e ainda o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

Destes, apenas o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro apresentou argumentos contrários às cotas raciais, dado que estas excluem os grupos e indivíduos que não se identificam enquanto negros, mas sim enquanto mestiços, pardos, mulatos e caboclos. Ainda, o Conselho Federal da OAB apenas dissertou sobre as diferentes questões constitucionais que perpassam a questão sem posicionar-se favorável ou contrariamente sobre sua constitucionalidade.

Os demais grupos, apresentaram argumentos que apontam para a necessidade de se combater as desigualdades raciais também por critérios de ingresso ao ensino superior que não sejam baseados simplesmente na igualdade

formal que há entre os indivíduos abstratamente considerados, mas também suas desigualdades estruturais. De modo geral, defendia-se que com maiores chances de acessar às universidades públicas, os negros e negras passariam a ter também melhores condições para ocupar postos de trabalho de maior relevância, tanto no âmbito público quanto no âmbito privado, fazendo assim com que paulatinamente a desigualdade racial presente no país fosse erradicada.

Importante ainda expor um dos argumentos levantados pela Advocacia-Geral da União, que para defender a constitucionalidade do sistema de cotas lembrou do princípio da autonomia universitária também previsto no artigo 207 da Constituição Federal de 1988. Através deste caminho argumentativo, o fundamento que afirma a constitucionalidade das cotas raciais é dado por questão relacionada ao modo de funcionamento das universidades no Brasil, sem que se tenha que ingressar no difícil debate sobre a relação entre as instituições estatais e a desigualdade racial. Como veremos mais abaixo, este argumento foi utilizado por diferentes membros do STF.

Ao contrário da ADI 4277 que tratou da união homoafetiva, no relatório que compõe o acórdão do julgamento da ADPF 186 foram inseridos os argumentos levantados tanto pelos *amicie curiae* como pelos representantes de instituições estatais na audiência pública em 2010. Este fator indica maior contato e valorização entre a sociedade civil e os ministros e ministras do STF, uma vez que tiveram maior tempo, quase dois anos, até que o plenário se debruçasse de modo final sobre a questão. Nesta oportunidade, os ministros e ministras proferiram seus votos na seguinte ordem: o relator Lewandowski, seguido de Luiz Fux, Rosa Weber, Cármen Lúcia, César Peluso, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e o então presidente da corte, ministro Ayres Britto.

Ainda que a ADPF 186 proposta pelo partido Democratas tenha sido julgada totalmente improcedente pelos membros do STF, novamente o ministro Gilmar Mendes produziu grande número de argumentos favoráveis à procedência da demanda. Apenas nas quatro últimas páginas de seu voto escrito, que contou com trinta e sete, é que o ministro expõe argumentos que permitem votá-lo conforme o relator. Dessa forma, utilizando de longas citações onde o professor de direito Mangabeira explica as características do que chamou de “experimentalismo constitucional”, Gilmar Mendes defendeu que o modelo instituído na UnB deveria ser considerado “ainda constitucional” dado que, se não forem verificadas modificações,

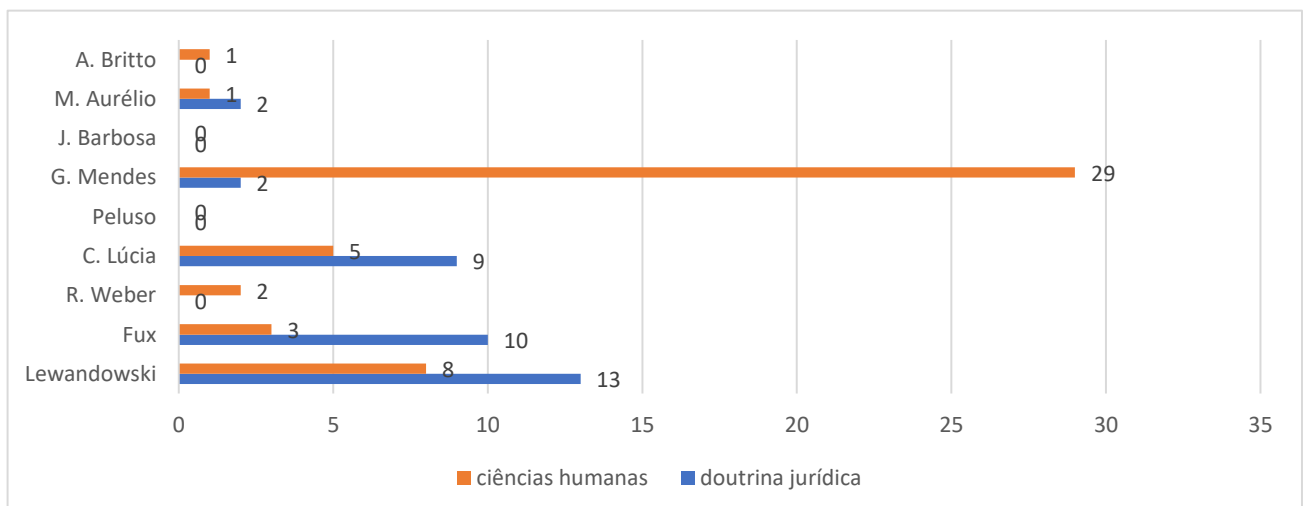
estaria se formando um quadro de inconstitucionalidade. Isso, pois, na visão de Gilmar Mendes

[o] preconceito racial existente no Brasil nunca chegou a se transformar numa espécie de ódio racial coletivo, tampouco ensejou o surgimento de organizações contrárias aos negros, como a Ku Klux Klan e os Conselhos de Cidadãos Brancos, tal como ocorridos nos Estados Unidos. (ADPF 186, Gilmar Mendes, p. 181).

De modo semelhante ao afirmado pela parte autora na petição inicial, também o ministro entende que no Brasil a causa da desigualdade social não são as questões raciais, mas sim a desigualdade econômica, de modo que o critério principal de toda ação afirmativa aplicada às formas de ingresso na educação pública deve levar em conta precipuamente os recortes econômicos que perpassam a sociedade brasileira.

Para fundamentar seu posicionamento, o ministro Gilmar Mendes utilizou de grande número de citações de diferentes intelectuais brasileiros. Este esforço, sobremaneira mais intenso que o verificado entre os outros ministros (Gráfico 5), permite intuir o reconhecimento por parte de Gilmar Mendes de que seu posicionamento era divergente, lhe exigia maior intensidade argumentativa. Contudo, ainda que tenha feito uso de fontes bibliográficas como as produzidas por Gilberto Freyre, Ruth Cardoso e mesmo Florestan Fernandes, o ministro justificou sua posição principalmente através do repetido uso de intelectuais com pouca expressão no meio acadêmico, como o diretor de jornalismo da rede Globo, Ali Kamel (2006), autor de livro no qual se contrapõe à ideia de que a sociedade brasileira seja racista.

Gráfico 5 – ADPF 186 - frequência dos tipos de referências utilizadas, por ministro/a

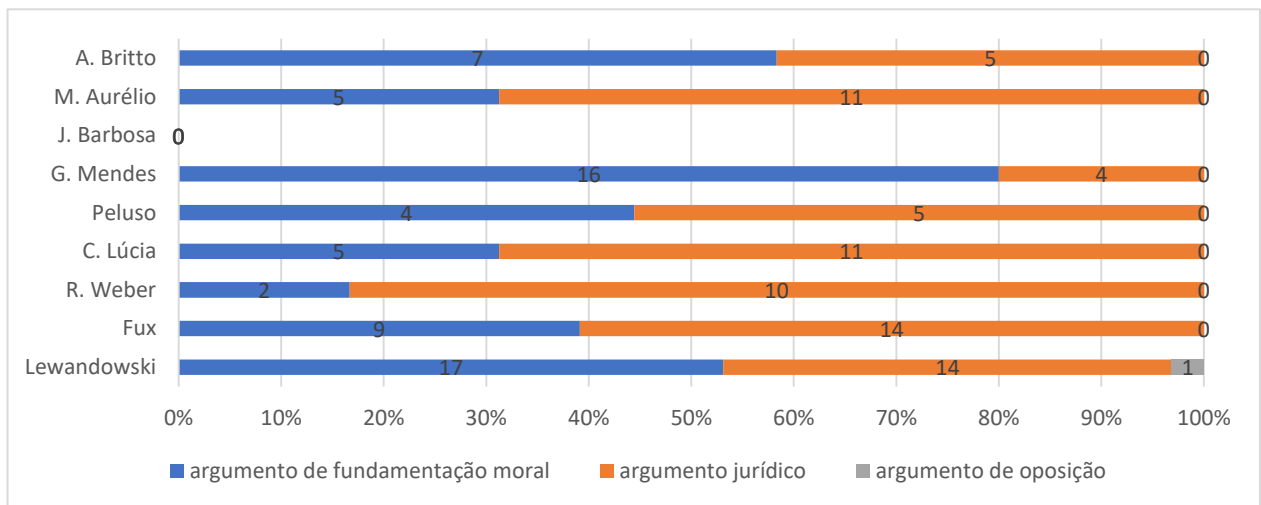


Fonte: elaboração própria

A análise das categorias dedutivas propostas por esta pesquisa, que relacionam o modo como a normatividade moral e normatividade jurídica se relacionam (Gráfico 6) também permite inferir a contrariedade de Gilmar às políticas afirmativas aplicadas nas Universidades. Dos dezesseis “argumentos de fundamentação moral” produzidos pelo ministro, apenas cinco deles são favoráveis às cotas. Os outros onze giram em torno da ideia de que a política de cotas como critério para ingresso no ensino público superior está em desconformidade com o modo como a diversidade e igualdade são cultuados como valores na sociedade brasileira:

Não podemos deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, fundamental para a construção de uma verdadeira democracia, reforce as crenças perversas do racismo e dívida nossa sociedade em dois polos antagônicos: “brancos” e “não brancos” ou “negros” e “não negros”. (ADPF 186, Gilmar Mendes, p. 202).

Gráfico 6 – ADPF 186 - frequência dos tipos de argumentos utilizados, por ministro/a²¹



Fonte: elaboração própria

Importante ainda ressaltar que durante seu voto, o ministro Gilmar Mendes por onze vezes também produziu recomendações às instituições responsáveis pelas futuras formulações de políticas públicas, número bem maior que o feito por seus colegas – apenas Cármen Lúcia e Marco Aurélio produziram cada um deles duas recomendações e Cezar Peluso uma. Tais recomendações, que claramente

²¹ O ministro Joaquim Barbosa, única pessoa negra da corte, apresentou voto com apenas seis linhas de extensão, onde não constou nenhum argumento passível de classificação entre as categorias criadas por esta pesquisa, restringindo-se a acompanhar o relator ministro Lewandowski.

transcendem a competência típica do Tribunal, frequentemente fogem da causa em análise para discorrer sobre temáticas que, ainda que lhe sejam correlatas, retiram o foco da questão, por exemplo:

Por que não aumentar o número de vagas por professor? Um número tão reduzido de vagas em universidades públicas é, por si só, um fator de exclusão. Por que não se instituir no Brasil, por exemplo, um modelo em que haja vinculação entre a receita da instituição de ensino e o número de vagas que deve ser obrigatoriamente ofertado, de modo a ensejar uma expansão no acesso ao ensino superior público. (ADPF 186, Gilmar Mendes, p. 196).

Se Gilmar Mendes foi o único ministro a deixar claro seu descontentamento com a decisão tomada pelo STF, outros ministros fundamentaram seus votos através de argumentos que pouco dizem respeito à questão racial. Presente nos votos proferidos por Cármen Lúcia, Rosa Weber e Luiz Fux, a referência ao princípio da autonomia universitária caracteriza-se pelo fato de permitir decisão favorável à cotas raciais sem, no entanto, comprometer-se com os valores morais relacionados a tais políticas públicas. Uma vez que esta postura argumentativa permite interpretar que o fundamento do voto remete à princípio de cunho administrativo, se pode inferir também que outras decisões baseadas no princípio da autonomia universitária seriam consideradas constitucionais e legítimas pelo STF, ainda que contrárias aos valores que na ADPF 186 tiveram sua imperatividade reconhecida. Categorizados enquanto “argumentos jurídicos”, esta postura é exemplificada por este excerto do voto da ministra Cármen Lúcia:

Em síntese, se, por um lado, o constituinte originário foi enfático ao atribuir autonomia à universidade (art. 207 Constituição da República) e afirmar que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205 da Constituição da República), por outro e de forma consentânea com os desígnios constitucionais, o legislador ordinário valeu-se da expressão “sem prejuízo de outras” (caput do art. 53 da Lei n. 9.394/1996) para autorizar a atuação das universidades na consecução dos objetivos que são também do Estado brasileiro (art. 3º da Constituição da República) (ADPF 186, Cármen Lúcia, p. 61).

Esta estratégia argumentativa nos remete ao debate que perpassa o desenvolvimento da *Critical Race Theory*, apresentado na introdução deste trabalho. Como afirmado, a análises feitas por Bell (1980) sobre a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sobre o caso *Brown vs. Board of Education*, em 1954,

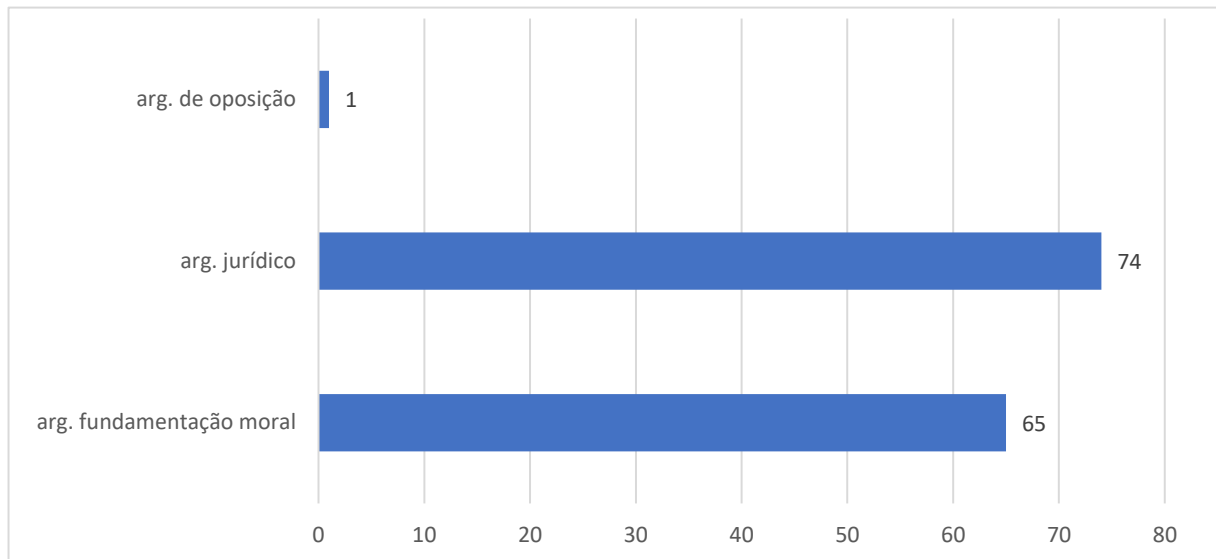
indicam que as consequências desse julgamento puderam paulatinamente ser diminuídas e mesmo revertidas em julgamentos posteriores, conforme a conjuntura política se modificava no país.

No caso da ADPF 186, diferentes ministros fundamentaram seus votos genericamente sobre a defesa da existência de dívida histórica ou um déficit histórico da sociedade brasileira para com a população negra que a constitui. Os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e a ministra Rosa Weber expuseram argumentos nesse sentido. O ministro Cezar Peluso também o fez, contudo, com o cuidado em afirmar que não há dívida da geração brasileira atual com a do passado: “Tal política está, portanto, voltada só para o futuro, donde não se destinar a compensar ou reparar perdas do passado, mas a atuar sobre a realidade de uma injustiça objetiva do presente” (ADPF 186, Cezar Peluso, p. 161). Apenas o voto do ministro Ayres Britto, ao tocar sobre esta questão, negou a existência de qualquer dívida histórica:

A nação é uma realidade permanente que ata a ancestralidade, a coetaneidade, ou contemporaneidade, e a posteridade. A nação é como um rio. O rio é um só rio, da nascente à foz. A nação é uma só nação, da primeira geração à última geração. Não vale esse argumento de que estamos pagando pelos pecados de nossos ancestrais. (ADPF 186, Ayres Britto, p. 222).

De modo geral, contudo, os ministros afirmaram seu voto sobre o princípio da igualdade e a necessidade de compreendê-lo não apenas enquanto valor formal, mas também de ressaltar seu aspecto substantivo. Ainda que com ressalvas sobre a necessidade de se observar também o princípio da razoabilidade, defendeu a aplicação da justiça distributiva, atenta para as desigualdades estruturais que caracterizam a formação da sociedade brasileira. Assim, a ADPF 186 foi decidida sem que houvesse demasiados dissensos entre os ministros, com a exceção do posicionamento contraditório, mas conformado de Gilmar Mendes. Assim como ocorreu na ADI 4277, esta uniformidade, ainda que composta por grande pluralidade argumentativa, permitiu a prevalência de “argumentos jurídicos” frente a “argumentos de fundamentação moral” (Gráfico 7).

Gráfico 7 – ADPF 186 - soma total dos tipos de argumentos utilizados no acórdão



Fonte: elaboração própria

5.3 O CASO DA ADI 4983

Conforme procuramos demonstrar, nos dois casos analisados acima houve maior recorrência de “argumentos jurídicos” frente aos que estabelecem relação categorizada por esta pesquisa como sendo de fundamentação moral. Ainda que alguns ministros tenham expressado profundo descontentamento com o sentido da decisão tomada pelo plenário, ambos os casos foram decididos de modo unânime. Assim, pode-se constatar maior prevalência da normatividade jurídica sobre a normatividade moral nestes casos, ainda que “argumentos de fundamentação moral” tenham constituído parte importante dos votos oferecidos.

Diferentemente, na ADI 4983 que analisou a constitucionalidade da Vaquejada, houve polarização entre as decisões. Com base no argumento de que esta manifestação cultural implicava em crueldade aos animais, a Procuradoria-Geral da República utilizou a lei 15.299 do estado do Ceará para levar a questão à análise do STF. Esta lei, promulgada em oito de janeiro de 2013, por sua vez, tinha como objetivo justamente regulamentar a prática da Vaquejada, prescrevendo entre outras normas, a necessária proteção dos animais envolvidos nos eventos, conforme disposto em seus poucos artigos:

Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará

[...]

Art. 2º § 2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

[...]

Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§ 1º. O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

[...]

§ 3º. O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário. (CEARÁ, 2013, grifos meus)

Para o Procurador-Geral da República, contudo, mesmo com tais previsões legais a prática da Vaquejada necessariamente consiste em maus-tratos aos animais envolvidos, tanto os bovinos quanto os equinos, portanto, em desacordo com o artigo 225, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade

Ou seja, de modo semelhante ao ocorrido com a prática da chamada “farra do boi” ou das rinhas de galo, que também foram objeto de regulamentação pelo Poder Legislativo, mas que acabaram sendo julgadas inconstitucionais pelo STF, através da RE 153531 e ADI 1.856 respectivamente, foi proposta ação de controle concentrado de constitucionalidade também sobre a lei cearense que regulamentou a prática da Vaquejada. Assim, de um lado desta disputa judicial se encontravam os indivíduos e grupos que lutam contra qualquer tipo de prática cruel aos animais, compartilhando de valores morais que incluem tais seres vivos sob a proteção dos princípios gerais visam proteger os indivíduos nas sociedades modernas. Uma vez que consideravam degradante e inapropriado o tratamento dados aos animais em tais eventos, defendiam o não-reconhecimento dessas práticas pelo ordenamento jurídico. Nesse

sentido, a ação ajuizada visava sobretudo assegurar o “progresso da humanidade”, noção que teve profundo reflexo nas argumentações dos membros do tribunal:

O sofrimento desnecessário dos animais decididamente não constitui expressão de atividade cultural, pois isso repugna aos **padrões civilizatórios** que informam as formações sociais contemporâneas [...] (ADI 4983, Celso de Mello, p. 94, grifo meu).

[...] são manifestações extremamente agressivas contra os animais, e que nos levam a analisar a Constituição dentro - com as vênias devidas aos que pensam em sentido contrário, evidentemente - de um **marco civilizatório** que preserve a vida [...]. (ADI 4983, Cármen Lúcia, p. 126, grifo meu).

[...] a questão da ética animal para fins de entretenimento está entrando no **radar ético da humanidade**. Nós estamos tendo o primeiro capítulo de um debate que não vai acabar aqui nem neste caso, mas que é importante de se fazer. [...] penso que estamos diante de uma **mutação ética do processo civilizatório** e precisamos lidar com essas variáveis, diferentes sem tratar ninguém com desprezo nem desimportância, mas sem acreditar que vamos poder parar a história, porque **a história caminha nesse sentido**. (ADI 4983, Barroso, p. 108, grifos meus).

Por outro lado, os indivíduos e grupos que se organizaram em sentido contrário reconhecem na Vaquejada expressão de um modo de vida presente característico sobretudo das localidades do interior do nordeste, onde a pecuária e a lida com o gado perpassam os diferentes âmbitos da vida social, política e econômica da região. Expondo, nesse sentido, conjunto de valores morais diversos daqueles que constituem a modernidade, no meio rural nordestino os modos tradicionais possibilitam não só a organização da social, mas também o cultivo de representações intersubjetivas que dão conteúdo à dimensão moral de bem, ou seja, às práticas que expressam valores a serem compartilhados, como diz a letra desta música popular:

Sou vaqueiro do sertão, caboclo apaixonado
Nasci lá no pé da serra, me criei no meio do gado

Tomando banho de cacimba, lá mesmo matando a sede
Tirando leite de vaca, comendo cuscuz e milho verde
Montando em cavalo bravo, rolando em cima da sela
Ouvindo o cantar do galo e o bater da cancela

Eu vim lá do sertão, não tenho estudo
Nessa cidade eu sou chamado de matuto
Perto de um doutor, não sou ninguém
Mas lá no meio do gado eu sou doutor também
(JUNIOR VIANNA, 2018)

No entanto, o apelo à tradição nordestina tampouco condiciona a vaquejada ao passado. Ao contrário, as chamadas festas de vaquejada movimentam milhões de reais e empregam milhares de pessoas na região do Nordeste. A título de exemplo, segundo relatório (SOGATO; ARAMIS, 2015), apenas no pequeno estado do Alagoas a prática movimenta, em média, anualmente, mais de 62 milhões de reais e emprega cerca de 11 mil pessoas, sendo 4.800 de forma direta. Para a Procuradoria-Geral da República, contudo, é justamente a existência deste grande mercado que faz com que a vaquejada deixe de constituir manifestação cultural popular ou mesmo atividade necessária para reunir o gado nas fazendas, para ser “explorada como esporte e vendida como espetáculo” (PGR, 2013, p. 6).

Fica evidenciado, portanto, o conflito moral existente entre as diferentes partes interessadas na ação. Conflito este que a própria Constituição Federal de 1988 não apresenta solução fácil. Se por um lado veda a crueldade aos animais, por outro assegura a o direito à livre manifestação cultural em seu artigo 215, parágrafo 1º, “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Nesse sentido, duas questões principais perpassaram a análise dos ministros e ministras do STF sobre constitucionalidade da vaquejada. A primeira delas diz respeito à caracterização ou não da prática como sendo necessariamente cruel aos animais. Em caso negativo, os maus-tratos infligidos aos bovinos e equinos envolvidos nos eventos devem-se à má conduta do vaqueiro – e, portanto, passível de sanção conforme prevê o artigo 4º, parágrafo 3º, da lei cearense. Em caso positivo, os maus-tratos são considerados consequência intrínsecas das festas de vaquejada. Dessa forma, os membros do STF teriam ainda que decidir sobre a prevalência do princípio previsto no artigo 225, § 1º, VII, ou do princípio previsto no artigo 215, § 1º.

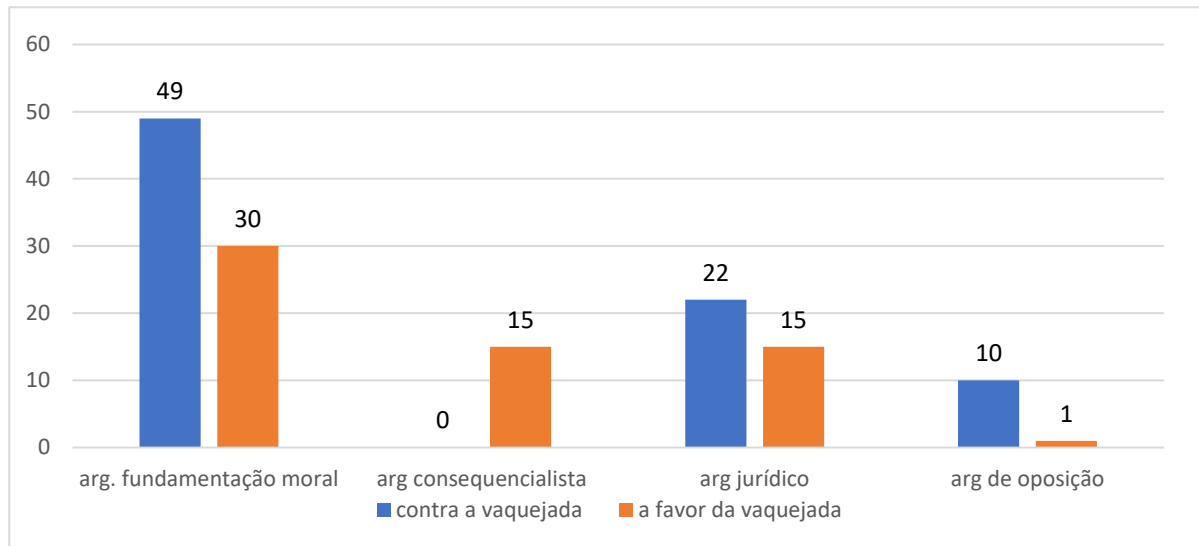
Conforme dito acima, a decisão majoritária formou-se apenas com um voto de diferença, sendo que o relator Marco Aurélio, assim como os ministros Luís Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello, Lewandowski e Cármen Lúcia votaram pelo provimento da ADI, sendo vencidos os ministros Edson Fachin, Teori Zavaski, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Dias Toffoli. Ainda que o julgamento dessa ADI tenha iniciado em junho de 2016 com a relatoria do ministro Marco Aurélio, faz-se importante notar que o voto pelo provimento da demanda que apresentou maior densidade argumentativa – como é de se esperar do voto do relator – foi oferecido pelo ministro Barroso, após pedido de vista, em outubro do mesmo ano. Por outro lado, entre os contrários à declaração

da inconstitucionalidade da Vaquejada, como veremos logo abaixo, novamente o ministro Gilmar Mendes foi quem apresentou maior engajamento argumentativo.

Talvez o dado mais interessante produzido pela análise de conteúdo feita a partir desse acórdão diz respeito ao número de “argumentos de fundamentação moral” que visa justificar a validade ou a invalidade do dispositivo legal. Ao contrário dos dois casos de controle de constitucionalidade analisados acima, na ADI 4983 este tipo de argumento preponderou tanto nos votos propostos em sintonia com nos argumentos apresentados pela PGR como os votos em sentido contrário (Gráfico 8). O fato de haver dissenso entre a posição dos ministros como também conflito entre dois princípios constitucionais (artigo 225, §1º, VII e artigo 215, §1º) parecem constituir importantes fatores explicativos para tanto.

Como exposto no Gráfico 8, através da análise de conteúdo da ADI 4893, houve a necessidade de incluir outro tipo de categorização dos argumentos dos ministros que não correspondesse às três construídas de modo dedutivo. Isso deveu-se sobretudo ao comportamento do ministro Gilmar Mendes que se utilizou de “argumentos consequencialistas”, de tipo específico, a fim de convencer seus colegas sobre a decisão a ser tomada. Ainda que esta categorização não expresse nova forma de relação estabelecida entre a normatividade moral e a normatividade jurídica, uma vez que não relacionam o sistema jurídico com o moral, mas sim com outros sistemas normativos, sua inclusão fez-se necessária para a correta compreensão sobre a postura dos ministros. Dos quinze “argumentos consequencialistas” apresentado, quatorze são do ministro Gilmar Mendes e apenas um se refere ao voto do ministro Teori Zavaski.

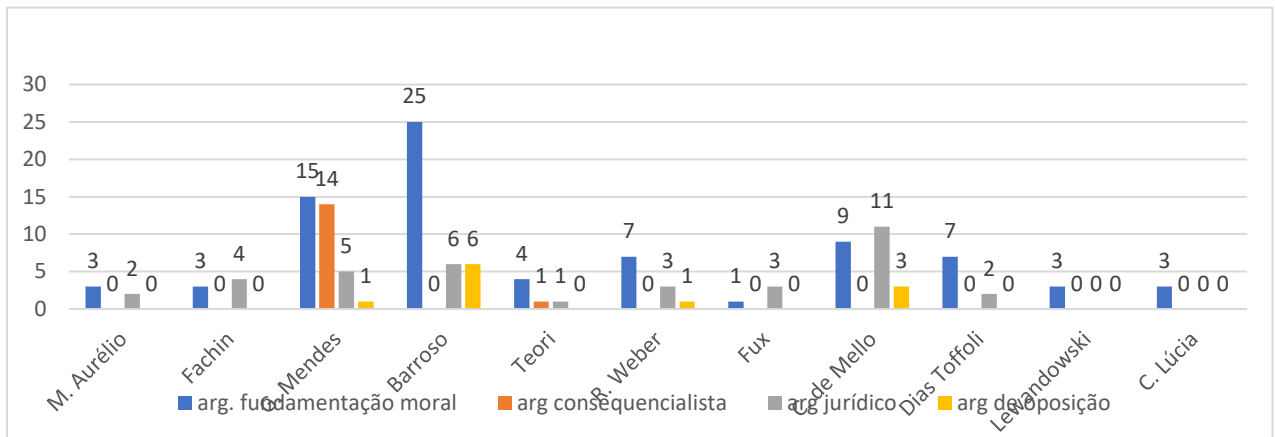
Gráfico 8 – ADI 4983 - soma total dos tipos de argumentos utilizados no acórdão, conforme o posicionamento do ministro/a



Fonte: elaboração própria

A prevalência de argumentos de fundamentação moral, contudo, não foi observado em todos os votos analisados individualmente (Gráfico 9). Os ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello, ainda que tenham apresentado pequeno número de argumentos, privilegiaram o uso de “argumentos jurídicos”, que procuram a solução para o conflito nas próprias normas previstas no ordenamento jurídico. Além o intenso uso de argumentos de fundamentação moral por parte do ministro Barroso e de Gilmar Mendes, é relevante o fato de que tanto Lewandowski como Cármen Lúcia embasaram seus votos unicamente neste tipo de relação entre normatividade moral e jurídica, ainda que sem inovação frente aos argumentos apresentados por outros colegas com mesmo entendimento. O fato de serem os dois últimos ministros a proferir seu voto seguramente teve peso sobre a sintética argumentação apresentada.

Gráfico 9 – ADI 4983 - frequência dos tipos de argumentos utilizados, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

O engajamento moral apresentado por Barroso, que proferiu o voto mais extenso do acórdão (trinta e duas páginas), leva o ministro a inclusive questionar outros atos normativos que não são objeto da ADI 4983. Uma vez que em seu voto afirma que o princípio da proteção à flora e a fauna previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 devem ser entendidos como dispendo de norma autônoma (ADI 4983, Barroso, p. 39), Barroso insinua a necessidade de se atualizar o Código Civil que em seu artigo 82, revelaria “uma visão mais antiga, marcada pelo especismo” (ADI 4983, Barroso, p. 56), uma vez que caracteriza os animais como “bens móveis”. Nos momentos em que discute com Gilmar Mendes sobre a pouca efetividade que a decisão de tornar inconstitucional a vaquejada teria na realidade cotidiana da sociedade brasileira e sobretudo nordestina, Barroso mais uma vez utiliza-se da relevância moral que constitui a temática para afirmar seu posicionamento:

[...] O fato de que há transgressão, Ministro Gilmar, eu entendo o argumento, também me preocupo com o argumento da ineficácia da decisão, mas acontecem homicídios, acontecem estupros, o sistema jurídico não consegue imunizar todos os crimes, mas nem por isso nós deixamos de nos pronunciar contra. (ADI 4.983, Barroso, p. 62-63).

O contexto dessa citação remete ao debate entre Barroso e Gilmar Mendes que marcou diversas partes do julgamento. Como dito acima, a fim de convencer seus colegas, Gilmar Mendes utilizou de diferentes “argumentos consequencialistas” na análise da ADI 4983. Seu esforço foi intenso ao ponto de o ministro fazer aditamento a seu voto, com vinte páginas de extensão, logo após a ministra Cármen Lúcia votar

pela procedência, encerrando o placar em seis votos a favor e cinco contra a inconstitucionalidade da Vaquejada.

Ainda que chamemos de consequencialistas, os argumentos de Gilmar Mendes pouca relação tem com este tipo de abordagem decisional, cada vez mais estudado pela doutrina jurídica. Em proposta original de categorização deste tipo de argumento tal como mobilizado pelos juízes brasileiro, Schuartz (2008) propõe três diferentes modos através dos quais as consequências da decisão adquirem maior preponderância que o próprio texto da lei que deve sustentar a sentença. O primeiro deles seria o consequencialismo festivo, através do qual os juízes aplicam sobre ordenamento jurídico brasileiro teorias jurídicas estrangeiras, sem o devido cuidado sobre suas reais implicações, satisfazendo-se com a possibilidade de solucionar questões até então sem respostas pela doutrina e jurisprudência nacional. O segundo tipo é o consequencialismo militante, que diferentemente do primeiro justifica o uso de teorias jurídicas estrangeiras com referências e reverência nominal à Constituição Federal de 1988, aproximando assim o respeito a norma jurídica às necessidades particulares do caso em julgamento. O terceiro e último tipo de argumento consiste no que nomeou de consequencialismo malandro, uma vez que se implementa justamente através da dogmática jurídica, apresentando a exceção da decisão como se ordem fosse.

Os argumentos consequencialistas utilizado por Gilmar Mendes na ADI 4983, no entanto, não condiz com nenhum desses três tipos propostos por Schuartz. Sua forma é mais direta e atenta aos obstáculos que se impõe à eficácia social da decisão a ser proferida pelo STF. Fazendo jus ao termo “ministro”, Gilmar Mendes se mostra mais preocupado com as consequências econômicas e administrativas da decisão tomada pela corte que com a deliberação sobre sua correspondência ao ordenamento jurídico. Abaixo são apresentados dois exemplos desta postura:

[...] temos que agir como uma certa moderação sob pena de estimularmos, inclusive em casos desse tipo de reação e de prática cultural, a clandestinidade. O que se está buscando aqui é exatamente a regulação adequada. E a atuação do Ministério Público, ao meu ver, tal como já foi sustentado, deveria ser no sentido de contribuir para o aprimoramento de forma conforme e condizente com os ditames modernos de proteção ao meio ambiente, à fauna, à flora, etc. (ADI 4983, Gilmar Mendes, p. 18).

Esta Corte não pode fechar os olhos para essa realidade. Além disso, existem mais de 10.000 (dez mil) parques de vaquejadas em praticamente todos os

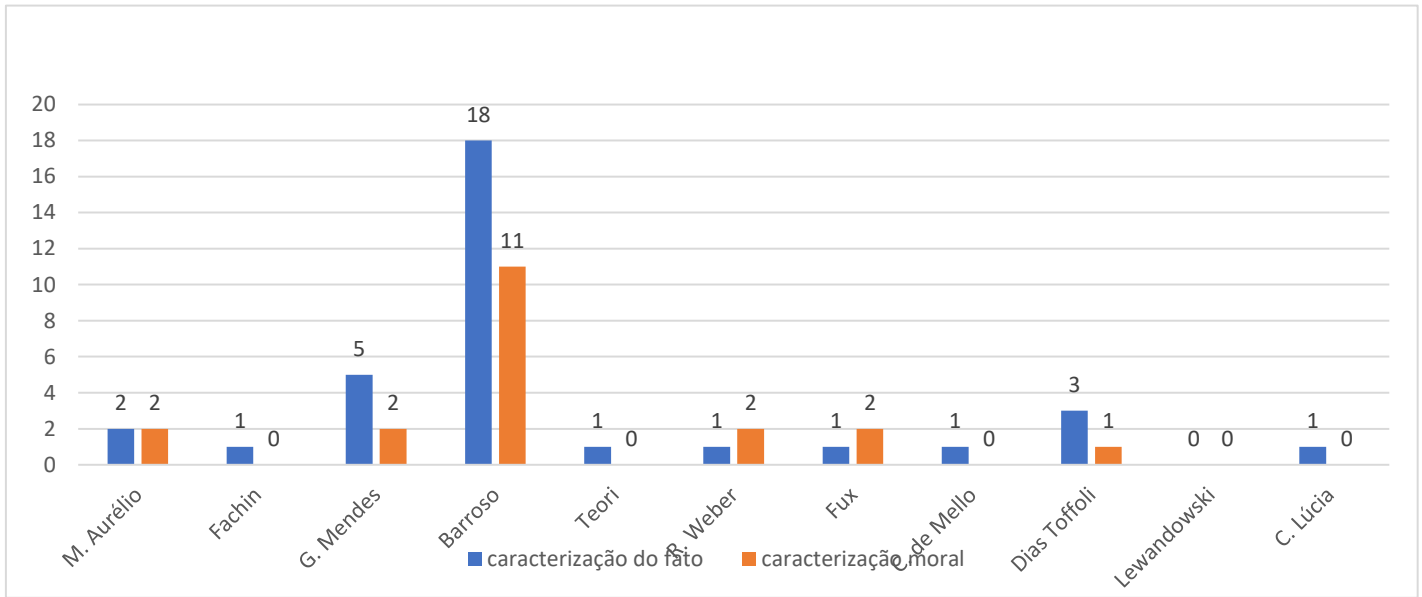
Estados, gerando 200.000 (duzentos mil) empregos direta ou indiretamente, que, de uma hora para outra, estarão à margem do ordenamento jurídico e sem emprego. (ADI 4983, Gilmar Mendes, p. 148).

Contra tais considerações, a postura de Barroso foi de primeiro caracterizar o que seja a vaquejada e, em um segundo momento, caracterizar também qual seja a qualificação moral de tal prática. Como se pode observar (Gráfico 10), o ministro foi o que mais se preocupou com estas questões. Os excertos de sua autoria que compõem a categoria “caracterização do fato” se baseiam tanto em atos normativos das próprias associações de vaquejada, que descrevem de que modo o rabo do boi deve ser puxado assim como de que forma ele tem que cair para que o vaqueiro pontue, como também em pareceres técnicos produzidos por universidades onde se estima a probabilidade de os animais envolvidos nas festas de vaquejada sofrerem diferentes tipos de traumas – como contusões, fraturas, luxações, etc.

Uma vez definido o que seja a prática da vaquejada, Barroso utilizou da contribuição de diferentes filósofos para caracteriza-la moralmente. É através da contribuição de pensadores contemporâneos como Peter Singer, Tom Reagan e Gary Francione, que se propuseram a questionar a perspectiva antropocêntrica através da qual os animais são considerados, que Barroso constrói linha argumentativa que o permite transcender as considerações jurídicas sobre a prevalência do artigo 225, § 1º, VII ou do artigo 215, § 1º da Constituição Federal, para afirmar a crueldade impelida sobre os animais utilizados na vaquejada como sendo moralmente condenável.

Uma vez que a intenção do ministro Barroso é de promover uma expansão do “radar ético da humanidade” (ADI 4.983, Barroso, p. 108), este esforço em afirmar a inconstitucionalidade da prática da vaquejada através sobretudo de “argumentos de fundamentação moral”(Gráfico 9), com baixa frequência de “argumentos jurídicos”, abre caminho para que futuros casos possam ser decididos pelas cortes superiores do país.

Gráfico 10 – ADI 4983 - frequência dos tipos de caracterização utilizados, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

Contudo, ainda que a vaquejada tenha sido considerada inconstitucional pelo STF em seis de outubro de 2016, esta decisão não se fez definitiva. Isso, pois, em seis de junho de 2017 o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 96 que adiciona no artigo 225 da Constituição Federal um parágrafo com a seguinte redação:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Ou seja, apenas oito meses após o STF decidir por seguir o mesmo precedente aplicado sobre as leis que tentaram regulamentar a rinha de galo e a “farra do boi”, e também declarar inconstitucional a prática da Vaquejada, regulamentada em lei do estado do Ceará em 2015, o Congresso Nacional inseriu no texto constitucional dispositivo que oferece meio, de modo diametralmente oposto ao definido pelos membros do STF, de se resolver o conflito existente entre o princípio constitucional que o tratamento cruel aos animais (art. 225, § 1º, VII) e o princípio que assegura a manifestação cultural popular (art. 215, § 1º).

Esta reação institucional dos parlamentares contrários à proibição da Vaquejada demonstra o quanto o conflito moral que diz respeito à relação do ser

humano com outras espécies se manteve viva mesmo após o STF ter se debruçado sobre o tema. O baixo engajamento dos ministros e ministras sobre a questão, com a exceção de Barroso e Gilmar Mendes, ainda que ajude, não nos permite compreender todo o significado do *backlash* promovido pelo Congresso Nacional. Nesse sentido, algumas pesquisadoras (VALLE, 2018; PIMENTEL, 2018) entendem ser este tipo de relação entre as instituições estatais normal em contexto democrático próprio de sociedades plurais, onde muitas vezes não se logra encontrar resposta deliberativa ao dissenso instalado.

5.4 O CASO DA ADI 3510

O último caso analisado por esta pesquisa, também decidido por apenas um voto de diferença, foi o que talvez tenha gerado maiores repercussões quando de seu julgamento. Mais de oitocentas pessoas acompanharam presencialmente os votos dos membros do STF, fazendo com que três telões tivessem que ser instalados nas dependências do órgão (MAIS, 2008). Ajuizada por iniciativa do então Procurador-Geral da República, Claudio Fontelles, a ADI 3510 só viria a ser julgada em definitivo em março de 2008.

A questão central deste caso diz respeito à constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias humanas, regulamentada pela chamada lei de biossegurança, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República em 2005. Em seu artigo 5º a lei estabelecia as normas referente para que este tipo de pesquisa pudesse ser feito:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

As razões da PGR que fundamentam o pedido para que este artigo seja considerado inconstitucional pelo STF não diz respeito a desacordo quanto ao regramento a ser observado por quem esteja interessado em desenvolver pesquisa na área. Ainda que, como veremos, estas questões procedimentais tenham sido também alvo de debates entre os ministros, o pedido feito pela PGR sustentava que a pesquisa com células tronco embrionárias humanas infringia o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde se dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **invulnerabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (grifo meu).

Ou seja, uma vez que a tese central defendida pela PGR era de que a vida humana acontece a partir da fecundação, se argumentava que este tipo de pesquisa infringia em necessária violação ao do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Ainda, visando responder às consequências oriundas do pedido disposto na petição inicial, o Procurador-Geral da República procurava demonstrar também a desnecessidade dessas pesquisas, uma vez que, como alegou, outros meios mais eficazes de se investigar as características e potencialidades terapêuticas das células-tronco tornavam prescindível o uso do óvulo fecundado. Dessa forma, outros materiais humanos, como as células do cordão umbilical, poderiam ser usados sem que o direito à vida tivesse que ser reiteradamente lesado²². Argumentava-se ainda o surgimento de novas técnicas de pesquisa que, ainda que utilizassem de células tronco embrionárias, o fazia de modo a não inviabilizar seu futuro uso para fins de reprodução humana.

Ainda que os argumentos apresentados na petição inicial não façam referência aos valores de nenhuma religião específica, o pedido para que o STF declare que o início da vida coincida com o momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide

²² Este argumento foi rebatido por diversos cientistas, que afirmam que mesmo as pesquisas que não utilizam as células tronco embrionárias como matéria-prima, dependem das contribuições feitas pelas que utilizam para seguir com suas análises. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=79902>.

se aproxima da visão compartilhada sobretudo pelos indivíduos e grupos tocados pelos valores cristãos. Este é o caso da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) que, admitida como *amicus curiae* no processo e representada por Ives Gandra da Silva Martins, afirma ser o direito à vida “[...] um direito que o Estado pode apenas reconhecer, e não criar, como qualquer outro daqueles inerentes ao exercício do poder.” (CNBB, 2007, p. 7).

Assim, ao entender a vida como sendo um direito natural da pessoa humana, independente das leis do Estado, sua validade passa a ser assegurada por uma concepção moral específica, não restado alternativa senão assegurar sua observância por todos os grupos e indivíduos organizados sob suas instituições. Importante observar ainda que esta estratégia argumentativa adotada pelos grupos interessados na procedência da ADI 3510 tem consequências que transcendem a questão em análise. Isso, pois se o STF decide por acolher o pedido e declarar que a vida humana inicia na concepção, outras questões que também suscitam acalorados debates na sociedade civil – como a antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencéfalo, estatuto do nascituro e o aborto – também estariam juridicamente resolvidas.

Se os grupos e indivíduos que demandavam o provimento da ADI 3510 se organizavam em torno da noção de que o direito à vida humana deve ser assegurado desde a concepção, aqueles que argumentaram pela improcedência da ação se organizavam em torno de dois grupos principais. O primeiro deles diz respeito sobretudo às pessoas com deficiências físicas e mentais assim como portadores de doenças graves, que futuramente poderiam ser beneficiadas pelos resultados das pesquisas com este tipo de material genético. Utilizando também da noção de dignidade da pessoa humana, se argumentava por solução de tipo utilitarista, que privilegia a decisão capaz de gerar melhores resultados com o menor sofrimento possível. Ou seja, frente aos resultados promissores que as pesquisas com células tronco embrionárias já vinham publicamente demonstrando, se afirmava que sua contribuição para a melhora na qualidade de vida de indivíduos com diferentes tipos e graus de deficiência física e mental compensaria os custos morais envolvidos no uso de células tronco embrionárias. Esta justificativa foi acolhida sobretudo pela ministra Ellen Gracie que, em sucinto voto, defendeu que

[o] aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é

infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos. (ADI 3510, Ellen Gracie, p. 451).

O outro grupo social organizado em torno da defesa da constitucionalidade das pesquisas com células tronco argumentava em favor do livre desenvolvimento da ciência, princípio também assegurado pela Constituição Federal que em seu inciso IX do artigo 5º estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Em acordo com a liberdade de pensamento, o engajamento em atividades científicas constitui também formas através da qual a autonomia individual, entendida enquanto valor moral, se expressa na modernidade. Sem estar restrita a qualquer concepção específica de bem, a curiosidade científica é compreendida pelos indivíduos e grupos que se organizam em torno deste valor como sendo ela própria um bem a ser respeitado, uma vez não carrega consigo nenhum entendimento finalístico sobre quais sejam os valores a serem buscados coletivamente.

Apresentando entendimento procedimental sobre como os valores morais devem se relacionar no contexto das sociedades plurais, esta forma de defesa da liberdade científica não se mostrou contrária à regulação imposta às pesquisas com células tronco embrionárias. Tais regulamentações, com vimos, são dispostas justamente no artigo 5º da lei de biossegurança e condiciona a pesquisa através dos seguintes requisitos: a fertilização do óvulo pelo espermatozoide deve ser feita *in vitro*; deve haver o consentimento dos genitores; deve haver aprovação nos conselhos ética em pesquisa; os embriões devem ser inviáveis à reprodução humana, ou estarem a três anos congelados até a data da publicação da lei, ou os já congelados na data da publicação da lei, depois de completarem três anos de congelamento; e, por último, é proibida a venda ou comercialização deste tipo de material genético.

Ainda que houvesse a prevalência desses dois tipos de argumentos entre os grupos que defendiam a constitucionalidade do dispositivo legal questionado pela ADI 3510, os ministros e ministras do STF que votaram de acordo com este entendimento também utilizaram de outros vieses argumentativos. O ministro Celso de Mello, por exemplo, fundamentou seu voto na rigorosa separação entre concepções religiosas sobre o que seja a vida e o disposto no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo o único dos ministros a apresentar sobretudo “argumentos de oposição”, o ministro defendeu que

[o] debate em torno da utilização das células-tronco embrionárias não pode ser reduzido à dimensão de uma litigiosidade entre o poder temporal e o poder espiritual, pois o sistema jurídico brasileiro estabelece, desde o histórico Decreto 119-A, de 07/01/1890, elaborado por RUI BARBOSA e DEMETRIO RIBEIRO, então membros do Governo Provisório da República, a separação entre Estado e Igreja, com afastamento do modelo imperial consagrado na Carta monárquica de 1824, que proclamava o catolicismo como religião oficial do Estado brasileiro. (ADI 3510, Celso de Mello, p. 425)

Caracterizando os argumentos apresentados pela PGR assim como por outros ministros da corte como carregados de valores morais e religiosos específicos sobre o quando se dê o início da vida humana ou o que seja a vida digna, o ministro preocupou-se ainda afastar a validade de tais argumentos:

[...] temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica - que busquem atribuir densidade teórica a idéias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa - estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral. (ADI 3510, Celso de Mello, p. 431).

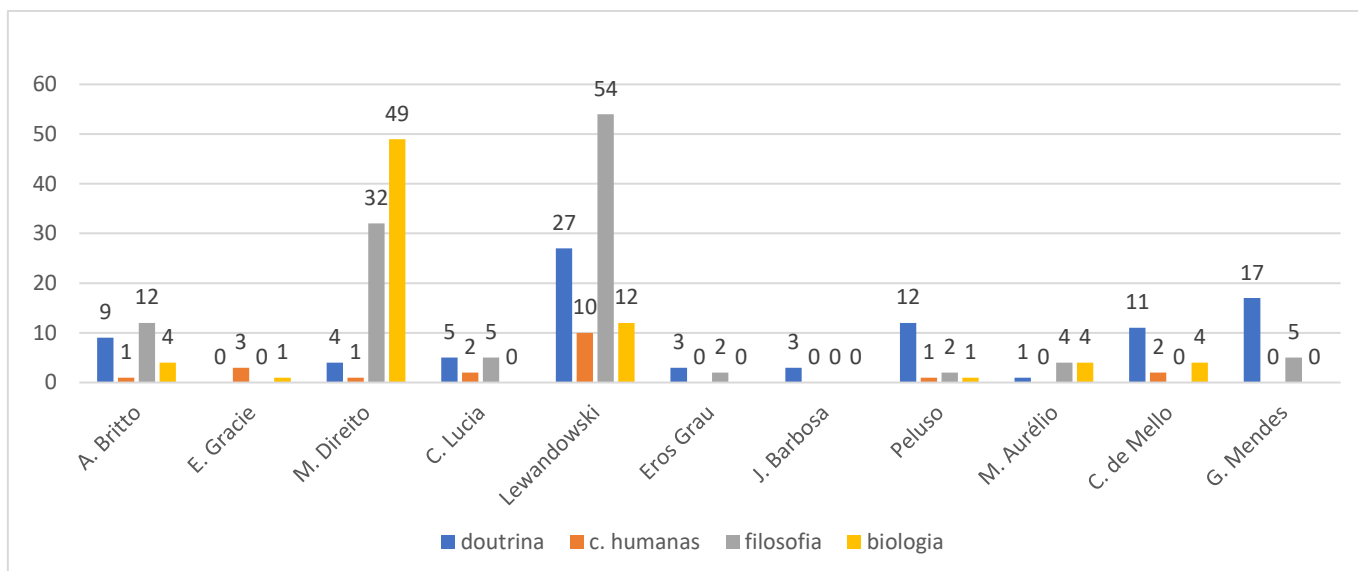
Este posicionamento do ministro Celso de Mello sobre o uso indevido de argumentos filosóficos pode ser mesmo compreendido como uma resposta à postura dos ministros Menezes Direito e Lewandowski que reiteradamente utilizaram de argumentos não só filosóficos, mas também biológicos, para justificar a inconstitucionalidade das pesquisas com células tronco embrionárias (Gráfico 11). Lewandowski, mobilizando diferentes referências filosóficas, afirmou a necessidade de se estabelecer limites à visão demasiadamente fria e objetiva promovida pelo método científico. Para reforçar seu argumento, o ministro utilizou de citou obras literárias como *1984* de George Orwell, *Admirável Mundo Novo* de Aldous Huxley e *O Processo*, de Frantz Kafka que, segundo Lewandowski, demonstram as consequências nefastas da deturpação de diferentes valores morais pelo modo moderno de validar o conhecimento. Ainda afirma o ministro:

O fenômeno da "coisificação" das pessoas mencionado por Habermas, já havia sido descrito antes por Georg Lukács, pensador e militante político húngaro, que aprofundou o conceito de "reificação", segundo o qual as relações sociais e a própria subjetividade humana vão se identificando, paulatinamente, com o caráter inanimado das mercadorias, num processo denominado de "alienação", em que a pessoa se afasta de sua real natureza, tornando-se estranha a si mesma.

É por isso que incumbe aos homens, enquanto seres racionais e morais,

sobretudo nesse estágio de evolução da humanidade, em que a própria vida no planeta se encontra ameaçada, estabelecer os limites éticos e jurídicos à atuação da ciência e da tecnologia, explicitando e valorando os interesses que existem por detrás delas, para, assim, escapar à "coisificação" ou "reificação" de que falam Habermas e Lukács. (ADI 3510, Lewandowski, p. 253).

Gráfico 11 – ADI 3510 - frequência dos tipos de referências a autores utilizadas, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

O ministro Menezes Direito, por outro lado, ainda que tenha utilizado também de muitas referências a filósofos, preferiu aprofundar seu voto em torno dos debates de cunho científico sobre o que seja a vida, quando ela se inicia e mesmo sobre métodos alternativos possíveis de serem utilizados em tais incursões científicas:

No meu entendimento, a valoração do embrião é crucial para o debate. De fato, a se entender que não tem nenhum valor especial, pelo menos um valor diverso do que aquele de um conjunto de células em cultura, todos os empecilhos éticos desapareceriam. A conclusão não é muito diversa se a medida desse valor supera a de um grupo de células, mas não alcança aquela de um ser humano formado ou mesmo de um feto. (ADI 3510, Menezes Direito, p. 122).

Muito importante é o registro da descoberta de Shinya Yamanaka, cientista da Universidade de Kioto, Japão. Ele conseguiu, em novembro de 2007, transformar células-tronco adultas em células de caráter pluripotente, ou seja, equiparáveis às células-tronco embrionárias, através do que se chamou de 'reprogramação celular' [...]. (ADI 3510, Menezes Direito, p. 120).

Através desta abordagem que fez intenso e repetido do posicionamento de cientistas sobre as pesquisas com células tronco embrionárias, se pretendia conferir

maior densidade ao grande número de “argumentos de fundamentação moral” apresentados pelo ministro (Gráfico 12). Contudo, mesmo levando o debate moral para o campo científico, o próprio ministro Menezes Direito defendeu que, no fim das contas, a questões por ele posta só têm validade se for admitida como imperativa uma determinada concepção de bem:

[...] todos os argumentos técnicos em favor da manipulação genética e experimental em geral não são relevantes por si mesmos, sem uma aguda e nada ingênua ponderação pragmática do que os humanos com o poder de experimentar serão capazes de fazer em um mundo onde muitas idéias aceitáveis no plano semântico transformam-se, no plano da pragmática, em oportunidades de manipulação de grandes fontes de renda, espaços de comercialização e de deturpação de valores. (ADI 3510, Menezes Direito, p. 134).

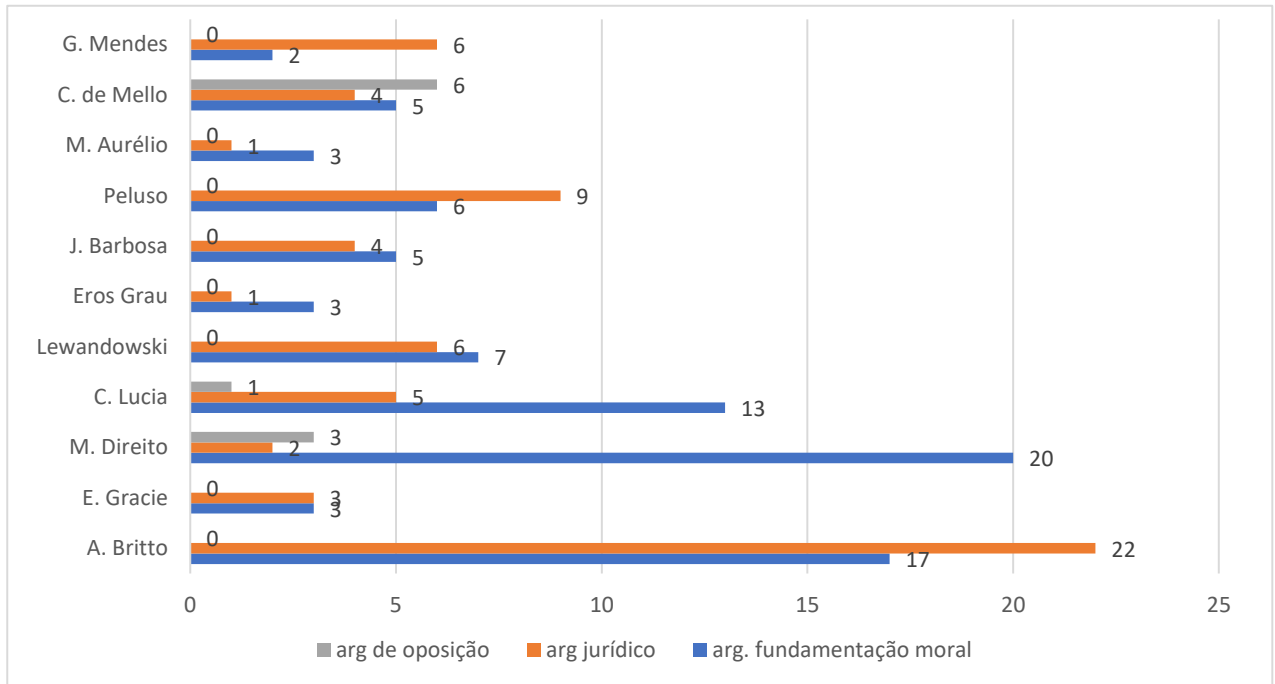
Se o ministro Menezes Direito defendeu que a questão de fundo que perpassa a ADI 3510 só poderia ser resolvida através de análise moral, esta não foi a opção adota da pelo ministro relator, Ayres Britto, que votou pela improcedência da ADI 3510. Afirmando a impossibilidade de o direito estabelecer em que momento ocorre o início da vida, Ayres Britto utilizou sobretudo de “argumentos jurídicos” (Gráfico 12), onde argumentou que a Constituição Federal não protege da mesma forma os diferentes estágios da vida humana:

É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual [...]. E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ (alínea b do inciso VII do art. 34), ‘livre exercício dos direitos (...) individuais’ (inciso III do art. 85) e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais [...] (art. 5º). (ADI 3510, Ayres Britto, p. 31).

Em última citação fica demonstrado que o ministro relator também visou assegurar seu posicionamento através de referências ao Congresso Nacional, que não só aprovou a lei de biossegurança nacional questionada pela ADI 3510 como também impediu a aprovação legislativa do entendimento defendido por Menezes Direito e outros membros do STF que votaram contrários à constitucionalidade das pesquisas com células tronco embrionárias:

[...] nos trabalhos constituintes, houve três propostas para se proteger o embrião, para se proteger o ser humano desde a concepção: uma proposta da então Deputada Rita Camata; do então Deputado Carlos Virgílio; e da então Deputada Sandra Cavalcanti [...]. Todas as três propostas foram rejeitadas. (ADI 3510, Ayres Britto, p. 182).

Gráfico 12 – ADI 3510 - frequência dos tipos de argumentos utilizados, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

Tanto por constituir o primeiro caso da história em que o STF utilizou das contribuições de *amici curiae* para formar entendimento sobre ação de controle concentrado de constitucionalidade, como também pelo tom dos argumentos filosóficos, científicos e morais apresentados, a ADI 3510 provocou não só comportamentos contraditórios entre os ministros, mas também proposições destinadas a esvaziar a eficácia do artigo 5º da lei de biossegurança, declarada pela corte constitucional. A postura do então ministro Cezar Peluso, que votou pela inconstitucionalidade das pesquisas com células tronco embrionárias, mas em momento posterior agiu como se seus argumentos tivessem conteúdo diverso, assim como a estratégia adotada pelo ministro Menezes Direito ao final da sessão do plenário, são respectivamente exemplos destes comportamentos.

Nesse sentido, já sabendo que a ADI já havia sido rejeitada pelo plenário, estes ministros buscavam inculcar na decisão novos requisitos não previstos no artigo 5º da lei analisada para a pesquisa com células tronco embrionárias pudessem ser desenvolvidas. A pretensão era de que o plenário do STF estabelecesse o Conselho

Nacional de Ética na Pesquisa (CONEP), órgão integrante do Ministério da Saúde, como o responsável por aprovar ou rejeitar os nomes indicados para compor as Comissões de Ética pela qual as pesquisas com células tronco deveriam passar²³. É neste contexto que o diálogo citado abaixo está inserido, iniciado logo após o ministro Celso de Mello ter citado quais foram os ministros e ministras que votaram pela procedência da ADI 3510 e quais votaram pela improcedência:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, por que Vossa Excelência me está excluindo? Julguei a ação improcedente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não, Vossa Excelência, na verdade, julgou parcialmente procedente esta ação direta, porque dá, à regra legal impugnada, interpretação conforme. É da técnica do Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme resulte em declaração de inconstitucionalidade parcial.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, pura discussão léxica sobre assunto secundário; não há, em meu voto, nenhuma restrição à constitucionalidade da lei, nem às pesquisas.

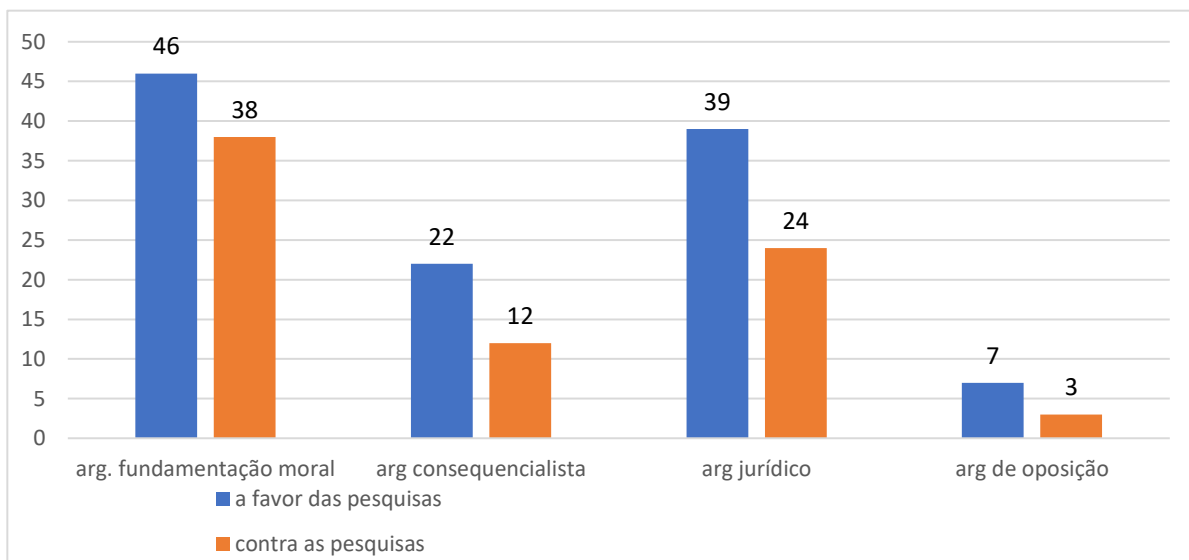
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há, sim, Ministro. Vossa Excelência, na verdade, aceita, em parte, a impugnação, pois admite a imposição de restrição às pesquisas científicas sobre células-tronco embrionárias, o que é rejeitada, expressamente, pelos seis (6) votos que compõem a maioria. Na realidade, Senhor Ministro CEZAR PELUSO, há seis votos que simplesmente rejeitam, sem quaisquer adições, sem quaisquer restrições, sem quaisquer condicionamentos, sem qualquer exortação, sem qualquer apelo as limitações às pesquisas científicas admitidas pelos cinco (5) eminentes Ministros que compõem a minoria. (ADI 3510, p. 508).

A tentativa de restringir a eficácia da decisão tomada pelo colegiado através da inserção de novos requisitos para a aprovação das pesquisas com células tronco demonstra o elevado grau de conflito que perpassou o julgamento. Consequente a isto, o uso de “argumentos de fundamentação moral” foi mais frequente entre os ministros (Gráfico 13), indicando que “argumentos jurídicos” não foram percebidos como suficientes para pacificar o entendimento do STF. Mesmo que a lei de biossegurança tenha sido aprovada pelo Congresso Nacional, inclusive com a promoção de audiências públicas, os ministros que votaram pela improcedência da ADI 3510 não centraram seus votos em “argumentos jurídicos”, conforme se poderia esperar. Diferentemente do caso da ADPF 186, onde diferentes ministros optaram por afirmar a constitucionalidade das cotas raciais como critério para o ingresso no ensino superior utilizando de “argumentos jurídicos” como o princípio da autonomia

²³ Lei 11.105/2005, art. 5º§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

universitária, no caso da ADI 3510 mesmo havendo diferentes “argumentos jurídicos” à disposição dos ministros, como demonstrado pelo voto do ministro Ayres Britto (Gráfico 12), a opção hegemônica no plenário foi a de fundamentar os votos em justificações de tipo moral.

Gráfico 13 – ADI 3510 - soma total dos tipos de argumentos utilizados no acórdão, conforme o posicionamento do ministro/a



Fonte: elaboração própria

Assim como no caso da ADI 4983 onde se analisou a constitucionalidade da vaquejada, também neste caso a prevalência foi dos “argumentos de fundamentação moral”. Da forma semelhante, também na ADI 3510, os membros do STF também utilizaram de argumentos consequencialistas para justificar sua posição. Ainda que não seja constituído em torno de clara concepção moral, uma vez que deslocam o debate do campo moral ou jurídico para o campo das consequências fáticas que a declaração da constitucionalidade ou não de determinado dispositivo legal provocaria no mundo dos fatos, os argumentos consequencialistas tampouco deixam de partir de determinados critérios valorativos que informam o juiz ou juíza sobre a decisão mais correta a ser afirmada.

5.5 ANÁLISE CONJUNTA DOS CASOS

A análise de conteúdo feita sobre esses quatro acórdãos que tratam de importantes conflitos morais pretendeu identificar as fundamentações apresentadas

pelas ministras e ministros do STF quando afirmam suas posições em plenário. Nesse sentido, talvez o principal achado produzido por esta pesquisa diga respeito justamente à relação evidenciada entre duas das principais categorias de análise aqui utilizadas. Conforme demonstrado acima, nos gráficos 04, 07, 08 e 13, os “argumentos de fundamentação moral” e os “argumentos jurídicos” correspondem às categorias com maior número de excertos encontrados em todos os casos analisados.

Nos dois primeiros – a ADI 4277, que tratou da união homoafetiva e a ADPF 186, que tratou da constitucionalidade das cotas raciais como critério de ingresso em universidades públicas – os excertos que correspondem aos “argumentos jurídicos” foram os mais frequentes, contando 86 e 74 excertos, respectivamente. A categoria “argumentos de fundamentação moral”, por outro lado, apresentou menor número de excertos nesses dois casos decididos por unanimidade, contando 76 e 65 excertos, respectivamente.

Ou seja, mesmo havendo posicionamento unânime, houve forte presença de “argumentos de fundamentação moral” nos votos proferidos pelos ministros. Assim, pode-se inferir que para os membros do STF o uso da analogia, da interpretação conforme a constituição ou mesmo de princípios gerais do direito não se mostraram suficientes para afirmar a constitucionalidade das cotas raciais ou da união homoafetiva, ainda que estes caminhos argumentativos estivessem abertos. Os votos proferidos evidenciam a necessidade de se mobilizar também preceitos morais, de modo a conferir legitimidade social à decisão exarada.

Sob tal perspectiva, perde força a crítica de diferentes juristas sobre as consequências negativas de decisões embasadas não em um único conjunto de argumentos jurídicos bem definidos, mas sim em uma pluralidade de posicionamentos, conforme a estratégia adotada por cada um dos membros do STF. Analisando a questão a partir da perspectiva da sociologia da moral, o fato de a decisão judicial afirmada buscar fundamentação em uma diversidade de argumentos morais parece fazer sentido se entendermos o STF enquanto instituição do Estado ocupada não só em aplicar o direito, mas também, e talvez sobretudo, indicar resposta aos diferentes conflitos morais que perpassam a sociedade brasileira.

Se em alguns momentos seus membros parecem perder a real dimensão de sua capacidade de solucionar tais questões – como no caso da ADI 4983 em que o STF proibiu a vaquejada e logo em seguida viu o Congresso Nacional aprovar a emenda constitucional 95 que tornou novamente constitucional tal manifestação

cultural – em outros momentos parece que os onze ministros compreendem que a solução da questão depende também de esforço em utilizar de argumentos que mobilizem os pressupostos morais que organizam os diferentes grupos e horizontes normativos em conflito.

Esse comportamento foi sobremaneira mais claro a partir da análise dos dois casos de controle de constitucionalidade decididos por apenas um voto – a ADI 4983, que tratou justamente da vaquejada e a ADI 3510 que tratou das pesquisas com células tronco embrionárias. Dada a profunda fragmentação observada no posicionamento dos ministros e ministras, nesses dois casos os excertos correspondentes aos “argumentos de fundamentação moral” foram utilizados em maior intensidade que os relativos à categoria “argumentos jurídicos”. Importante ressaltar que os “argumentos de fundamentação moral” foram os mais presentes tanto entre aqueles que votaram pela procedência como os que votaram pela improcedência da questão analisada (Gráfico 8 e Gráfico 13).

Esta “sintonia argumentativa” observada nos acórdãos que expressam decisão alcançada com apenas um voto de diferença, com mais clareza indica que quando os posicionamentos se dividem, a normatividade jurídica deixa de ser entendida enquanto capaz de sustentar a decisão tomada pela corte, fazendo com que os argumentos que se relacionam com as diferentes normatividades morais postas em conflito passem a ser identificados, por ambos os lados, como capazes fazê-lo. Ou seja, ainda que o sistema normativo próprio do direito exerça relevante papel no enquadramento do conflito assim como na condução processual que permite a produção de uma decisão final ou estável, para serem resolvidos, os conflitos morais necessitam também de elevado grau de argumentos morais. A deliberação produzida pelos membros do STF e expressa nos acórdãos, por mais fragmentada que seja, não fica restrita apenas critérios próprios da ciência jurídica, se relacionando também com os valores e práticas morais difundidos na sociedade.

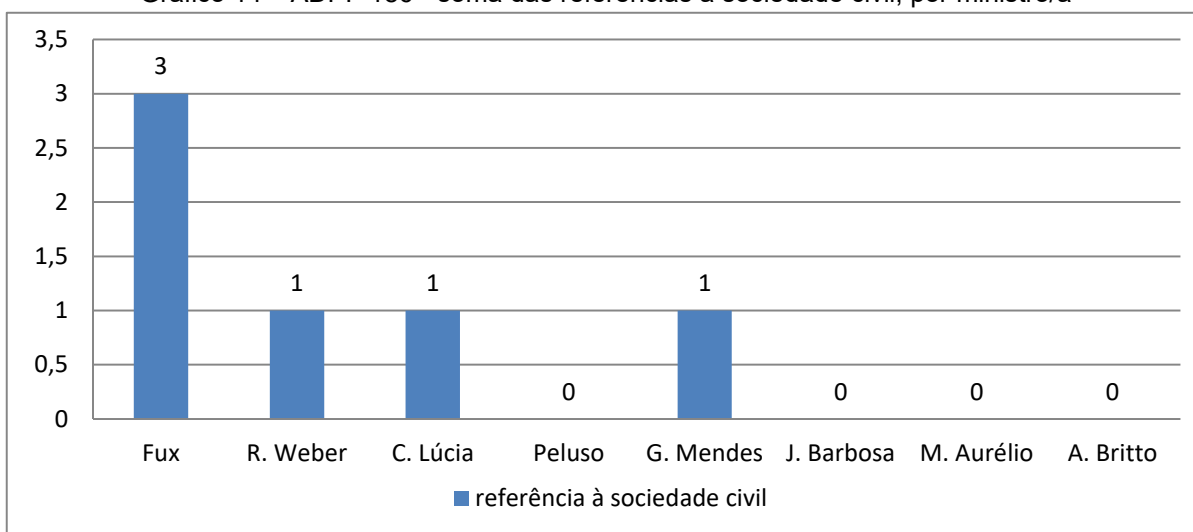
Nesse sentido, o fato de a ADI 4983 ter sido a única que não contou com nenhum *amicus curiae* interessado em argumentar em favor da proibição da vaquejada, e ter sido também a única decisão a ser revista pelo Congresso Nacional em apenas oito meses, é forte indício da necessidade de as decisões proferidas pelo STF terem que encontrar na sociedade lastro moral. Ainda que haja grupos da sociedade civil organizados em torno de valores que defendem a existência de direitos aos animais, o fato de sua capilaridade social ser bastante menor que a dos grupos

que tem na vaquejada importante expressão de seu horizonte normativo ajuda a explicar a razão de esta decisão do STF não ter sido duradoura. Se, por um lado, não basta que a decisão se sustente em “argumentos jurídicos”, por outro tampouco parece ser suficiente que os “argumentos de fundamentação moral” apresentados consigam deliberativamente evidenciar sua consistência lógica e sua coerência constitucional. Há igualmente a necessidade de os argumentos morais mobilizados encontrarem na sociedade civil eco suficientemente expressivos para que a decisão alcançada estabilize, ao menos momentaneamente, o conflito.

Neste sentido, a baixa frequência com que os ministros e ministras do STF fizeram referência não só aos *amicie curiae* interessados nas quatro ações de controle constitucional analisadas, mas também a outros setores da sociedade civil aponta para a existência de grande distanciamento entre a corte e a dinâmica da sociedade na qual essa está inserida. Conforme demonstrado abaixo (Gráficos 14, 15, 16 e 17), são poucos os membros do STF que se ocupam em fazer menção ao posicionamento da sociedade civil. Mesmo quando o fazem, no mais das vezes as referências não suscitam argumentos aprofundados, constituindo apenas citações formais e protocolares direcionadas a demonstrar a importância dessas intervenções:

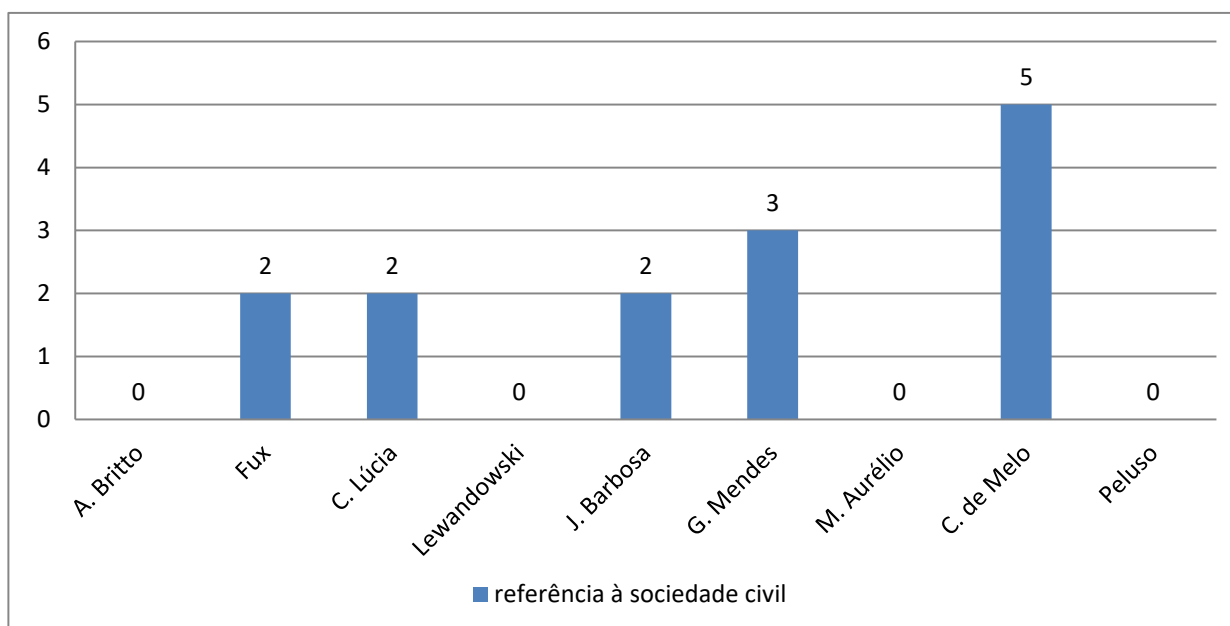
Com a efetiva atuação das partes e, ainda, com a intervenção de diversas entidades e instituições representativas da sociedade civil, pluralizou-se o debate constitucional em torno da matéria ora em julgamento (ADI 2.321-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e permitiu-se que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte. (ADI 4277, Celso de Mello, p. 213-214).

Gráfico 14 – ADPF 186 - soma das referências à sociedade civil, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

Gráfico 15 – ADI 4277 - soma das referências à sociedade civil, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

Ainda que mais raros, em outros momentos os membros do STF procuraram de fato responder aos questionamentos postos pela sociedade civil, seja para se contrapor ou endossar os argumentos apresentados, como exemplificado nesses dois excertos:

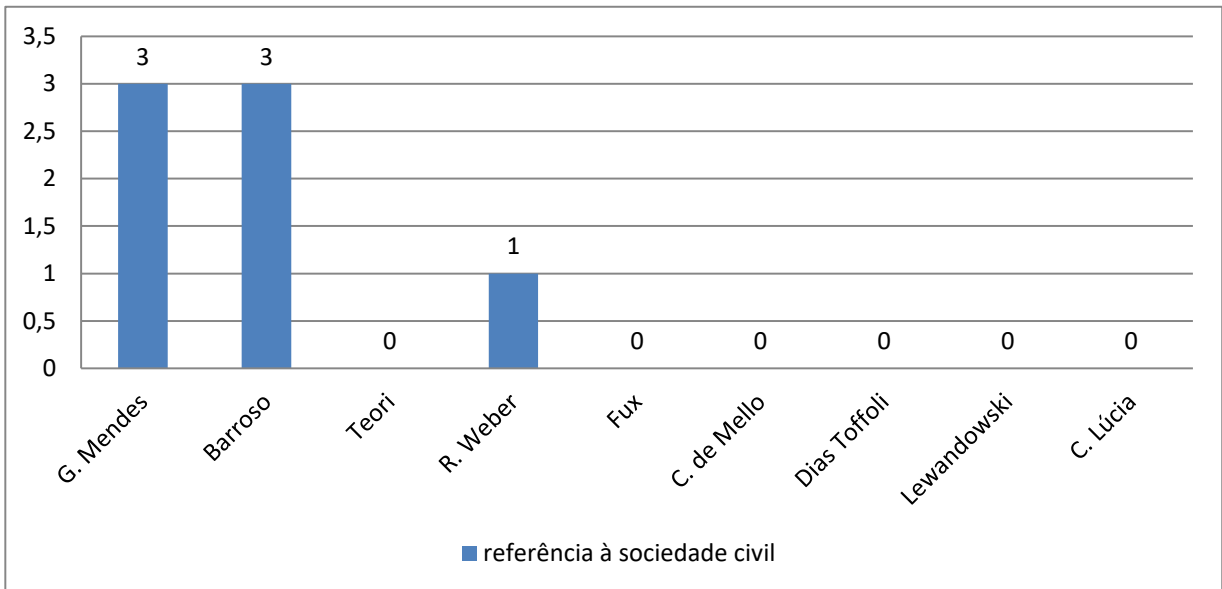
Alguns dos *amici curiae* fazem a defesa da tese de inconstitucionalidade das normas questionadas pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 4º do Pacto de São José de Costa Rica.

[...] aquela norma pactuada internacionalmente há de receber interpretação a partir de todos os seus termos, nos quais se contém proibição de que alguém possa dela ser privado arbitrariamente. Dá-se que a lei e o arbítrio são impossíveis e, no caso agora analisado. (ADI 3510, Cármen Lúcia, p. 210).

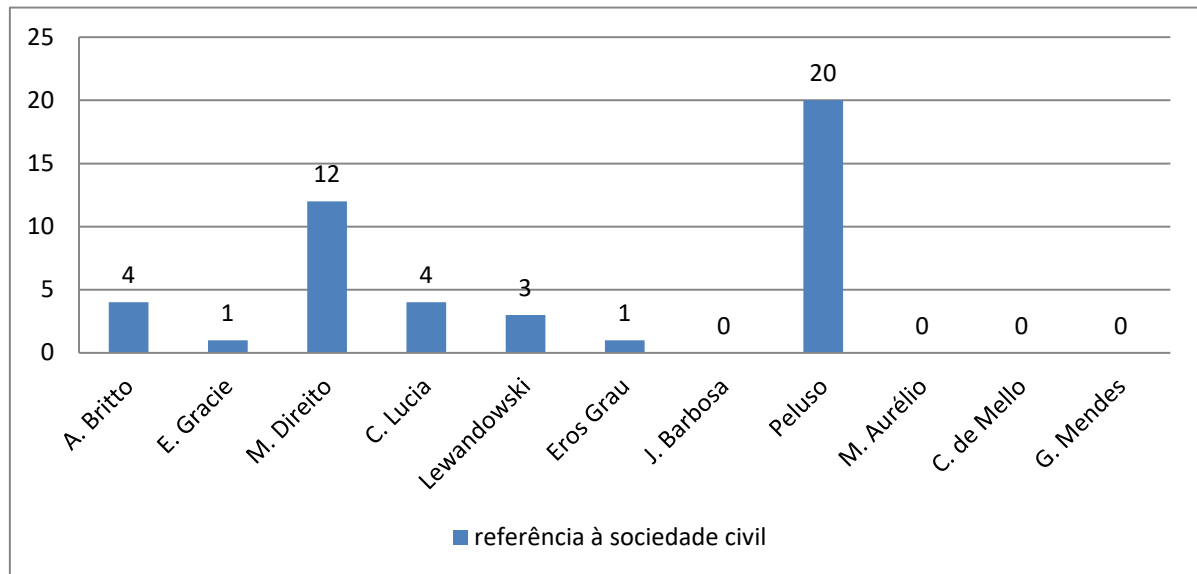
[m]andaram-me uma carta aberta do Centro Acadêmico [...]. E o que os meninos escreveram para mim?
 'Professor, que a Universidade se pinte de negro, que se pinte de mulato, não só entre os alunos, mas também entre os professores. Que se pinte de operários e de camponeses, que se pinte de povo, porque a Universidade não é patrimônio de ninguém; ela pertence ao povo.'
 E citam Ernesto Che Guevara. (ADPF 186, Luiz Fux, p. 109-110).

Importante ressaltar que nessa categoria foram inseridos apenas os excertos que dizem respeito às organizações e grupos da sociedade civil citados nos votos que compõem os acórdãos. As referências dos ministros e ministras à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União ou a outras instituições estatais não constam nessa categoria dado que, ainda que por vezes não tenham apresentado interesse direto na questão em análise, representam o posicionamento oficial de determinado órgão de Estado e não da sociedade civil.

Gráfico 16 – ADI 4983 - soma das referências à sociedade civil, por ministro/a



Fonte: elaboração própria

Gráfico 17 – ADI 3510 - soma das referências à sociedade civil, por ministro/a²⁴

Fonte: elaboração própria

Se, como vimos, as categorias “argumentos de fundamentação moral” e “argumentos jurídicos” foram intensamente mobilizados pelos ministros e ministras do STF, por outro lado a terceira das categorias dedutivas, “argumentos de oposição” tiveram presença menor nos votos e acórdãos analisados. Correspondendo a tipo específico de relação entre a normatividade jurídica e a normatividade moral, os excertos categorizados como “argumentos de oposição” estão próximos das prescrições do positivismo jurídico, preocupadas sobretudo com o expresso na regra jurídica.

Dessa forma, como nesse tipo de argumento não há considerações às consequências morais da decisão exarada, estando direcionados apenas a afirmar a validade da normatividade jurídica, se pode inferir que eles são foram entendidos pelos membros do STF como suficientes para solucionar os casos em análise. Dessa forma, como explicitado abaixo, na maioria das vezes em que foram mobilizados apresentaram pouca profundidade:

Entretanto, as manifestações, dotadas – repito - de profunda, legítima e compreensível emoção a envolver o tema e as suas consequências sociais, não alteram, não desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do seu

²⁴ Importante esclarecer que nesse gráfico, o elevado número de referências à sociedade civil no voto de Cezar Peluso se deve apenas ao fato de o ministro ter feito uma espécie de relatório antes de proferir sua decisão, onde relembrou os principais estágios processuais e posicionamentos levantados pelos atores do estado e da sociedade civil sobre a constitucionalidade da pesquisa de células tronco. Foi baixo, contudo, o esforço do ministro em argumentar a favor ou contra qualquer um desses entendimentos.

dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer. Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. (ADI 3510, Carmen Lúcia, p. 194).

Em raros momentos, contudo, os “argumentos de oposição” constituíram parte central da fundamentação oferecida pelo ministro. Esse foi o caso do voto de Celso de Mello quando do julgamento sobre a constitucionalidade das pesquisas com células tronco embrionárias. A fundamentação oferecida pelo ministro foi a única dos quarenta votos analisados por esta pesquisa em que houve maioria de excertos relacionados à categoria “argumentos de oposição” (Gráfico 12). Engajado em combater a influência de valores religiosos nos assuntos públicos, Celso de Mello afirma:

O Estado não tem - nem pode ter – interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das idéias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interditá-las ou censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades estatais. (ADI 3510, Celso de Mello, p. 430).

Ao invés de afirmar seu posicionamento em estrita referência ao texto legal, os ministros que tinham posicionamento divergente do apresentado pela maioria da corte – mesmo quando a ação de controle de constitucionalidade terminou sendo decidida de modo unânime – utilizaram de outras estratégias retóricas. Como demonstrado nas análises dos acórdãos feita acima, Gilmar Mendes foi o mais engajado em apontar as alegadas inconsistências da decisão afirmada pelo STF. Não foi só na ADI 4983 e na ADI 3510 que o ministro apresentou divergência, acabando por ter seu voto vencido pelo entendimento da maioria, mas também na ADI 4277 e na ADPF 186, decididas de modo unânime, o ministro se esforçou em apresentar argumentos contrários à decisão que posteriormente também afirmaria.

No caso da união homoafetiva o ministro utilizou de grande número de referências a atos normativos nacionais – como leis e entendimentos jurisprudenciais – a fim de demonstrar que, em seu entendimento, a inovação produzida através do julgamento da ADI 4277 era demasiadamente contrária ao pretérito e reiterado posicionamento não só do STF, mas também de outros órgãos estatais. Contudo, este esforço argumentativo para que a corte siga o precedente anteriormente estabelecido, segundo o próprio Gilmar Mendes, não corresponde a comportamento que lhe seja habitual:

Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha. (ADI 4277, Gilmar Mendes, p. 188-119).

Ou seja, o esforço em afirmar o precedente somente neste caso e não em outros, como admitido pelo próprio ministro, aponta para a existência de estratégia argumentativa que se aproxima do que Rodriguez (2016) chamou de falsa legalidade. Ainda que esta seja noção construída para analisar o modo como normas e regulamentos gerais aprovados pelo poder legislativo são colocadas a serviço apenas de interesses parciais, ela bem se aplica as diferentes intensidades com que a jurisprudência e outros atos normativos produzidos por órgãos estatais são mobilizados de acordo com o conteúdo dos casos analisados pelos ministros.

O interessante é que esta estratégia pudesse ser também construída em torno de “argumentos de oposição”, são poucos os excertos encontrados no voto de Gilmar Mendes que fazem referência a este tipo de relação entre a normatividade jurídica e a normatividade moral. Compreendendo a necessidade de relacionar seu voto com os diferentes valores morais presentes na sociedade a partir da perspectiva legal, o ministro optou por utilizar sobretudo de “argumentos jurídicos”.

Outra estratégia adotada pelo ministro pode ser observada no acórdão da ADPF 186. Em seu voto sobre a constitucionalidade das cotas raciais como critério de ingresso em universidades públicas, Gilmar Mendes igualmente se mostrou profundamente contrário à decisão encaminhada em plenário. Desse modo, ainda que no fim das contas tenha seguido o entendimento da maioria, o ministro mobilizou grande número de referências a estudos das ciências humanas sobre a questão racial (Gráfico 5). Mesmo que tenha exposto argumentos de importantes e reconhecidos estudiosos, é a partir do repetido uso de publicações que não têm grande reconhecimento entre seus pares que o comportamento de Gilmar Mendes se aproxima de outra noção proposta por Rodriguez (2016).

Ainda que a fuga do direito, analisada em capítulo anterior, diga respeito a postura adotada pelos operadores do direito que, quando chamados a decidir casos que tratam sobretudo de demandas de movimentos sociais, acabam por decidir se afastar da questão, acreditamos que essa noção ajuda também a compreender o comportamento de Gilmar Mendes no caso da ADPF 186. Uma vez que o caso das cotas raciais tenha sido levado a julgamento por decisão do então presidente da corte

Ayres Britto, não havendo alternativa a Gilmar Mendes que não analisar a constitucionalidade das cotas raciais, o ministro optou por usar seu voto para declarar o status “ainda constitucional” da ação afirmativa. Ou seja, a conclusão de seu voto não corresponde nem a maioria dos argumentos expostos nas quase quarenta e seis páginas em que fundamentou sua decisão, onde questiona a constitucionalidade do critério de seleção analisado, nem corresponde ao posicionamento final do plenário que afirmou a constitucionalidade. Este movimento, como visto, só foi possível uma vez que o ministro fundamentou seu posicionamento em determinados entendimentos das ciências humanas sobre a questão, de modo a conferir legitimidade à sua decisão.

Ainda que Gilmar Mendes tenha tido papel destacado no uso dessas estratégias argumentativas e retóricas, outros ministros também as utilizaram. Contudo, o que chama a atenção no caso de Gilmar é a intensidade e a frequência com que assume tal postura. Em três dos quatro casos analisados o voto do ministro constitui um dos polos do debate. Como dito, na ADI 4277 seu posicionamento, acompanhado parcialmente por Lewandowski e Cezar Peluso, se contrapôs ao entendimento do relator Ayres Britto e demais colegas que declararam a constitucionalidade da união homoafetiva. Na ADPF 186, ao contrário do afirmado por todo o plenário, Gilmar Mendes sustentou posicionamento em que levantou dúvidas à constitucionalidade das cotas raciais como critério de ingresso nas Universidades públicas. Ainda, no julgamento da ADI 4983 que tratou da Vaquejada, Gilmar se contrapôs sobretudo aos argumentos levantados pelo ministro Barroso, provocando debates tanto sobre qual seja a caracterização factual da vaquejada, como sobre sua caracterização moral.

O protagonismo exercido por Gilmar Mendes nos permite compreender como se dá o debate argumentativo entre os ministros da corte. A deliberação sobre as questões postas em julgamento não ocorre de modo harmônico entre todos os ministros e ministras, mas fica restrita no mais das vezes a uns poucos ministros dispostos a assumir a defesa de um dos entendimentos possíveis. Se o relator da ação de controle concentrado de constitucionalidade por vezes é o que melhores condições têm de fazê-lo, esta não é padrão único. Como detalhado acima, na ADI 4983 o ministro Barroso, após pedido de vistas, apresentou voto sobremaneira mais aprofundado que o do relator Marco Aurélio, ainda que ambos tivessem mesmo entendimento a qualificação constitucional da vaquejada. Por outro lado, outros ministros também se engajaram em complementar o argumento do relator ou daquele

tenha se esforçado em apresentar maior número de argumentos consequentes com o seus.

Esse entendimento é central para que se possa afirmar, ao menos nos casos que constituem o objeto empírico desta pesquisa, a existência de comportamento deliberativo entre os membros do STF. Se não são todas as causas que mobilizam o engajamento de todos os ministros e ministras, alguns deles assumem a responsabilidade de fundamentar posicionamento que, potencialmente, é compartilhado também por outros colegas. Nesse sentido, o fato de os argumentos apresentados pelos ministros seguirem o mesmo padrão argumentativo no que diz respeito à relação entre normatividade moral e normatividade jurídica também constitui indício de que, ao menos parte dos ministros, estavam atentos aos argumentos oferecidos pelos demais. Essas considerações adquirem relevância sobretudo nos dois casos decididos por apenas um voto uma vez que, se o comportamento dos ministros estivesse em conformidade com a tese das “onze ilhas” e do personalismo decisório seria de se esperar que não houvesse tal coesão nos fundamentos apresentados entre os votos.

6 CONCLUSÃO

Essa pesquisa se procurou analisar como a normatividade jurídica se relaciona com a normatividade moral em diferentes ações de controle de constitucionalidade tocadas por importantes conflitos entre preceitos e valores morais. Uma vez que o STF tem assumido cada vez maior protagonismo no que diz respeito aos assuntos públicos que perpassam a sociedade brasileira como um todo, se aplicou o método da análise de conteúdo sobre quatro acórdãos que expressam a decisão da corte sobre diferentes temas morais. Dessa forma, a constitucionalidade da união homoafetiva, das cotas raciais como critério para ingresso na universidade pública, a vaquejada e as pesquisas com células tronco embrionárias constituíram o objeto empírico desse trabalho.

Ainda que os acórdãos produzidos pelo STF, onde estão expressos os votos e os debates feitos entre os ministros e ministras durante as sessões de julgamento, sejam documentos caracterizados por pouca uniformidade, acreditamos que as três categorias dedutivas construídas para esta pesquisa responderam a necessidade de torná-los mais compreensíveis. Tais categorias são contribuições que podem também ser utilizadas em trabalhos que se ocupem em investigar a relação entre a normatividade jurídica e moral não apenas em decisões judiciais, mas também em documentos produzidos por outras instituições estatais e da sociedade civil interessadas em afirmar o reconhecimento de certo tratamento jurídico à determinadas práticas morais.

Nesse sentido, futuras pesquisas poderão analisar as consequências da decisão afirmada pelo plenário do STF. Assim, como as diferentes instituições sociais respondem à decisão exarada e quais os padrões normativos formados a partir desta nova conjuntura são as questões principais a serem investigadas. Ou seja, em que medida a decisão afirmada pela corte é aceita pelos indivíduos e grupos que não tiveram seu horizonte normativo reconhecido? Que estratégias argumentativas e deliberativas são adotadas para se ajustar a esta nova situação?

Os resultados produzidos pela pesquisa aqui exposta indicam para a predominância da normatividade moral sobre a normatividade jurídica. Ainda que nos casos decididos por unanimidade os excertos que correspondem aos “argumentos jurídicos” tenham se mostrado preponderantes, os relativos aos “argumentos de fundamentação moral” também tiveram expressiva frequência entre os votos. Mas foi

sobretudo nos casos onde houve divisão no posicionamento entre os ministros que se pode observar com maior clareza a centralidade dos “argumentos de fundamentação moral”. Tanto ministros favoráveis à procedência como à improcedência da questão analisada adotaram estratégia argumentativa que privilegiam o uso da normatividade moral para embasar sua decisão.

Somado a isto, o pouco uso de “argumentos de oposição” permite inferir que a mais alta corte do país não se comporta de acordo com a prescrição clássica proposta pela divisão dos poderes, na qual ao Poder Judiciário cabe apenas afirmar as leis produzidas pelo legislativo nas diferentes demandas que chegam a seus gabinetes. Se para estudos e pesquisas que adotam perspectiva teórica ligada ao positivismo jurídico esse comportamento atualmente expresso pelos juízes constitui problemática institucional a ser enfrentada, a perspectiva durkheimiana compreende a questão de modo diverso.

Isso, pois como detalhado no primeiro capítulo desta dissertação, a sociologia política durkheimiana entende a relação existente entre os grupos da sociedade civil e as instituições estatais, de modo bastante específico. Dessa forma, o conflito mais ou menos latente entre esses dois polos sociais, a necessidade de as decisões e comportamentos institucionais serem afirmados através da deliberação e o modo específico através do qual a postura comunicativa marcam as relações através das quais são debatidos os assuntos públicos próprios das sociedades plurais são as principais características identificadas pela interpretação sistemática feita da obra durkheimiana.

Assim, ainda que Durkheim não estivesse ocupado em propor uma forma específica através da qual se deva organizar as instituições estatais, mas sim em perceber qual suas relações com os outros grupos da sociedade e o tipo de questões que seriam chamadas a responder no contexto das sociedades plurais, se pode afirmar que para essa perspectiva a noção de Estado não corresponde prioritariamente à funções típicas do Poder Executivo, mas sim às funções deliberativas e comunicativas comuns ao Poder Legislativo e Judiciário.

Uma vez que importante parte de suas funções é tornar possível o contato entre grupos morais distintos através do compartilhamento de valores normativos mínimos que perpassem toda a coletividade, as competências prioritárias do Estado dizem respeito sobretudo à deliberação e proposição normativas capazes de solucionar diferentes conflitos internos à sociedade. Contudo, para que se possa bem entender

o que esta matriz teórica propõe quando analisa o modo de funcionamento da sociedade política, é preciso ter em conta que a noção de deliberação é entendida aqui de modo diverso do entendido não só pela dogmática jurídica, mas também por outras áreas de estudo que visam compreender o comportamento dos juízes.

Nesse sentido, deliberação é prática que não corresponde simplesmente aos procedimentos através dos quais será possível identificar qual o melhor argumento e conseqüentemente qual a melhor resposta ou solução a uma determinada questão ou conflito. Para a perspectiva durkheimiana, o florescimento do processo deliberativo nas sociedades modernas depende não só da consistência lógica das proposições e decisões afirmadas coletivamente, mas que também da força através da qual os elementos volitivos e afetivos tocam e mobilizam os indivíduos e grupos em torno de definidos horizontes normativos.

A questão fica sobremaneira mais complexa quando se procura analisar como ocorrem essas relações em sociedade que não só apresenta alto grau de pluralidade social, mas que têm sua formação condicionada pelas dinâmicas estruturais do capitalismo periférico. Isso, pois nesse cenário a forma de relação possível entre os grupos da sociedade civil e as instituições estatais se tornam também profundamente mais desiguais que as verificadas em sociedades capitalistas centrais, como a analisada originalmente por Durkheim. As fragilidades que os grupos da sociedade civil têm para expressar suas demandas e organizar suas respostas aos diferentes assuntos públicos colocados, seja por meios próprios seja através de partidos e indivíduos eleitos para ocupar cargos representativos, é um dos fatores que ajudam a explicar o profundo papel exercido pelo Poder Judiciário sobre os conflitos morais. Contudo, mesmo sua mais alta corte necessita também afirmar sua decisão através da mobilização de valores morais que sejam capazes de afirmar a legitimidade dos ordenamentos jurídicos analisados.

No entanto, os dados produzidos por esta pesquisa permitem afirmar que, ao invés de solucionar o conflito moral objeto de ação de controle concentrado de constitucionalidade por vezes o STF pode apenas expor o dissenso existente sobre a questão sem conseguir afirmar decisão estável. Exemplo dessa limitação é o caso da ADI 4983 na qual o órgão viu sua decisão ser revertida pelo Congresso Nacional através de emenda constitucional aprovada apenas oito meses após os ministros e ministras afirmarem decisão que considerava a prática da vaquejada contrária ao princípio constitucional que proíbe a crueldade aos animais.

Se a ocorrência de tais desacordos e contradições entre as principais instituições estatais não é uma surpresa em contexto de profunda diversidade moral, certamente sua expressão estaria mais próxima da autonomia social possível às sociedades plurais se os diferentes grupos que compõem a sociedade civil tivessem condições para expressar suas posições e propor suas soluções de modo mais contundente que o observado nas audiências públicas que precederam os casos aqui analisados. Conforme defendido pela sociologia durkheimiana, para que uma sociedade moderna possa sustentar sua pluralidade social, é necessário que ela consiga organizar suas relações políticas de modo a permitir o florescimento dos diferentes sistemas normativos que a compõem, ainda que por vezes, um certo conjunto mínimo de valores deva ser afirmado pelas principais instituições estatais. Assim, para que isso seja possível, é necessário que as instituições estatais deixem de regular os diferentes assuntos particulares que perpassam os grupos sociais. Contudo, a forma como o Poder Judiciário exerce suas competências atualmente parece conseguir responder apenas uma dessas condicionantes.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000.

ALONSO, Roberto García. Representación política y democracia deliberativa. Qué puede significar hoy la participación política? **Revista Estudios Políticos**, Medelin, p. 47-66, 2015.

ANIS. **Vidas severinas** [documentário]. 2004. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=65Ab38kWFhE>. Acesso em: 26 maio 2018.

ARANTES, Rogério. Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGEL, Alan (orgs). **The judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillin, 2005.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2006.

BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa Qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002.

BELL, Derrick. Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma. **Harvard law Review**, v. 93, n. 3, 1980.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido: a orientação do homem moderno**. Petrópolis: Vozes, 2004.

BOURDIEU, Pierre. A força do Direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, 2013.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal; 1988.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e

dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 março 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1856**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado do rio de Janeiro. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.510**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4.277**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4.983**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Ceará, Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 186**. Requerente: Partido Democratas. Requerido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE; Reitor da Universidade de Brasília. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª turma. **Recurso Extraordinário n. 153531**. Requerente: Associação Amigos de Petrópolis e outros. Requerido: estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Brasília: STF, 2016

CARDOSO, Adalberto. **A Construção da Sociedade do Trabalho no Brasil**: uma investigação sobre a persistência secular das desigualdades. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

CASTAÑEDA, Marcelo. Mobilização e ocupações dos espaços físicos e virtuais: possibilidades e limites da política nas metrópoles. **Cadernos IHU ideias**, São Leopoldo, ano 15, v. 15, n. 225, 2017.

CEARÁ. Brasil, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília (DF): Senado Federal; 1988. 08 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado do Ceará. **Diário Oficial do Estado do Ceará**, Fortaleza, 15 janeiro de 2013. Disponível em <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>. Acesso em: 26 maio 2018.

CNBB. **Petição de ingresso como amicus curiae**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.510. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 2007.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DEM. **Petição inicial**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Requerido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE; Reitor da Universidade de Brasília. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 2009

DINIZ, Debora. A arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF. **Direito UnB**, Brasília, v. 1, n. 2, 2014.

DURKHEIM, Émile. **A educação moral**. Petrópolis: Vozes, 2008.

DURKKHEIM, Émile. **Lições de Sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DURKKHEIM, Émile. **A Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, Émile. **As Formas Elementares da Vida Religiosa**: o sistema totêmico na Austrália. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1967.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew. The political (science) context of judging. **Saint Louis University Law Journal**, n. 47, p.783-817, 2003.

FELIX, Alexandre; OSTERNE, Maria do Socorro. Legisladores da moral: da união ao casamento igualitário no Brasil. In: 40º Encontro Anual da ANPOCS. **Anais do ST29 Religião, política e direitos na contemporaneidade**. Caxambu, 2016. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro/st-10/st29-3/10446-os-legisladores-da-moral-da-uniao-civil-ao-casamento-igualitario-no-brasil/file>. Acesso em: 26 maio 2018.

FERRARA, Alessandro. **Reflective Authenticity**: rethinking the project of modernity. Londres: Routledge, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

GARGARELLA, Roberto. La “sala de máquinas” de las constituciones latinoamericanas: entre lo viejo y lo nuevo. **Revista Nueva Sociedad**, Buenos Aires, n. 257, 2015.

GIDDENS, Anthony. **Capitalismo e moderna teoria social**. Lisboa: Presença, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in new Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge University Press, 2003.

GURZA LAVALLE, A. **O estatuto político da sociedade civil: evidências da Cidade do México e de São Paulo**. Brasília, CEPAL/IPEA, 2011.

GURZA LAVALLE, A. Sem pena nem glória: o debate da sociedade civil nos anos 1990. **Novos Estudos**, n. 66, 2003.

HEIMER, Carol A. The Unstable Alliance of Law and Morality. In: HITLIN, Steven; VAISEY, Stephen (org.) **Handbook of the Sociology of Morality**. Nova Iorque: Springer, p. 163-178, 2010.

HIRSCHL, Ran. Epilogue: courts and democracy between ideals and realities. **Representation**, v. 3, n. 49, p. 361-373, 2014.

IFHC. **Cidadãos anti-racistas contra as leis raciais**. Disponível em: <http://fundacaofhc.org.br/files/pdf/carta-cidadaos-anti-racistas-contras-leis-raciais.pdf>. Acesso em: 26 maio 2018.

JUNIOR VIANNA. **Novinha me perguntou**. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bVk1AfVITNI>. Acesso em: 26 maio 2018.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas**. São Paulo: Nova Fronteira, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEACH, Joan. Análise Retórica. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa Qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002.

LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, 2016.

LEITER, Brian. American legal realism. In: GOLDING, Martin; EDMUNDSON (Ed.). **The blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell Publishing, 2005.

LIMA, Adriana. Igreja é condenada a devolver doação de fiel de Nova Petrópolis. **Jornal NH**, Novo Hamburgo, 26 outubro 2016. Disponível em: www.jornalnh.com.br/_conteudo/2016/10/noticias/regiao/2017607-igreja-e-condenada-a-devolver-doacao-de-fiel-de-nova-petropolis.html. Acesso em: 26 maio 2018.

LUKES, Steven. Durkheim e a tese da desintegração. In: MASSELA, A.; FILHO, F.; OLIVA, M. H.; WEISS, R. **Durkheim: 150 Anos**. São Paulo: Argumentvn, 2009.

MAIA, Rousiley C. M. O papel democrático da sociedade civil em questão. **Lua Nova**, São Paulo, v. 81, p. 147-174, 2010.

MAIS de 800 pessoas acompanham julgamento no STF. **Notícias STF**, 05 março 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84330&caixaBusca=N>. Acesso em: 26 maio 2018.

MARIANO SILVA, Jeferson. Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). **Revista Novos Estudos. CEBRAP**, v. 37, n. 1, 2018.

MENDES, Conrado. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, 1 de fevereiro, 2010.

MILLER, Willian Watts. Investigando o projeto de Durkheim para a constituição de uma Ciência Social. In: MASSELA, A.; FILHO, F.; OLIVA, M. H.; WEISS, R. **Durkheim: 150 Anos**, 39-68. São Paulo: Argvmentvn, 2009.

MORI, Letícia. Gaúcha vence na Justiça batalha para recuperar bens doados à Igreja Universal: 'lavagem cerebral'. **BBC Brasil**, Rio de Janeiro, 13 março 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43325773>. Acesso em: 26 maio 2018.

NERIS, Natália. Um efeito alquímico: sobre o uso do discurso dos direitos pelas/os negras/os. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda Suprema: Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 28, n. 1, abr., 2016.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1863-1908, 2017.

PAUGAN, Serve. Durkheim e o vínculo aos grupos: uma teoria social inacabada. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 19, n. 44, 2017.

PGR. **Petição inicial**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4983. Requerido: Governador do Estado do Ceará, Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2013.

PIMENTEL, Mariana. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa**, v. 54, n. 214, p.189-202, 2017.

PINHO, Angela. UnB rejeita um gêmeo e aceita outro nas cotas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 08 junho 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0806200718.htm>. Acesso em: 26 maio 2018.

RECONDO, Felipe. Gilmar Mendes devolve vista do financiamento empresarial de campanhas. **Jornal Jota**. São Paulo, 10 setembro 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/gilmar-mendes-devolve-vista-do-financiamento-empresarial-de-campanhas-10092015>. Acesso em: 25 maio 2018.

REPRESNANTES da comunidade científica vêm ao STF tratar da Lei de Biossegurança. **Notícias STF**, 13 dezembro 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=79902>. Acesso em: 26 maio 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A Desintegração do Status Quo. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 96, p. 49-66, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As Figuras da Perversão do Direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos**, v. 19, n. 37, p. 99-124, 2016a.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 07, n. 4, p. 261-294, 2016b.

ROSATI, Massimo; WEISS, Raquel. Tradição e autenticidade em um mundo pós-convencional: uma leitura durkheimiana. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 39, 2015.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009.

SORGATO, Lucas; ARAMIS, Jarpa. **O Mercado da Vaquejada em Alagoas**. ALQM: Maceió, 2015.

SOUZA, Jesse. **A construção social da sub-cidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.

SOUZA, Jesse. A gramática social da desigualdade brasileira. **Revista brasileira de ciências sociais**. v. 19, n. 54, 2004.

TILLY, Charles. **Democracy**. New York, Cambridge University Press, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal**: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supre

mo

_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 26 maio 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 4, n. 2, 2008.

WEBER, Max. **Ética protestante e o “espírito” do capitalismo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEISS, Peter. **De como lhe foi estirpado o sofrimento ao senhor Mockinpott**. Tradução: George B. Sperber, 1975. Localizado em: Arquivo da Divisão de Censura de Diversões Públicas. Arquivo pdf.

WEISS, Raquel. **Émile Durkheim e a fundamentação social da moralidade**. 2010. 279 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

WEISS, Raquel. Efervecência, dinamogenia e a ontogênese social do sagrado. **Mana**, Rio de Janeiro, v.19, n.1, 2013.

WILLIAMS, Patricia. **The Alchemy of Race and Right**: diary a law professor. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

APÊNDICE A. ADPF 186 – EXCERTOS EXEMPLARES RELATIVOS AS CATEGORIAS DEDUTIVAS, POR MINISTRO/A

ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
Lewandowski	“No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.” (ADPF 186, p. 53)	“Ora, tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da discriminação positiva com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos.” (ADPF 186, p. 65)	“Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, é preciso verificar também se os instrumentos utilizados para a sua efetivação enquadram-se nos ditames da Carta Magna. Em outras palavras, tratando-se da utilização do critério étnico-racial para o ingresso no ensino superior, é preciso analisar ainda se os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em conformidade com a ordem constitucional.” (ADPF 186, p. 82-3)
Luiz Fux	“Destaco, de início, a absoluta impropriedade em conceber a noção jurídica de “raça” a partir de aspectos biológicos, ligados à estrutura molecular do genoma humano. A ideia de “raça” que ganha relevo jurídico deflui de fatores históricos, políticos, sociológicos e culturais. Não se trata de um dado da natureza, mas de uma construção forjada pelas relações humanas ao longo dos tempos.” (ADPF 186, p. 118)	“Se o sistema de cotas é decorrência da finalidade institucional do estabelecimento de ensino superior, a autonomia universitária que lhe é assegurada constitucionalmente (CRFB, 207, caput) fundamenta e recomenda a definição concreta de tais políticas por meio de atos próprios da instituição de ensino.” (ADPF 186, p. 115)	*
Rosa Weber	“Identificadas essas desigualdades concretas, a presunção de igualdade deixa de ser benéfica e passa a ser um fardo, enquanto impede que se percebam as necessidades concretas de grupos que, por não terem as mesmas oportunidades, ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que desfrutam de condições sociais mais favoráveis. E, sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade. Inegavelmente as possibilidades de ação, as escolhas de vida, as visões de mundo, as chances econômicas, as manifestações individuais ou coletivas específicas são muito	“Outro ponto digno de registro é que não reconheço direito subjetivo – passível, enquanto tal, de violação -, a ocupar as vagas do ensino superior pura e simplesmente por mérito aferido na classificação em vestibular. A universalização do ensino diz respeito ao ensino básico (fundamental e médio). Se assim não fosse, não faria sentido condicionar o acesso ao nível superior ao	*

	mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não têm consideradas suas condições particulares” (ADPF 186, p. 125)	mérito. Não há direito subjetivo a cursar uma faculdade, muito menos pública. É o que se extrai, a meu juízo, do inciso V do art. 208 da Constituição Federal.” (ADPF 186, p. 128)	
Cármem Lúcia	“A norma contida no sistema constitucional inaugurado em 1988 é, pois, fruto amadurecido de uma concepção que inegável se impõe por luta em prol da cidadania, a fim de que as concepções pluralistas e democráticas se possam impor no ensino superior e as entidades possam prestar este serviço segundo idênticos fundamentos nacionais, mas com a garantia da liberdade e do acatamento ao princípio democrático do pluralismo” (ADPF 186, p. 145-6)	“Nesse ponto, cumpre ressaltar não ser taxativo o rol de atribuições densificadoras da autonomia das universidades. Ao se valer, no caput do art. 53 da Lei n. 9.394/1006, da expressão “sem prejuízo de atribuições, o legislador ordinário autorizou as universidades, nos limites das normas constitucionais e da legislação ordinária delas decorrente, a criar programas favoráveis ao cumprimento da função social, entre as quais a instituição de sistema de reserva de cotas” (ADPF 186, p. 142)	*
Cezar Peluso	“Também se aduz desvalia do aspecto do mérito pessoal. Mas a objeção ignora a força dos obstáculos históricos opostos aos esforços dos grupos marginalizados e cuja superação não depende das vítimas da marginalização, senão de terceiros. Nesse contexto, tem pouca pertinência a invocação do fator de merecimento individual” (ADPF 186, p. 161)	“Ora, basta uma visão sistemática da Constituição Federal para perceber, logo, que, em nome da igualdade, ela tutela classes ou grupos em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Não preciso nem citar os casos das mulheres, dos menores, dos hipossuficientes. Há, portanto, na Constituição mesma, princípio da tratamentos igualdade em relação excepcionais, a concordes tais pessoas, com o e há-os, por conseguinte, também na legislação infraconstitucional, da qual poderia citar como exemplo a Lei Maria da Penha, só para mostrar como é legitimado, do ponto de vista constitucional, esse olhar de proteção de pessoas ou conjunto de pessoas em situação de vulnerabilidade.” (ADPF 186, p. 156-7)	*
Gilmar Mendes	“Não podemos deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, fundamental para a construção de uma verdadeira democracia, reforce as crenças	“O modelo da UnB tem a virtude e obviamente os eventuais defeitos de um modelo pioneiro, sem paradigmas	*

	<p>perversas do racismo e divida nossa sociedade em dois polos antagônicos: 'brancos' e 'não brancos' ou 'negros' e 'não negros'." (ADPF 186, p. 202)</p>	<p>anteriores. Por tal motivo, não é o caso de constatar, neste momento, a inconstitucionalidade do modelo instituído pela UnB, que ainda está em plena fase de implementação e, portanto, de experimentação. Trata-se de um modelo que vem sendo testado e que, dessa forma, pode (e deve) ser aperfeiçoado, levando-se em conta todas as questões aqui levantadas. Em verdade, seria o caso de dizer que a norma (ou as normas) é "ainda constitucional"; é um modelo que pode tender, se for mantido, se não for revisto, a um quadro de inconstitucionalidade." (ADPF 186, p. 206)</p>	
Joaquim Barbosa	*	*	*
Marco Aurélio	<p>"É o caso de perguntarmos: o que falta, então, para afastarmos do cenário as discriminações, as exclusões hoje notadas? Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário." (ADPF 186, p. 214)</p>	<p>"Vejam a experiência brasileira no campo da legislação ordinária. A Lei nº 8.112/90 – porque, de certa maneira, isso foi previsto na Constituição Federal – fixa a reserva de até 20% das vagas, nos concursos públicos, para os deficientes físicos. A lei eleitoral, de nº 9.504/97, dispõe sobre a participação da mulher, não como simples eleitora, o que foi conquistado na década de 30, mas como candidata. Estabelece, no tocante aos candidatos, o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cada sexo. A proteção aqui concorre também em benefício dos homens. Talvez tenha o legislador receado uma interpretação apressada, levando em conta suposto conflito com a Constituição Federal, ao prever, como ocorreu anteriormente, uma quota específica para as mulheres. Por outro lado, a Lei nº 8.666/93 viabiliza a contratação, sem licitação – meio que impede o apadrinhamento –, de associações, sem fins lucrativos, de</p>	*

		portadores de deficiência física, presente o preço de mercado.” (ADPF 186, p. 216)	
Ayres Britto	“A Constituição é uma obra - eu vou incorrer num cacófato, mas é inevitável - da nação. O que é a nação produtora da Constituição? A nação é uma realidade permanente que ata a ancestralidade, a coetaneidade, ou contemporaneidade, e a posteridade. A nação é como um rio. O rio é um só rio, da nascente à foz. A nação é uma só nação, da primeira geração à última geração. Não vale esse argumento de que estamos pagando pelos pecados de nossos ancestrais.” (ADPF 186, p. 222)	“Mas não ficou nisso não, a Constituição quis mesmo cotas sociais diferentes de cotas raciais. É só ler o artigo 23. E é uma imposição normativa a todos os entes da federação brasileira. Diz a Constituição: ‘Art. 23. É competência comum’ - e competência aqui é dever - ‘da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) X. combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;’” (ADPF 186, p. 229)	*

APÊNDICE B. ADI 4277 – EXCERTOS EXEMPLARES RELATIVOS AS CATEGORIAS DEDUTIVAS, POR MINISTRO/A

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
Ayres Britto	No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bÍlis que só faz embarçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que ‘A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação’. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere ‘a liberdade’ e ‘a igualdade’ na lista dos ‘valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)’.” (ADI 4277, p. 27)	“Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante ‘homo’ ou ‘heteroafetivo’.” (ADI 4277, p. 46)	*
Luiz Fux	“O que, então, caracteriza, do ponto de vista ontológico, uma família? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não. O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.” (ADI 4277, p. 60-1)	“A quinta premissa não é fática, mas jurídica: não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.” (ADI 4277, p. 57)	*
Cármem Lúcia	“Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em	“A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade	*

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
	comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um.” (ADI 4277, p. 91)	livre, justa e solidária, na qual se promova “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º, inc. III). Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação?” (ADI 4277, p. 91)	
Lewandowski	*	“Tal como o Min. Menezes Direito, entendi, naquele julgamento, que o legislador constituinte remeteu a definição da entidade familiar denominada união estável, respeitadas as balizas do texto magno, para o âmbito do direito positivo infraconstitucional, o qual é expresso em consignar, seja no art. 1º da Lei 9.278/96, seja no art. 1.723 do Código Civil, que tal instituto caracteriza-se pela “convivência pública contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família”, sempre ‘entre o homem e a mulher’ (grifei). É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união ‘entre o homem e a mulher’ , ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).” (ADI 4277, p. 100)	“Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Não se trata, evidentemente, de interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário - o que configuraria prática proscrita segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional – mas, como afirmou o Min. Menezes Direito, ao debruçar-se sobre o tema, no RE acima mencionado, cuida-se de integrar os conceitos explicitados na Lei Maior com o Direito de Família, por indicação do próprio legislador constituinte.” (ADI 4277, p. 100-1)

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
Joaquim Barbosa	<p>“Note-se que, segundo a vastíssima bibliografia existente sobre o enquadramento jurídico-constitucional das reivindicações das pessoas de orientação homossexual, sobretudo em língua inglesa, houve uma significativa mudança de paradigma ao longo das últimas décadas no tratamento do tema e na natureza das respectivas reivindicações. Com efeito, se é certo que num primeiro momento bastava aos reivindicantes que a sociedade lhes demonstrasse um certo grau de tolerância, hoje o discurso mudou e o que se busca é o reconhecimento jurídico das respectivas relações, de modo que o ordenamento jurídico outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas.” (ADI 4277, p. 114)</p>	<p>“Quanto à Constituição Federal, muitos poderão argumentar que ela é silente sobre a matéria. Porém, cumpre indagar o seguinte: o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade? Quis mesmo o constituinte de 1988 manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as conseqüências jurídicas e materiais daí decorrentes? Creio que não. E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica pallete axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição.” (ADI 4277, p. 114)</p>	<p style="text-align: center;">*</p>
Gilmar Mendes	<p>“A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes” (ADI 4277, p. 169)</p>	<p>“É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.” (ADI 4277, p. 182)</p>	<p>“Nesse ponto, é importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o artigo 226, § 3º, multicitado: ‘§ 3º Para</p>

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
			efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. ogo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.” (ADI 4277, p. 170)
Marco Aurélio	“Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã. A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.” (ADI 4277, p. 201)	“Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial.” (ADI 4277, p. 206)	“Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também da Carta Federal, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.” (ADI 4277, p. 210)
Celso de Mello	“Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade	“De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, inteiramente, as razões excelentemente expostas pelo eminente	*

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
	<p>dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica -, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.” (ADI 4277, p. 224)</p>	<p>Relator, no ponto em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido.</p> <p>Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de “silêncio eloquente”, capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, ‘como entidade familiar’ (CF, art. 226, § 3º).” (ADI 4277, p. 231)</p>	
<p>Cezar Peluso</p>	<p>“seria imperdoável que eu tentasse acrescentar alguma coisa, sobretudo em relação a essa postura consensual da Corte em relação à condenação a todas as formas de discriminação, contrária não apenas ao nosso Direito Constitucional, mas à própria compreensão da raça humana a que todos pertencemos com igual dignidade.” (ADI 4277, p. 263)</p>	<p>‘[...] realmente essas uniões, ou essas associações, ou essas relações marcadas sobretudo por afetividade, evidentemente não podem ser submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial ou de ordem econômica.’ (ADI 4277, p. 265)</p>	<p>*</p>

APÊNDICE C. ADI 4983 – EXCERTOS EXEMPLARES RELATIVOS AS CATEGORIAS DEDUTIVAS, POR MINISTRO/A

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
Marco Aurélio	“Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.” (ADI 4983, p.12)	“A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se humana autorizada pela norma intolerável, a mais não poder, a conduta estadual” (ADI 4983, p.13)	*
Edson Fachin	“O presente caso precisa ser analisado sob um olhar que alcance a realidade advinda da população rural. É preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para se alargar ou olhar e alcançar essa outra realidade.” (ADI 4983, p. 15)	“Portanto, há um reconhecimento, na própria petição inicial, de tratar-se de uma manifestação cultural. E, nesse sentido, esse reconhecimento parece-me atrair o caput e o § 1º do art. 215 da Constituição Federal. O § 1º, por si só, já indica, no meu modo de ver, uma outra direção. Sendo do seu dispositivo: ‘§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.’ Esse é o texto da Constituição.” (ADI 4983, p. 14)	*
Gilmar Mendes	“Existem muitos “Brasis” dentro do Brasil, cujas regiões ostentam diferenças culturais, as quais devem ser respeitadas e incentivadas, na medida em que correspondem à reafirmação do seu passado, bem como à correlação com ele. Aqui não vai	“O ordenamento jurídico nacional já dispõe de instrumentos hábeis e suficientes para coibir eventuais excessos, tal como as disposições da Lei 9.605/98 e a	Então, se nós levarmos avante a decisão no sentido da inconstitucionalidade, na verdade, estaremos praticando ou agravando

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
	<p>nenhuma crítica ou prevalência desta ou daquela manifestação cultural, mas o claro discurso de que não pode haver uma única visão sobre a exploração do animal pelo homem, a qual pode ocorrer de diferentes maneiras. Entretanto, sua interpretação nunca pode estar dissociada da realidade da comunidade na qual inserida a prática cultural. Assim, determinada prática que, para desinflante, para um nordestino, pode ser os sulistas, pode ser ínsita à sua formação histórica; o que para um nortista traduz a sua manifestação cultural, para os “sudestinos” pode não significar nada; e vice-versa.’ (ADI 4983, p.128-9)</p>	<p>fiscalização, pelos órgãos federal, estadual e municipal, de controle ambiental, sem prejuízo da atuação do Ministério Público. E penso que a lei ora questionada do Estado do Ceará acabou prestigiando a prática da manifestação cultural e/ou “socioesportiva”, reafirmando o comando do art. 215 da CF e proibindo determinadas condutas que possam afetar o âmbito da proteção do art. 225 da CF, tal como previsto no § 3º do art. 4º, a saber: ‘§3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.’” (ADI 4983, p. 141-2)</p>	<p>as diferenciações e as discriminações já existentes, em nome de um modelo que sequer é coerente, porque, como disse o Ministro Fux, se se trata de discutir a questão nesses termos, proibamos o sacrifício de animais para alimentação. Se é disso que se cuida, porque, certamente, não há sofrimento maior do que a forma descrita por Sua Excelência mostrando como se faz para minimizar o susto, mas o próprio animal da percepção, como o suadouro, de que vai ser morto, além do tratamento, que é bastante antinatural. Não se trata de alimentação em pastagem, mas em espaços extremamente reduzidos.” (ADI 4983, p. 104)</p>
<p>Luis Barroso</p>	<p>“Portanto, a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie” (ADI 4983, p. 42)</p>	<p>“A Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não impedem que manifestações culturais envolvam animais. O que elas vedam são manifestações culturais de entretenimento que submetam animais a crueldade. Em certos casos será possível, por meio de regulamentação, impedir a imposição desse tipo de sofrimento grave.” (ADI 4983, p. 55)</p>	<p>“Essa é a nossa divergência. Eu acho que torcer o rabo de um touro, em alta velocidade, e fazê-lo ficar com as quatro patas para cima é inerentemente cruel e não há alternativa. Quando nós votamos aqui - eu era advogado - pesquisas com células-tronco embrionárias, uma das posições era: eu admito as pesquisas com células-tronco embrionárias desde que não se destrua o embrião congelado. Se fosse possível seria bom, mas não era possível. De modo que eu acho que não há como se derrubar um touro que é instigado, em alta velocidade, torcendo-o pelo rabo, para ficar com as quatro patas para cima, sem crueldade inerente. De</p>

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
			modo que, entendendo o ponto de vista do Ministro Teori, eu só gostaria de pontuar a divergência. A meu ver, não é possível uma vaquejada não cruel.” (ADI 4983, p. 60)
Teori Zavaski	“Eu diria - para usar a imagem do Ministro Barroso que a extinção da escravidão teve passos - que essa lei é pelo menos equivalente à “lei do ventre livre” em relação a essa vaquejada cruel, que não sei se corresponde à verdade. Mas, enfim, ainda que correspondesse, eu diria que a lei é pelo menos uma “lei do ventre livre”, quer dizer, é um passo adiante. É melhor com a lei do que sem a lei. Foi isso que eu quis dizer. De modo que, a meu ver, é um retrocesso, em relação à violência contra o animal, considerar inconstitucional essa lei. Esse é o resumo do meu voto.” (ADI 4983, p. 111-2)	“Temos que considerar, neste julgamento, o princípio da legalidade, que é o princípio básico do artigo 5º, inciso II, da Constituição: ‘II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;’ E o princípio da legalidade é um princípio um tanto paradoxal no nosso sistema, porque, ao mesmo tempo, é um princípio que consagra a liberdade - ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa - e é um princípio que autoriza a limitação da liberdade ao dizer que a lei pode limitar a liberdade. E deve-se aplicar isso em relação manifestações culturais e esportivas. Elas são livres, a não ser que haja uma lei proibindo.” (ADI 4983, p.59)	*
Rosa Weber	“O atual estágio evolutivo humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito. A pós-modernidade constitucional incorporou um novo modelo, o do Estado Socioambiental de Direito, como destacam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer” (ADI 4983, p.73)	“De qualquer sorte, no caso em exame, a constitucionalidade da lei cearense, na minha visão, se a Constituição diz que essas manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado, no artigo 215, também diz, no artigo 225, § 1º, inciso VII, que são proibidos atos cruéis contra os animais. Então ela está dizendo, na minha leitura, com clareza solar, em primeiro lugar, que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas também que ele não tolera crueldade contra os animais. Ou seja, concluo eu, o Estado não incentiva, nem garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis	“Diante dessa conceituação - e aqui também peço todas as vênias ao Ministro Teori, é o meu ponto de divergência com Sua Excelência -, entendo que a violência e a crueldade ao animal são ínsitas à vaquejada. E vaquejada, se a crueldade ao animal é ínsita à e Zootecnia da enquanto um entretenimento, ela é uma manifestação cultural que, como disse o Ministro Marco Aurélio, não encontra agasalho no artigo 215 da nossa Constituição.” (ADI 4983, p. 65)

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
		contra os animais. E essa é a orientação desta Casa.” (ADI 4983, p. 64)	
Luiz Fux	“Na verdade, Senhor Presidente, essa lei não instituiu a vaquejada, ela dispôs sobre meios minimizadores dessa prática, evitando a crueldade. Então essa é a questão.” (ADI 4983, p. 112)	“Nós temos dois dispositivos constitucionais: o que garante a todos o exercício dos direitos culturais; e o artigo 225, que protege a fauna e a flora. ‘VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.’ Então, num primeiro plano, é inegável que nós temos que fazer aqui uma ponderação. Pelo princípio da unidade da Constituição, não há princípio mais importante do que outro; são ponderáveis à luz do caso concreto. E, neste particular, eu também me alinho a essa questão formal que foi colocada no debate de hoje pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, antecedido pelo voto do Ministro Marco Aurélio.” (ADI 4983, p. 75)	*
Celso de Mello	“E pelo princípio da moralidade, práticas dessa natureza devem ser abolidas, e não regulamentadas. Igualmente censurável é a atribuição de valor desportivo, ou cultural, à prática que cause sofrimento aos animais, como propõe a legislação questionada.” (ADI 4983, p. 91)	“A questão do meio ambiente, hoje, especialmente em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões Nações da Conferência das Unidas sobre Meio Ambiente Desenvolvimento (Rio/92), passou a compor um dos e tópicos mais expressivos da nova agenda internacional particularmente no ponto em que se reconheceu, ao gênero humano, o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar.” (ADI 4983, p. 85)	“É forçoso, portanto, concluir que a regulamentação não possui o condão de impedir o risco de lesão permanente a que o animal fica exposto, e o sofrimento que lhe é causado, à medida que a prática inclui perseguição, tração de cauda e derrubada ao solo. Inexiste norma legal que possa alterar a natureza dos fatos. Uma prática violenta, que ameaça a integridade física e mental dos animais, não deixa de ser cruel porque a lei a classifica como desportiva ou cultural.” (ADI 4983, p. 91)

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumento jurídico”	“argumento de oposição”
Dias Toffoli	“A “Vaquejada”, expressão cultural oriunda da denominada “Festa da Apartação” é, como demonstrou o Estado do Ceará, um dos grandes acontecimentos do calendário dos vaqueiros do nordeste, o qual, além de manter sua tradição, tem trazido desenvolvimento social e econômico. Portanto, vejo com clareza solar que a atividade – hoje esportiva e festiva - pertence à cultura do povo nordestino deste país, é secular e há de ser preservada dentro de parâmetros e regras aceitáveis para o atual momento cultural de nossa vivência.” (ADI 4983, p. 118)	“Há que se salientar haver na espécie, no entanto, elementos de distinguishing a impedir a aplicação ao caso dos precedentes a que me referi. Em primeiro lugar, saliento que, na “farra do boi”, não há técnica, não há doma e não se exige habilidade e treinamento específicos, diferentemente do caso dos vaqueiros, que são profissionais habilitados, inclusive, por determinação legal (Lei nº 12.870/13). Portanto, não há que se falar em atividade paralela ao Estado, ilegítima, clandestina, subversiva.” (ADI 4983, p. 119)	*
Lewadowski	“interpretação biocêntrica do artigo 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma visão antropocêntrica, que consideram os animais como “coisa”, desprovidos de direitos ou sentimentos. E, para fazer essa interpretação, reporto-me à Carta da Terra, que foi subscrita pelo Brasil. É uma espécie de código de ética planetário, semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos, só que voltado à sustentabilidade, à paz, e à justiça socioeconômica. Foi idealizada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas.” (ADI 4983, p. 123)	*	*
Cármem Lúcia	“são manifestações extremamente agressivas contra os animais, e que nos levam a analisar a Constituição dentro - com as vênias devidas aos que pensam em sentido contrário, evidentemente - de um marco civilizatório que preserve a vida e, com isso, tenta fazer com que a violência não ultrapasse nem chame mais violência, e é praticado efetivamente.” (ADI 4983, p. 126-7)	*	*

APÊNDICE D. ADI 3510 – EXCERTOS EXEMPLARES RELATIVOS AS CATEGORIAS DEDUTIVAS, POR MINISTRO/A

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumentos jurídicos”	“argumentos de oposição”
Ayres Britto	“Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose” (ADI 3510, p. 39)	“Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magno Texto Republicano fala da "criança", como no art. 227 e seus §§ 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão-somente intra-uterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade". Pelo que somente é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida extra-uterina. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.” (ADI 3510, p. 32)	*
Ellen Gracie	“Aliás, mesmo que não adotada a concepção acima comentada, que demonstra a distinção entre a condição do préembrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada), destaco a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível, O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.” (ADI 3510, p. 86)	“Com todas as vérias ao ilustre proponente da ação, o Procurador-Geral da República - agora com uma outra identidade pessoal - e aos ilustres juristas que secundam a sua posição, não constato vício de inconstitucionalidade na referida norma. Não se lhe pode opor, segundo entendo, a garantia da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inciso III -, nem a garantia de inviolabilidade da vida, pois, conforme acredito, o préembrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento - o útero - não se classifica como pessoa. A ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. Por outro lado, o pré-embrião - ou ao menos aqueles de que aqui tratamos - ou seja, os inviáveis e destinados ao descarte - também não se enquadra na condição de nascituro, pois a esse - a própria denominação o esclarece bem - se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte.” (ADI 3510, p. 79)	*
Menezes Direito	“Com todo o maior respeito aos que entendem em contrário, na minha compreensão, não é	“O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica,	“A inviolabilidade do direito à vida não admite que a possibilidade de

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumentos jurídicos”	“argumentos de oposição”
	<p>possível declarar-se simplesmente constitucional ou inconstitucional uma lei que desafia a ciência e diz diretamente com o futuro da humanidade. Será razoável acreditar que a ciência tudo pode e que por isso não se há de impor limites, sem falar naqueles limites éticos que são essenciais à convivência social?. Será que devemos pôr no plano mais geral de absoluta liberdade das pesquisas do poder dito incontestável da ciência ou da proibição terminante delas, a catalogar os que se alinham na primeira como vanguardistas e os que se encontram na segunda como obscurantistas? Será que devemos fechar nossos olhos para os que na dor, no sofrimento, na angústia, juntam a fé para que um caminho seja descoberto curando os enfermos que estão próximos de nós? Será que devemos, nessa hora, liberar uma paixão sem prover uma razão?. Respondo, sem o ceticismo de David Hume, que não! Ao revés, a impaciência deve ceder à tolerância com o tempo para buscar convergências que nos permitam encontrar iluminados amanheceres.” (ADI 3510, p. 131)</p>	<p>posta no plano da interpretação constitucional. A religião pertence à intimidade do ser do homem e todos nós devemos abrir nossos corações com humildade e grandeza para proclamar nossa fé no mais íntegro respeito moral pela pluralidade que é marca indissociável das sociedades livres. Tentar estabelecer a ideologização da ciência ou enxergar obscurantismo nos que crêem e defendem sua fé é indigno desse trânsito da história da humanidade.” (ADI 3510, p. 105)</p>	<p>alguns embriões tornarem-se inviáveis justifique o sacrifício dos demais. A inviolabilidade do direito à vida não admite nem mesmo que a possibilidade de muitos deles se tornarem inviáveis justifique o sacrifício dos remanescentes. Aqui também vislumbro inconstitucionalidade.” (ADI 3510, p. 160)</p>
<p>Cármem Lúcia</p>	<p>“Também em outra ocasião acentuei o cuidado que há de se ter com as pesquisas científicas, a fim de que a ética não seja desrespeitada e, assim, a dignidade da espécie humana não seja ferida. Dizia então ser certo que a liberdade humana compreende a liberdade de pesquisas e de avanços tecnocientíficos, tais como os que estão se dando, com rapidez inédita, no campo da medicina.” (ADI 3510, p. 232)</p>	<p>“Todo princípio de direito haverá de ser interpretado e aplicado de forma ponderada segundo os termos postos nos sistema. Como acentuado pelo Procurador-Geral da República em sua petição, dignidade humana é princípio, e esse se aplica na ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado. Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional. Tanto é assim que o ordenamento jurídico brasileiro comporta, desde 1940, a figura lícita do aborto nos casos em que seja necessário o procedimento para garantir a sobrevivência da gestante e quando decorrer de estupro (art. 128, incs. I e II, do Código Penal)” (ADI 3510, p. 206-207)</p>	<p>“Entretanto, as manifestações, dotadas – repito - de profunda, legítima e compreensível emoção a envolver o tema e as suas conseqüências sociais, não alteram, não desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do seu dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer. Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito.” (ADI 3510, p. 194)</p>

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumentos jurídicos”	“argumentos de oposição”
Lewandowski	“Nesse aspecto, causa espécie, do ponto de vista ético, a lógica de cunho puramente voluntarista existente por detrás da resposta oferecida à pergunta por mim formulada, quando da audiência pública realizada nesta Suprema Corte, no tocante ao destino dos embriões congelados, segundo a qual sua utilização nas pesquisas estaria sujeita ao exclusivo alvedrio dos assim chamados "genitores".108 O pragmatismo extremado de que se reveste tal solução parece-me deveras assustador.” (ADI 3510, p. 306)	“Outro aspecto relevante para o exame da constitucionalidade da norma impugnada é a total indeterminação do conceito de "inviável", que figura no inciso I do art. 5º da Lei de Biosegurança, a partir do qual será definido o destino do embrião gerado in vitro. Com efeito, a redação do referido dispositivo permite que lhe seja conferida a mais elástica das interpretações, ao arbítrio do médico, do biólogo, do geneticista ou mesmo do técnico de laboratório encarregado da realização do diagnóstico pré-implantacional. A título de confronto, ressalto que a <i>Stammzellgesetz</i> alemã é muito rigorosa no tocante ao critério de aproveitamento dos embriões para as pesquisas, vedando o seu uso caso tenham "sido descartados por razões inerentes às células-tronco", como por doenças, pretendendo-se, com isso, "rejeitar todo o apoio a PID" - diagnóstico pré-implantacional - "ou qualquer vontade eugênica" (ADI 3510, p. 297-298)	*
Eros Grau	‘Quais interesses aí se manifestam, na escala que vai das patentes até o biopoder? Há um tom críptico nessas expansões [e faço uso aqui do vocábulo com toda a sua carga de ambigüidade] que cumpre afastarmos. A amplitude do mercado no âmbito do qual tais interesses predominam referiu-se há pouco o Ministro Ricardo Lewandowski. Não nos iludamos : levantado o véu, o que há sob ele - não obstante, é verdade, as melhores intenções de grande número dos que acompanham este julgamento - é o mercado.’ (ADI 3510, p.317-318)	“A esta Corte não cabe acrescentar nada à Constituição, como já se fez, indevidamente espontâneas, ainda que não partam do meu íntimo digo-o com as vênias de estilo, ainda que não como indevidamente foi feito no julgamento do MS 26.602. A decisão aditiva incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para, salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. Ao contrário, porque a decisão aditiva como que captura o preceito legal, trazendo-o para o âmbito da constitucionalidade, a força normativa da Constituição é afirmada nessas decisões. (ADI 3510, p. 326)	*
Joaquim Barbosa	“Vivemos um momento histórico da mais ampla significação, e não digo isso apenas em relação a este julgamento. De fato, a evolução da humanidade, em seus múltiplos aspectos, requer respostas éticas diferentes dos modelos outrora construídos sobre teorias filosóficas, teológicas e científicas fundamentadas numa visão de mundo (e de ser humano) agora aparentemente	“Da análise do texto legal, portanto, resulta cristalino que não é todo e qualquer embrião que poderá ser objeto de pesquisa científica, assim como não há obrigação alguma a que os genitores deem os seus embriões para a pesquisa. E o mais importante: é terminantemente vedada a criação de embriões destinados à pesquisa. Nesse ponto, creio que a lei respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na	*

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumentos jurídicos”	“argumentos de oposição”
	ultrapassada. Ultrapassada não porque eram teorias ruins, mas porque a sociedade evoluiu e surgiram questionamentos para os quais elas não se aplicam a contento.” (ADI 3510, p. 340)	Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/88), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5o, caput) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5o, IX).” (ADI 3510, p.332)	
Cezar Peluso	“De minha parte, estou convencido de que o atributo de humanidade já está presente tanto no embrião, quanto nas demais fases do desenvolvimento da criatura. Mais do que o caráter e o sentido elementar da identidade da matéria-prima de que um e outro se compõem, o embrião em si constitui, como depositário dos ainda misteriosos princípios da vida, mais que procriação, a re-produção ou a multiplicação enquanto prolongamento mesmo das pessoas que lhe dão origem e, como tal, não pode deixar de ter a mesma natureza biológica e de compartilhar da mesma suprema dignidade moral e jurídica do ser humano. Essa é, aliás, a razão por que não é lícito reservar-lhe tratamento menos respeitoso sequer no campo jurídico.” (ADI 3510, p. 354)	“Os conceitos de vida e de pessoa, enquanto constituam dados necessários da quaestio iuris da causa, devem ser reconstruídos, senão que construídos, nos supremos limites materiais do ordenamento constitucional. Tal é a razão óbvia por que já a nada serviria a postura dogmática que, debaixo do pretexto da relatividade dos direitos constitucionais, pretende graduar o direito à vida com a régua impertinente de que, como, nos termos do direito positivo, o crime de homicídio tem pena maior que a prevista para o delito de aborto, então teriam menor dignidade jurídico-constitucional a vida intra-uterina e, a fortiori, as células embrionárias. O erro aqui é agravado e pouco sutil. As normas penais não valoram de modo diverso, na cominação de penas em cada tipo, o bem jurídico da vida em estado hipotético de violação, mas, sim, a reprovabilidade de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora.” (ADI 3510, p. 346)	*
Marco Aurélio	“Em outras palavras, os valores cotejados não possuem a mesma envergadura, surgindo triste paradoxo no que, ante material biológico que terá, repito, destino único - o lixo -, seja proibida a utilização para salvar vidas. Quanto preconceito, quanto egoísmo [...]” (ADI 3510, p. 415)	“Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam.” (ADI 3510, p. 407)	*
Celso de Mello	“nos sentimos no direito de reformular o sistema porque o direito é fato, norma e valor. Alterado, radicalmente, o fato, a norma não pode deixar de sofrer alteração à luz dos valores.” (ADI 3510, p. 423)	“[A] Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao examinar o caso "Baby Boy" (Resolução nº 23/81) advertiu que a inserção, no Art. 4º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, da cláusula "em geral" tem implicações substancialmente diversas daquelas que resultariam se constasse, desse mesmo Artigo, a expressão (nele inexistente) 'desde o momento da concepção', significar,	“O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões era matéria confessional, em ordem

Ministro/a	“argumento de fundamentação moral”	“argumentos jurídicos”	“argumentos de oposição”
		portanto, como se reconheceu em referido processo (Resolução nº 23/81 - Caso 2141), que a Convenção Americana de Direitos Humanos não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção.” (ADI 3510, p. 425)	a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência) , as suas próprias convicções religiosas.” ADI 3510, p. 427)
Gilmar Mendes	“A manipulação genética, um sonho ambicioso do homo faber de controlar sua própria evolução, demonstra a necessidade de uma nova ética do agir humano, uma ética de responsabilidade. ‘O princípio responsabilidade - ensina Hans Jonas - contrapõe a tarefa mais modesta que obriga ao temor e ao respeito: conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder’. Independentemente dos conceitos e concepções religiosas e científicas a respeito do início da vida, é indubitável que existe consenso a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto, sejam regulados pelo Estado com base no princípio responsabilidade. (ADI 3510, p. 470)	“Uma análise comparativa do art. 5a da Lei nº 11.105/2005 com a legislação de outros países sobre o mesmo assunto pode demonstrar que, de fato, não se trata apenas de uma impressão inicial; a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).” (ADI 3510, p. 478)	*