

Revista Brasileira de Filosofia

Ano 61 – vol. 239 – jul.-dez. 2012

Publicação oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE FILOSOFIA

Presidente
CELSO LAFER

Coordenadores
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR
JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Editores
JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
MARCELO ESTEBAN CONIGLIO

Assistentes Editoriais
BRUNA DE BEM ESTEVES
FERNANDA SCHMIDT



Apresentação

AO LEITOR

Uma revista de filosofia, para cumprir sua função, deve ser um legítimo e livre fórum de trocas e contraposições de ideias, avaliação e comparação de diferentes perspectivas. Esse diálogo constante é percebido ao longo das diferentes edições seja por referência direta ou indireta, seja pela construção dialética contínua e imperceptível de visões de mundo que prevalecem em uma ou outra geração.

Mas o confronto direto e explícito de ideias é também fundamental para marcar diferenças e aguçar convergências, a partir das quais o debate filosófico progride, mesmo quando resgata concepções passadas. Para estimular esses encontros, a RBF inaugura, neste volume, uma nova seção, chamada “Diálogos”, na qual pretende captar discussões vivas, mesmo que ainda não acabadas, em forma de artigo, ou apenas lançadas, ou mesmo reflexões atuais sobre diálogos já travados e que mereçam reconsideração. Serão publicadas quaisquer formas de registros dessas discussões que sejam de relevo para os temas desenvolvidos na revista, tais como transcrições de discussões em palestras, arguições, breves ensaios de crítica, entrevistas e trocas de missivas.

Para inaugurar esta seção foi escolhida uma troca de correspondência na qual Francisco Puy comenta e critica texto de Tercio Sampaio Ferraz Junior sobre a tópica jurídica. Ela vem precedida por artigo selecionado de autoria de Milagros Otero que analisa as semelhanças e diferenças nas concepções da tópica jurídica presente na obra desses autores.

Dos Coordenadores

Sumário

SEÇÃO 1

FILOSOFIA JURÍDICA E SOCIAL

«A força das coisas»: o argumento naturalístico na jurisprudência constitucional, entre a impotência do legislador e a onipotência do juiz

GIOVANNI DAMELE 11

Multiculturalismo, identidad y derecho

RAFFAELE DE GIORGI 35

A comunicação do poder em Niklas Luhmann

RAFAEL SIMIONI 49

Filosofia e Constituição: da dimensão ética no direito do político

PAULO FERREIRA DA CUNHA..... 68

Judaism – Jewish Law in Kelsen

ARI MARCELO SÓLON 97

Avaliando a lei pelo que ela expressa: o fundamento moral do expressivismo jurídico

LEANDRO MARTINS ZANITELLI..... 110

Razão prática, justificação da autoridade e o dever instrumental de obedecer

FELIPE OLIVEIRA DE SOUSA 135

SEÇÃO 2

LÓGICA E FILOSOFIA DA CIÊNCIA

Teoremas de ajuste de derivabilidade e normalização em dedução natural

MARCELO ESTEBAN CONIGLIO e MARÍA INÉS CORBALÁN 171

SEÇÃO 3

DIÁLOGOS

La tópic jurídica: un diálogo entre dos maestros

MILAGROS OTERO..... 189

Topica jurídica

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR e FRANCISCO PUY 217

SEÇÃO 4

TRADUÇÕES

O problema da autoridade: revisitando a concepção da autoridade como serviço (*The problem of authority: revisiting the service conception*)

JOSEPH RAZ..... 227

Quase-verdade e mecânica quântica

NEWTON C.A. DA COSTA e OTÁVIO BUENO 269

Membros da Diretoria do IBF e da Fundação Nuce e M. Reale 285

Membros efetivos do Instituto Brasileiro de Filosofia..... 286

Membros internacionais..... 289

Normas de publicação para os autores..... 291

Publication standards for authors..... 294

ERRATA – No vol. 238, à p. 191, *onde se lê*: Dietmar von der Pfordten. Professor Catedrático da Universidade de Göttingen. Doutorando e Assistente no Departamento de Filosofia do Direito e Filosofia Social da Universidade de Göttingen. **Leia-se**: Dietmar von der Pfordten. Professor Catedrático da Universidade de Göttingen.

«A força das coisas»: o argumento naturalístico na jurisprudência constitucional, entre a impotência do legislador e a onnipotência do juiz¹

GIOVANNI DAMELE

Investigador do Instituto de Filosofia da Linguagem da
Universidade Nova de Lisboa.

Resumo: O argumento naturalístico, ou argumento da «natureza das coisas» (hipótese do «legislador impotente») ou do «senso comum», pode ser considerado um dos «argumentos jurídicos» tradicionais, utilizados pelos tribunais para justificar as decisões. Este tipo de argumento deixou de se adaptar a sociedades «pós-tradicionais» ou «multiéticas», nas quais é mais difícil individualizar univocamente, por exemplo, a «natureza» de uma instituição social. E, todavia, não faltam exemplos de recurso a este tipo de argumento em sede de interpretação jurídica. Neste artigo, limitar-nos-emos apenas a fazer algumas considerações acerca do uso do argumento naturalístico e analisaremos mais concretamente o exemplo de duas recentes sentenças dos tribunais constitucionais italiano e português.

¹ A investigação que proporcionou este artigo foi elaborada no âmbito do projecto individual «*Legal argumentation an eclectic approach*» (SFRH/BPD/68305/2010) e do projecto institucional «*Argumentation, Communication and Context*» (PTDC/FIL-FIL/110117/2009), financiados pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (Ministério da Educação e Ciência – República Portuguesa).

Palavras-chave: Retórica judicial – Argumentação jurídica – Jurisprudência constitucional.

Abstract: The «naturalistic argument», that is the argument based on the «nature of things» (hypothesis of the «powerless legislator») or on the «common sense», can be considered one of the traditional «legal arguments» used by courts when justifying their decisions. Yet, this argument appears to be less effective in post-traditional and multi-ethnic societies, in which it is increasingly difficult to obtain consensus, for example, on the «naturalness» of a social institution. However, this argument still occasionally appears in legal justifications, raising again the issue of the reasonableness of the «appeal to nature». In order to explain the characteristics of this argument, it may be interesting to analyze the justificatory function of argumentations contained in two decisions made by two constitutional courts, in Italy and in Portugal, on similar issues.

Keywords: Judicial rhetoric – Legal argumentation – Constitutional case-law.

1. O ARGUMENTO NATURALÍSTICO E A «IMPOTÊNCIA» DO LEGISLADOR

Que «a força da natureza» esteja na base de um argumento justificativo dotado de uma particular capacidade de persuasão, surge-nos como uma observação óbvia e amplamente confirmada pela experiência. Ou então, assim o foi pelo menos no passado, até ao momento em que, aparentemente, este tipo de argumento deixou de se adaptar a sociedades «pós-tradicionais» ou «multiéticas», nas quais é mais difícil individuar univocamente *um* conceito de «natureza» e de «natural» ou, em alternativa, identificar o «senso comum», a «tradição», a «consciência nacional» etc. E, todavia, não faltam exemplos recentes, até mesmo com uma certa relevância, de recurso a este tipo de argumento, inclusivamente em sede de interpretação jurídica. Neste artigo, limitar-nos-emos apenas a fazer algumas considerações acerca do uso do argumento naturalístico e analisaremos mais concretamente o exemplo de duas recentes sentenças dos tribunais constitucionais italiano e português, relativas ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.² A principal razão para esta escolha prende-se não tanto com as características jurídicas, mas

² Sobre as argumentações da sentença italiana, foi publicado por Ilenia Massa Pinto e Chiara Tripodina um artigo preciso e detalhado na secção «Studi sulle tecniche interpretative» do «Archivio di diritto e storia costituzionali» (*Sul come per la Corte Costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al casamento»*). *Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*. Para um ulterior aprofundamento da sentença italiana remete-se para este estudo exaustivo (<http://www.dircost.unito.it>).

sobretudo com a estratégia argumentativa ou, por outras palavras, retórica, levada a cabo pelos juízes. Com efeito, é de nossa convicção que este caso representa um exemplo bastante significativo do uso que podemos hoje encontrar, precisamente em processos de interpretação jurídica, deste tipo de argumento.

Prossigamos, então, gradualmente e passemos a identificar, em primeiro lugar, o objecto desta análise, ou seja, o assim chamado «argumento naturalístico». Um bom ponto de partida será a definição de Giovanni Tarello, para quem este tipo de argumento se funda numa conceção do direito de acordo com a qual a disciplina das relações sociais se encontra na sua natureza, na natureza do homem ou na natureza das coisas.³ Assim, não seria possível para o legislador, forçar esta mesma natureza, e é esta a razão pela qual este argumento é também definido como sendo «do legislador impotente», isto é, impotente para intervir na natureza de tais relações sociais, para modificar uma tradição consolidada, para contrariar o «senso comum» que supostamente identifica as características de tais relações. Trata-se aqui, em outros termos, de um tipo de argumento interpretativo, que Pierluigi Chiassoni incluiu entre as «diretivas primárias», ou seja, entre aquele tipo de «diretivas interpretativas»⁴ que fornecem ao intérprete um critério através do qual seja possível, substancialmente, atribuir a uma disposição pelo menos

³ «*Si fonda su concezioni del diritto per le quali i rapporti sociali trovano in sé stessi, nella loro natura, nella natura dell'uomo, nella natura delle cose, la loro disciplina [...] La legge che volesse "far forza" alla natura non sarebbe "vera" legge o non sarebbe "efficace"*», TARELLO, 1980: 378. Para os propósitos desta análise, preferimos ter em consideração os argumentos elencados por Giovanni Tarello e retomados por PERELMAN, 1976. Outras propostas de catalogação de «argumentos interpretativos», que mais ou menos intercetam o elenco de Tarello, poderão ser encontradas em, por exemplo, AARNIO, 1987: cap. III; CHIASSONI, 1999: cap. V; DICIOTTI, 1999: cap. IV e V; GUASTINI, 1996: parte III; LOMBARDI VALLAURI, 1981: 53 e ss.; OST; VAN DE KERCHOVE, 1989: 50 e ss.; TARUFFO in MACCORMICK-SUMMERS, 1991: 464-465. Veja-se igualmente KALINOWSKI, 1965; KLUG, 1966; TAMMELO, 1969.

⁴ CHIASSONI (2004: 72) sublinha como o uso do termo «argumento» perpetua «aquele modo de ver [...] segundo o qual, na interpretação textual das disposições, a uma fase de euresis do significado, que se dá *ex ante*», irrazoável e inalcançável, «se contraporía uma fase *ex post*, de “racionalização” ou justificação daquele significado, na qual apenas as directivas hermenêuticas jogariam, justamente, em forma de “argumentos” prestáveis». Pelo contrário, queremos sugerir que, por lado, a escolha dos argumentos, seguindo técnicas interpretativas específicas da argumentação jurídica, acontece já tendo em vista a sua capacidade justificativa e que, conseqüentemente, esta última seja assim fundamentada nessas mesmas técnicas interpretativas. Para retomar o excerto de Chiassoni, não se pretende aqui avalizar qualquer clara «distinção dicotómica [...] entre o “raciocínio decisório”, *in mente iudicis*, e o “raciocínio justificatório”». É apenas a atenção maior em relação à força persuasiva da argumentação, e portanto da sua dimensão justificativa, que nos leva a privilegiar o termo “argumento”.

um significado.⁵ Mais precisamente, o argumento naturalístico⁶ deverá ser incluído, juntamente com o argumento «moral» ou «substancialístico»,⁷ nas «diretivas primárias de interpretação de acordo com parâmetros heterónomos», a partir do momento em que redireciona o intérprete precisamente para a natureza das coisas «enquanto dotada de um evidente valor moral», tal como o argumento «substancialístico» redireciona para os parâmetros extrajurídicos de uma qualquer moral «ideal».⁸ Por outro lado, sublinha ainda Chiassoni, quando se trata da natureza de instituições ou de relações jurídicas, o argumento naturalístico «sofre uma atenuação na interpretação autoritativa-dógmatica»:⁹ iremos ver como até o próprio caso da sentença do Tribunal Constitucional se reveste destas mesmas diversas gradações, entre a interpretação naturalística e a interpretação autoritativa.

Giorgio Pino pôs em evidência a forma como o recurso a este tipo de argumento se traduz em uma «modalidade de criação de princípios implícitos», isto é, na derivação de princípios implícitos, a partir da «natureza das coisas» – de uma suposta e necessária estrutura intrínseca a certas relações ou instituições.¹⁰ Todavia, sublinha ainda Pino, há pelo menos duas formas de utilização deste argumento: como argumento produtivo e como argumento interpretativo. No primeiro caso, este pressupõe que uma determinada regulamentação jurídica deva ser extraída das características “naturais” do

⁵ «La proprietà distintiva delle direttive primarie consiste invece, come indicato sopra, nell'immediata efficienza ermeneutica della risorsa di cui l'interprete deve tenere conto: e precisamente, nel fatto che ciascuna direttiva fornisce all'interprete un criterio, sulla base del quale è possibile, in linea di principio, attribuire a una disposizione almeno un significato, sia pure parziale e/o indeterminato. Detto in altri, forse più chiari, termini: le direttive primarie sono quelle direttive che indicano agli interpreti delle risorse sulla base delle quali una disposizione può essere senz'altro tradotta in una o più norme esplicite.» (CHIASSONI, 2004: 65)

⁶ «A una disposizione si deve attribuire il significato suggerito dalla “natura” delle “cose” o del “rapporto” regolato» (CHIASSONI, 2004: 69).

⁷ «A una disposizione si deve attribuire il significato suggerito dalla dottrina etico-normativa, ovvero dalla “morale critica”, evocata dai termini valutativi in essa contenuti» (CHIASSONI, 2004: 59-60).

⁸ CHIASSONI, 2004: 67.

⁹ CHIASSONI, 2004: 69.

¹⁰ PINO, 2009: 131-158. Remete-se aqui, para além do já citado passo de Tarello, para Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 277. Pino dá aqui, precisamente, um exemplo de família «natural»: «Così, ad esempio, partendo dall'osservazione che l'istituto “famiglia” ha certe caratteristiche costanti e legate ad una presunta “funzione antropologica”, tali da essere considerate sostanzialmente “naturali” (ad es., una famiglia nascerebbe dall'unione di due persone di sesso diverso a fini procreativi), si elevano tali caratteristiche allo status di principio (implicito) fondamentale per quell'istituto, destinato ad influire sulle regole esistenti, o anche su eventuali ipotesi di riforma di quelle esistenti (proseguendo nel nostro esempio: restrizioni o divieti sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, o sull'adozione o sulla fecondazione assistita da parte di individui non coniugati, ecc.)» (p. 155).

objecto que se pretende regulamentar e que, desta forma, não pode muito simplesmente deixar de «refletir». Como já notara Tarello, este uso do argumento naturalístico surge largamente desacreditado pela ideia, amplamente difundida pela cultura moderna, de que a dedução de preceitos de simples asserções e de «normas» de simples «descrições» não está logicamente justificada.¹¹

Por sua vez, como argumento interpretativo, o argumento naturalístico consiste na atribuição de significados aos enunciados normativos alcançando as modalidades de raciocínio e as noções específicas de uma ciência descritiva (ciências naturais, ciências económicas e afins).¹² Também aqui, poderá dizer-se, existem dois sentidos em que o termo «natureza» pode ser interpretado. Por um lado, efetivamente, este tipo de argumento remete para um conhecimento e uma compreensão específicas, por exemplo, no plano técnico-científico, das características da matéria que é objeto de regulamentação jurídica. A «natureza» do fenómeno é então aqui, parece sugerir Pino, o fruto de uma descrição das suas próprias características: descrição «extrajurídica» ou, melhor dizendo, na maior parte dos casos, «científica». Deste ponto de vista, o uso do argumento parece ter uma justificação e uma dimensão produtiva, podendo até servir para conter a arbitrariedade do juiz, obrigando-o a verificar o estado atual da ciência no que diz respeito à matéria em julgamento.

Por outro lado, nem todas as «matérias objeto de regulamentação jurídica» parecem ser suscetíveis deste tipo de descrição. De acordo com Pino, é este o caso dos «fenómenos ou instituições puramente sociais ou culturais», em relação aos quais o uso jurídico do argumento naturalístico «se revela de certa forma tosco do ponto de vista epistemológico, devido ao modo desenvolto e apodítico em que são individuadas as supostas estruturas essenciais e fundamentais de certas relações sociais ou de certas instituições, de onde se extraem preceitos e princípios de conduta – que frequentemente coincidem na totalidade com as preferências éticas de quem individua tais estruturas fundamentais».¹³ Com efeito, nestes casos, o argumento naturalístico funciona como uma espécie de «escudo» (constituído por uma «suposta e não demonstrada realidade «natural», objetivamente válida e imutável»)

¹¹ TARELLO, 1980: 66. Sobre a chamada «lei de Hume», veja-se CELANO, 1994: 39. Veja-se também TARELLO, 1980:379, de acordo com o qual o argumento naturalístico foi desacreditado também «*dalla larga accettazione nella cultura moderna dell'idea che non sia logicamente giustificata la deduzione di precetti da sole asserzioni, di "norme" da sole "descrizioni"*».

¹² PINO, 2003.

¹³ PINO, 2009: 156. Remete-se também aqui para P. CHIASSONI, 2007: *Tecnica dell' interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino, p. 96.

atrás do qual se oculta uma «argumentação ético-normativa».¹⁴ Melhor ainda seria, segundo Pino, que esta substancial argumentação ética fosse explicitada. E, contudo, prossegue Pino, o recurso ao argumento naturalístico não serve apenas para ocultar argumentações francamente éticas, serve também pela força persuasiva que provoca todo e qualquer apelo ao respeito de uma suposta necessidade «natural», da ordem natural das coisas, ou ao esconjuro de um trilhar de percursos *contra naturam*.¹⁵ Enfim, trata-se de uma estratégia argumentativa dotada de «notáveis potencialidades retóricas».¹⁶ Valerá então a pena observar se (e de que forma) se desdobram estas «notáveis potencialidades retóricas».

1.1 Um exemplo: a recente sentença do Tribunal Constitucional italiano em matéria de casamento entre pessoas do mesmo sexo

No ano de 2009, o Tribunal de Veneza foi chamado a pronunciar-se sobre um processo instituído por duas pessoas do mesmo sexo contra a conservatória do registo civil («*ufficiale di stato civile*») do Município de Veneza, que recusou proceder ao registo de casamento requerido. O próprio Tribunal decidiu então levantar a questão da legitimidade constitucional, com referência aos artigos 2, 3, 29 e 117 (primeiro parágrafo) da Constituição e aos artigos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis do Código Civil «na parte em que, numa interpretação sistemática, não permitem que as pessoas de orientação homossexual possam contrair casamento com pessoas do mesmo sexo». Ao mesmo tempo, o Tribunal de Apelação de Trento deu início a um *iter* jurídico análogo, no seguimento de uma reclamação feita por dois casais homossexuais contra um decreto do Tribunal de Trento «que recusara a oposição formulada pelos reclamantes relativamente a uma disposição da conservatória do registo civil [*ufficiale di stato civile*] do Município de Trento», onde o funcionário se «recusara proceder à publicação de casamento requerida pelos oponentes», recusa essa efetivamente considerada legítima por parte do Tribunal. O caso chegou, então, às mãos do Tribunal Constitucional italiano e poderá ser aqui interessante examinar rapidamente

¹⁴ PINO, 2009: 156.

¹⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁶ PINO nota: «*Ora, l'uso interpretativo dell'argomento naturalistico è di per sé legittimo, al pari di altri argomenti retorico-persuasivi, tuttavia, esso di fatto sembra avere una funzione meramente suggestiva, in quanto nella dottrina in materia di diritti della personalità tale argomento non è mai associato (a quanto mi consta) ad alcuna seria indagine scientifica o sociologica che possa suffragare l'asserito carattere unitario della personalità (tesi questa che susciterebbe peraltro diverse perplessità, ad esempio, in sede di filosofia della mente)*» (PINO, 2003: 263-264).

os argumentos usados pelo juiz para justificar a sua própria sentença de inadmissibilidade.

Antes de mais, será oportuno sublinhar de que forma, nas suas motivações, o Tribunal Constitucional, convocando explicitamente o artigo 2 da Constituição,¹⁷ reconheceu que as uniões entre homossexuais pertencem a um tipo de «formação social», na qual se «desenvolve» a personalidade do indivíduo e que, por isso, os direitos invioláveis do homem devem ser reconhecidos e garantidos, até mesmo no seio desta «formação social» em particular. Todavia, esta formulação não pressupõe que tal reconhecimento possa ser automaticamente concretizado, equiparando as uniões homossexuais ao casamento, mas, mais concretamente, reenvia em qualquer dos casos para o legislador a tarefa de estabelecer as modalidades deste reconhecimento.

As razões que motivam esta posição surgem imediatamente a seguir, quando o Tribunal Constitucional começa, «por razões de ordem lógica»¹⁸ (que, na verdade, são razões meramente ditadas pelo conteúdo da disposição) pelo art. 29, que estabelece, no primeiro parágrafo, que «a República reconhece os direitos da família como *societade natural* fundada no casamento» (o itálico é meu), acrescentando no segundo: «o casamento baseia-se na igualdade moral e jurídica dos cônjuges, dentro dos limites estabelecidos pela lei como garante da unidade familiar». O ponto, naturalmente, é a tão debatida qualificação de «societade natural» atribuída pela Constituição italiana à família. Como meio de clarificar o seu sentido, o Tribunal parece privilegiar na primeira versão o recurso ao argumento psicológico,¹⁹ afirmando que «com tal expressão, *como se infere dos trabalhos preparatórios da Assembleia Constituinte*, pretende destacar-se o facto de a família contemplada pela norma ter direitos originários e preexistentes ao Estado e que, por isto mesmo, estes têm de ser reconhecidos»²⁰ (o itálico é meu). Como se poderá ver, entrevê-se aqui o argumento naturalístico, precisamente na versão da hipótese do «legislador impotente». E, todavia, deteta-se uma certa hesitação por parte do Tribunal no recurso a um argumento que, como já aqui acenámos, em sociedades pós-tradicionais e multiéticas se arrisca a ser pouco persuasivo. Justifica-se, assim, o recurso ao argumento psicológico, que desloca

¹⁷ Sent. 138/2010, punto 8, *Considerato in diritto*.

¹⁸ Punto 9, *Considerato in diritto*.

¹⁹ É o argumento segundo o qual «*a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico. Il fondamento di questo argomento risiede nella dottrina imperativistica della legge, nella dottrina cioè per cui la legge è un comando, rivolto dal superiore all'inferiore: il comando si manifesta in un documento, e attribuire significato al documento vuol dire risalire alla volontà di cui il documento è espressione*» (TARELLO, 1980: 364).

²⁰ Punto 9, *Considerato in diritto*.

para os legisladores constituintes o ónus da argumentação baseada sobre a inevitável força da natureza das coisas. A estratégia torna-se mais clara, com efeito, nas linhas que se seguem: depois da premissa «os conceitos de família e de casamento não podem considerar-se “cristalizados”» (aparentemente evitando assim o recurso ao argumento naturalístico), o Tribunal particulariza, contudo, que a interpretação «não pode ser estendida a ponto de incidir sobre o núcleo da norma, modificando-a de forma a incluir nela fenómenos e problemáticas que, de forma alguma, foram consideradas aquando da sua emanção».²¹ Ora, deixando por agora de parte a questão implícita de o reconhecimento de um conceito como não «cristalizado» significar de certa forma subentender que este possa vir a ser modificado, «de forma a incluir nela fenómenos e problemáticas» que entretanto surgissem, é evidente que o centro do argumento é aqui a qualificação desse «núcleo da norma», cujas características, é dito, não podem ser tocadas pela interpretação. Com este propósito, o Tribunal volta a recorrer ao argumento psicológico, ampliando o seu âmbito: «como se conclui dos já citados trabalhos preparatórios, a questão das uniões homossexuais foi deixada totalmente de fora, no debate decorrido em sede de Assembleia, apesar de a condição homossexual não ser certamente desconhecida» e ainda «os constituintes, discorrendo sobre o art. 29 da Constituição, discutiram uma instituição que tinha uma conformação precisa e uma disciplina articulada no ordenamento civil».²² Desta forma: quando decidiram falar de família, os constituintes fizeram-no pensando apenas na família heterossexual pois: a) através da expressão «natural» referem-se, em prática, a um modelo de família bem preciso, considerado pré-existente a qualquer disposição jurídica e que, portanto, poderia ser simplesmente reconhecido por esta última; b) ninguém, durante os trabalhos de redação do texto Constitucional, colocou o problema das uniões homossexuais, apesar de a existência não ignota dos homossexuais aos olhos dos legisladores constituintes (dir-se-ia que é este o entendimento do Tribunal no que diz respeito à frase «apesar de a condição homossexual não ser decerto desconhecida»); c) em qualquer dos casos, aquando da discussão sobre a família, os legisladores constituintes fizeram-no tendo em mente o já reconhecido modelo no ordenamento jurídico italiano, ou seja, no Código Civil.

Assim, a posição dos constituintes que define o «núcleo» intocável da norma parece basear-se em três elementos: o primeiro é eminentemente de tipo naturalístico, e não necessita, a este ponto, de ulteriores explicitações. O segundo baseia-se essencialmente no silêncio do legislador e na sua decisão (assumida de forma pensada e consciente) para não incluir, sob uma determinada categoria (família), um fenómeno (uniões homossexuais) que

²¹ Punto 9, *Considerato in diritto*.

²² Punto 9, *Considerato in diritto*.

não devia tampouco ignorar. O terceiro, por fim, abre caminho a um uso do argumento histórico,²³ já que «na ausência de várias referências, é inevitável concluir que estes tivessem presente a noção de casamento definida pelo Código Civil, a vigorar desde 1942, que, como foi já mencionado, estabelecia (e estabelece até agora) que os cônjuges têm de ser pessoas de sexos diferentes».²⁴ Em todos estes três casos, deveria concluir-se que aquele que foi definido como «núcleo» intocável pela norma seria a identificação da família com uma união heterossexual. Com efeito, a reforçar esta mesma qualificação acresce, por fim, o recurso ao argumento sistemático, na versão da assim chamada *sedes materiae*:²⁵

«Não será por acaso, de resto, que a Carta Constitucional, depois de ter tratado a questão do casamento, tenha considerado necessário debruçar-se sobre a questão da tutela dos filhos (art. 30), assegurando também a paridade no tratamento dos filhos nascidos fora do casamento, mesmo que compativelmente com os membros da família legítima. A justa e devida tutela, garantida aos filhos naturais, em nada diminui a relevância constitucional atribuída à família legítima e à (potencial) finalidade de procriação do casamento, que significa diferenciá-lo das uniões homossexuais».

A coerência sistemática representada pela proximidade entre o artigo relativo à família e o artigo dedicado à tutela dos filhos indicia a «relevância constitucional» atribuída à (potencial) «finalidade de procriação do casamento», «que significa diferenciá-lo das uniões homossexuais».²⁶ O casamento a que o texto constitucional se refere é, portanto, afirma por fim o Tribunal, o casamento com um entendimento no âmbito do seu «significado tradicional», com o qual, como corolário da sua argumentação, se volta a abordar superficialmente o argumento naturalístico que, tal como já vimos, permanece subentendido ao longo de todo o discurso. O «significado tradicional» é, «em última análise», aquele «significado do preceito constitucional» que «não pode ser superado pela via hermenêutica, pois não se trataria de uma simples releitura do sistema ou do abandono de uma mera

²³ É o argumento de acordo com o qual, «essendo dato un enunciato normativo, in mancanza di espresse indicazioni contrarie si deve ad esso attribuire lo stesso significato normativo che tradizionalmente veniva attribuito al precedente e preesistente enunciato normativo che disciplinava la stessa materia nella medesima organizzazione giuridica, ovvero lo stesso significato normativo che tradizionalmente veniva attribuito all'enunciato normativo contenuto in un documento capostipite di altra organizzazione» (TARELLO, 1980: 367).

²⁴ Punto 9, *Considerato in diritto*.

²⁵ «In una prima accezione, per “sistema” si intende la disposizione degli enunciati normativi che è stata prescelta dal legislatore: ad esempio la disposizione degli articoli, dei capi, dei titoli di un codice. In questa accezione di “sistema”, l’argomento sistematico altro non è che l’argomento secondo cui agli enunciati si deve dare quell’interpretazione che è suggerita dalla loro collocazione nel “sistema del codice”» (TARELLO, 1980: 376).

²⁶ Punto 9, *Considerato in diritto*.

praxis interpretativa, mas sim de um passo em direção a uma interpretação criativa». ²⁷ Daqui resulta que, assim como «as uniões homossexuais não podem ser consideradas homogêneas ao casamento», os artigos do Código Civil em questão não são inconstitucionais, nem sequer em relação ao art. 3 Const. (princípio da igualdade ²⁸), já que, dada a recentemente concluída reformulação do artigo 29, estes não dão lugar a uma «irracional discriminação» mas, pelo contrário, a uma discriminação fundada no próprio texto constitucional. ²⁹

2. O CASO PORTUGUÊS

Este recurso ao argumento naturalístico em sede de interpretação constitucional apresenta outras manifestações, para além daquela que foi já enunciada, tanto no direito do próprio Tribunal, como no direito de tribunais constitucionais de outros países. Desta forma, seria por isso interessante levar a cabo uma ampla e aprofundada investigação comparativa. Todavia, fazendo-se aqui referência a alguns apontamentos sobre o uso do argumento, teremos de nos limitar, de igual forma, a poucos exemplos. Em particular modo, vale a pena considerar o caso de Portugal, país onde se delineou uma situação em tudo análoga, mais ou menos no mesmo período. ³⁰ O Tribunal Constitucional português foi, com efeito, confrontado com a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, no seguimento de um caso judicial bastante semelhante ao caso italiano. Um casal homossexual, que viu recusada a publicação do seu casamento na 7ª Conservatória do Registo Civil de Lisboa, fez efectivamente recurso da decisão, que todavia fora confirmada tanto na primeira instância, como na relação, em conformidade com o texto dos artigos 1.577 e 1.628 (parágrafo *e*) do Código Civil. ³¹ Vale a pena começar com uma consideração sobre as argumentações, em sede de recurso

²⁷ Punto 9, *Considerato in diritto*.

²⁸ Artigo 3, Costituzione della Repubblica Italiana.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Será útil recordar, a este propósito, que em Portugal as assim chamadas «uniões de facto», mesmo entre pessoas do mesmo sexo, tinham já obtido um reconhecimento e uma tutela legal com a Lei 7 de 11 de maio de 2001 que, revogando a Lei 135 de 28 de agosto de 1999 (que, por sua vez, tutelava a união de facto, mas que a definia com uma referência explícita à diferença de sexo, isto é, como «a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de dois anos»), equiparava as uniões de facto heterossexuais às uniões homossexuais, conferindo uma tutela legal independentemente da identidade sexual dos parceiros.

³¹ Art. 1.577 («Noção de casamento»): «Casamento é o contrato celebrado *entre duas pessoas de sexo diferente* que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código» (o itálico é meu); art. 1.628 («Casamentos inexistentes»), parágrafo e): «É juridicamente inexistente [...] o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo».

de apelação, do Tribunal da Relação de Lisboa.³² Tanto neste caso, como no caso italiano, tal como seria, de resto, previsível, as argumentações de quem interpôs os recursos centravam-se principalmente na violação dos princípios contidos nos artigos 13 (princípio da igualdade),³³ 36 (família, casamento e filiação³⁴) e 67 (família³⁵) da Constituição da República Portuguesa (daqui em diante designada CRP) e das disposições do artigo 405 do Código Civil (princípio da liberdade contratual³⁶). Mais concretamente, em relação ao princípio de igualdade descrita no art. 13 CRP, foi citado explicitamente um trecho de uma sentença precedente, na qual, fazendo-se referência ao parâmetro da razoabilidade *intersubjetiva*³⁷ e ao argumento sistemático, o Tribunal Constitucional evidenciava o facto de a inconstitucionalidade de uma norma, por violação do princípio de igualdade, depender da «irrazoabilidade» das (eventuais) discriminações e da ausência de «consonância» com o sistema constitucional.³⁸ Tal como já surgira claramente na sentença do Tribunal Constitucional, este argumento pode obviamente ser utilizado com facilidade para sustentar também a posição oposta, ou seja, a constitucionalidade (por não violação do princípio de igualdade) dos dois citados artigos do

³² Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão 6284/2006-8, 15.02.2007.

³³ «1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, situação económica, condição social ou orientação sexual». Veja-se que a referência final à orientação sexual foi acrescentada em 2004 em sede de revisão Constitucional (Lei Constitucional n. 1/2004), completando assim a formulação inicial do princípio de igualdade. Este aspeto foi particularmente sublinhado pelas partes que interpuseram recurso, segundo as quais este «reforço» da formulação originária tem efectivamente apenas um significado: impedir constitucionalmente que alguns cidadãos portugueses possam ser discriminados por causa da sua orientação sexual.

³⁴ «1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.»

³⁵ «1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.»

³⁶ «1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.»

³⁷ Juízo de razoabilidade formulável em termos de igualdade: para este e para outros argumentos remete-se ainda para a secção «Tecniche interpretative della Corte Costituzionale» in *Archivio di diritto e storia costituzionali* (<http://www.dircost.unito.it>).

³⁸ «Assim, a caracterização de uma norma como inconstitucional, por violação do princípio da igualdade, depende, em última análise, da ausência de fundamento material suficiente, isto é, falta de razoabilidade e consonância com o sistema constitucional», Tribunal Constitucional, Acórdão n 309/85, cit. in Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão, ponto 8 (22^a), *Relatório*.

Código Civil português sobre o casamento: é efectivamente suficiente que a discriminação seja neste caso justificada como «razoável», ou *in se* ou porque em consonância com o «sistema constitucional» ou com toda a organização jurídica portuguesa. Todas as argumentações deslocam-se assim, tanto neste caso, como no caso italiano, para a qualificação da «razoabilidade» da discriminação em questão.

Trata-se de uma estratégia argumentativa evidentemente privilegiada em casos semelhantes, quando o ponto é a violação ou a aceitação do princípio de igualdade, face ao surgimento de novas situações que modificam o quadro das relações sociais precedentemente regulada pela organização jurídica. Será oportuno determo-nos, neste caso, numa outra sentença do Tribunal Constitucional italiano, datada de 23 de novembro de 1961 – e que posteriormente se tornou relativamente célebre – sobre o adultério feminino, outrora considerado pelo Código Civil um crime punível com um ano de reclusão (diferentemente do que acontecia com o adultério masculino). Nas motivações desta sentença, a não justificabilidade da discriminação foi rejeitada com um recurso ao argumento da coerência³⁹ e, sobretudo, com um ainda mais maciço recurso ao argumento naturalístico, na sua versão com referência ao *common sense*.⁴⁰ De acordo com o Tribunal Constitucional, o legislador penal, no estabelecimento do tratamento desigual dado ao adultério masculino e ao feminino, não se inspirara nas «suas limitadas perspectivas particulares», mas antes adaptara-se «a uma avaliação do ambiente social que, na sua generalidade, havia também influenciado outras partes da organização jurídica». E, precisamente, no comentário ao artigo 29 da Constituição, sublinhava-se de que forma a qualificação de «natural», atribuída à família no primeiro parágrafo, «se não possui um conteúdo jurídico preciso, tem certamente implícita uma referência e o reconhecimento do conceito de família tradicional, *que até hoje vive na consciência do povo*» (o itálico é meu), sem, no entanto, obviamente, se demorar na justificação, com dados, da verdadeira «sobrevivência» na «consciência do povo» desse

³⁹ Argumento da coerência horizontal interlegislativo: «*Del resto, nel disporre un siffatto trattamento, il legislatore penale, lungi dall'ispirarsi a sue limitati particolari vedute, non ha fatto che adeguarsi a una valutazione dell'ambiente sociale che, per la sua generalità, ha influenzato anche altre parti dell'ordinamento giuridico; come può chiaramente desumersi, tra l'altro, dall'art. 151 del Codice civile, il quale per l'adulterio della moglie consente l'azione di separazione in ogni caso, mentre per l'adulterio del marito la subordina alla condizione che il fatto costituisca una ingiuria grave a danno della moglie*» (Tribunal Constitucional, Sentença 64/1961, ponto 3, *Considerato in diritto*). Através deste, vale a pena assinalar, o Tribunal Constitucional fazia referência à coerência do artigo em questão do Código Civil (o 559) com uma outra norma do mesmo Código Civil (também esta precedente à entrada em vigor da Constituição republicana), cuja constitucionalidade, também neste caso, à luz do mesmo art. 3 da Constituição, não era óbvia.

⁴⁰ Ponto 4, *Considerato in diritto*.

«tradicional conceito de família».⁴¹ À luz de todas estas informações, esta mesma discriminação deveria ter sido considerada como justificada e, por isso, não inconstitucional ao abrigo do artigo 3 (princípio de igualdade).

Em todo o caso, uma estratégia análoga é reconhecível nas motivações do Tribunal da Relação de Lisboa (e também, tal como se verá, nas motivações do Tribunal Constitucional): uma estratégia focada na apresentação de uma discriminação em concreto como justificada (excluindo assim todas as violações do princípio de igualdade). Neste caso, o recurso ao argumento naturalístico assume contornos mais ancilares, mesmo em relação à sentença do Tribunal Constitucional italiano sobre o casamento homossexual, e decerto menos invasivos em relação à sentença do Tribunal Constitucional italiano sobre o adultério feminino. Mais concretamente, este limita-se, *grosso modo*, à citação de um trecho da autoria de Jorge Miranda e de Rui Medeiros, onde se sublinha que o casamento não é garantido pela Constituição como uma realidade abstrata, completamente manipulável e susceptível de uma conformação flexível por parte da lei, deixando entrever assim que um semelhante «núcleo essencial» deva ser isolado, ou através de uma interpretação de tipo histórico-cultural (ligada à cultura jurídica do país), ou através da identificação de algumas características «naturais» próprias das instituições em questão.⁴² Em todo o caso, ao recusar o recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa sustentava a sua própria argumentação, sobretudo em considerações de ordem sistemática, revelando assim que, se por um lado, o artigo 36 CRP não encerrava em si normas «fechadas», remetendo assim para o legislador ordinário a tarefa de regulamentação tanto dos requisitos, como dos efeitos do casamento,⁴³ por outro era necessário evidenciar a forma como o legislador constitucional, ao fazer a distinção entre «família» e «casamento» (o artigo 36 CRP menciona precisamente a «família, casamento e filiação»), tinha «revelado implicitamente [*sic*] não desconhecer as coordenadas fundamentais do casamento dentro do ordenamento jurídico português, entre as quais deveria estar incluída, precisamente, a diferença de sexo entre os cônjuges, descrita nos artigos 1577 e 1628 do Código Civil».⁴⁴

⁴¹ Punto 4, *Considerato in diritto*.

⁴² «O casamento não é, pois, garantido como uma realidade abstracta, completamente manipulável pelo legislador e susceptível de livre conformação pela lei. Pelo contrário, como é próprio de uma garantia institucional, não faz sentido que a Constituição conceda o direito a contrair casamento e, ao mesmo tempo, permita à lei ordinária suprimir ou desfigurar o seu núcleo essencial» (MIRANDA; MEDEIROS, 2007: 397).

⁴³ «O artigo 36º da Constituição da República Portuguesa não contém normas fechadas, remetendo para o legislador ordinário a regulamentação dos requisitos e efeitos do casamento e até a sua forma de celebração». (Acórdão 6284/2006-8, IV).

⁴⁴ «Ao autonomizar o casamento [...] o legislador constitucional *revelou implicitamente* não ignorar as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa.