

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 195
julho/setembro – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Unões homoafetivas

Uma análise dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.277/DF

Fabio Queiroz Pereira

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. O neoconstitucionalismo como premissa para a argumentação. 3. O recurso aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. 4. A existência de lacuna e o recurso à analogia. 5. Sínteses conclusivas.

1. Aspectos introdutórios

Os valores e costumes que caracterizam uma sociedade são dotados de uma dinâmica específica marcada pela ocorrência de constantes mudanças. Assim, o que ontem era visto como certo, adequado, ou mesmo padrão, passa a ser analisado em uma ótica diversa, não revelando consonância com o paradigma temporal anterior. Diante desse significativo processo de transformação, verifica-se que é exigida de nossa ordem jurídica a tomada de inéditos posicionamentos, com o oferecimento de respostas para as contingências que advêm de uma nova conjuntura social.

Como reflexo desse processo evolutivo, contemporaneamente se apresentam as questões relativas à tutela dos interesses e direitos dos homossexuais. A progressiva superação do modelo tradicional de família, que tinha por cerne valores culturais e religiosos arraigados em nossa sociedade, aliada ao reconhecimento de uma dignidade humana, deu espaço para a busca de

Fabio Queiroz Pereira é Advogado e Consultor em Belo Horizonte. Doutorando em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra - Portugal. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. É Professor de Direito Civil na Faculdade IBMEC-MG e na Faculdade de Direito Milton Campos.

novos direitos que contemplassem as minorias discriminadas em decorrência de sua orientação sexual. Em razão de um repúdio de ordem moral comumente destinado às relações homoafetivas, fez-se necessária a procura de mecanismos jurídicos de salvaguarda e realização da plena igualdade¹.

Nesse contexto, o reconhecimento de uma tutela jurídica às uniões compostas por pessoas do mesmo sexo tornou-se, recentemente, questão de intenso debate em nossos tribunais. Repercussões no âmbito do direito de família, embates no campo do direito previdenciário e até mesmo questões adstritas ao direito criminal foram objetos de interpretação dissonante por magistrados de todo o país e impelem à busca de uma posição uniformizadora em prol da segurança jurídica.

Assim, as diferentes formas de expressão da sexualidade, como um dos reflexos do direito à liberdade emanado do texto constitucional, levaram de forma inafastável a uma ponderação acerca da garantia de proteção de direitos daqueles que têm orientação sexual diversa da maioria da população. A discussão ganhou, por consequência, contornos constitucionais. Nesse sentido, assevera a Maria Berenice Dias (2010, p. 194):

“Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal de um indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. Diante das garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em

suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual”.

A questão chegou até o Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF.

A primeira demanda teve como arguente o Governador do Estado do Rio de Janeiro e objetivava descartar qualquer intelecção que fosse óbice a uma tutela jurídica igualitária dos servidores públicos do estado, independentemente de orientação sexual. Desse modo, pleiteava-se interpretação conforme à Constituição de alguns dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, intentando estender aos servidores homossexuais os direitos e deveres anteriormente só reconhecidos aos heterossexuais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, por sua vez, foi proposta pela Procuradoria Geral da República, tinha por objeto central interpretação conforme à Constituição, do artigo 1.723 do Código Civil (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família”), reconhecendo como entidade familiar as uniões homoafetivas e estendendo, por conseguinte, os mesmos direitos e deveres relativos às uniões estáveis heterossexuais.

Em razão até mesmo de pedido subsidiário, o Ministro Carlos Ayres Britto conheceu da ADPF como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Além disso, como os temas abordados nos dois litígios eram similares, os pleitos verificados na ADPF foram subsumidos à ADI, em razão de seu regime jurídico mais amplo. A ação passou, assim, a ter por objeto central a interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil, buscando-se estender a sua aplicação às uniões homoafetivas.

Assim, em julgamento histórico, o pleno do Supremo Tribunal Federal, por

¹ Nesse ponto, Rodrigo da Cunha Pereira (2000, p. 41) afirma: “Interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania”.

unanimidade, deu provimento aos pleitos formulados, aplicando-se às uniões homoafetivas as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. A decisão foi dotada de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, orientando os demais tribunais a julgarem no mesmo sentido interpretativo. Sedimentou-se, por consequência, a compreensão pela legitimidade das uniões homoafetivas, tendo por apoio a reconhecida inércia do Poder Legislativo e a busca pela concretização dos valores emanados da dignidade, da igualdade e da liberdade.

Apesar de o resultado ter sido unânime, constata-se que foram diversos os caminhos argumentativos para se chegar à aplicação do regime jurídico da união estável aos casais compostos por pessoas de mesmo sexo. Alguns elementos perfilham a totalidade dos votos, tais como a identificação da inércia do Legislativo, a necessidade de se reconhecer direitos fundamentais às minorias ou o reconhecimento do direito à felicidade. Contudo, as principais bases de fundamentação seguiram premissas variadas: ora aliadas à necessária interpretação conforme à Constituição, notadamente, apoiando-se na principiologia emanada do seu texto; ora adstritas à existência de uma lacuna normativa a ser preenchida por meio de recurso à analogia.

Essa constatação sobreleva a importância da teoria da argumentação no Direito contemporâneo. Ao magistrado não é aberta a possibilidade de julgar sem apresentar os motivos que o convenceram daquela tomada de decisão. Ao apreciar uma questão, é inevitável que um juiz realize valorações, devendo, por outro lado, utilizar-se do recurso a uma fundamentação racional, que busque dar os contornos justificadores para a resolução do caso concreto². Nesse

² Margarida Lacombe Camargo (2003, p. 257) afirma o seguinte: “Sustentamos que a racionalidade característica do pensamento jurídico envolve hermenêutica (compreensão), a argumentação e a interpretação. Primeiro, a apresentação do problema motiva a interpretação, o que significa que uma solução legal deverá ser dada, e, com isso, instaura-

contexto, apoiando-se em um julgado do Tribunal Constitucional Alemão, Robert Alexy (2005, p. 53) aduz:

“A tarefa do aplicador do Direito pode exigir, em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegaram a ser expressas nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade”.

Desse modo, importa adentrar os argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.277/DF. O presente trabalho tem, assim, por objetivo a análise dos fundamentos trazidos à ponderação, bem como a tentativa de verificar o caminho interpretativo mais consentâneo com a moderna teoria da argumentação jurídica. A aludida apreciação deve ser, contudo, antecipada por uma breve exposição acerca do neoconstitucionalismo, pois foi o referido fenômeno jurídico o alicerce para a formulação das profundas intelecções presentes no julgamento do caso das uniões homoafetivas.

se o fenômeno jurídico que é experimentado pelo intérprete. Em função desse problema, o intérprete raciocina juridicamente, o que significa dizer que ele domina a dogmática jurídica: lei, doutrina e jurisprudência. Por outro lado, o intérprete encontra-se inserido e faz parte de uma determinada tradição que lhe informa os valores e as condições em pauta, como pré-compreensão do problema. Daí, a partir do que podemos chamar de um projeto inicial, o intérprete indaga sobre as várias significações possíveis do problema, através de argumentos que constrói, para, finalmente assumir uma posição, isto é, decidir”.

2. O neoconstitucionalismo como premissa para a argumentação

A atuação do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da possibilidade de aplicação do regime da união estável, previsto no Código Civil, às uniões entre pessoas de mesmo sexo revela-se como uma nova perspectiva teórica, fruto do denominado neoconstitucionalismo³. Não há dúvidas de que o Estado deve empreender esforços no sentido de oferecer o reconhecimento de categorias denominadas como minorias. Contudo, esse exercício só se efetiva, saindo do plano meramente político, quando se passa a compreender a possibilidade de realizar a Constituição por meio de um controle de viés positivo, exercido pelo Poder Judiciário. Nesse contexto são as palavras de Luís Roberto Barroso (2005, p. 17):

“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional de status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização das suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”.

³ Acerca do neoconstitucionalismo, Carlos Bernal Pulido (2007, p. 301) faz uma importante observação acerca da compreensão de seu conceito: “este concepto se ha usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y de otro, para enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí”.

Assim, o neoconstitucionalismo revelou-se como premissa para que juízos interpretativos, como o operado no caso em análise, se fizessem possíveis no plano fático. O marco filosófico para o seu desenvolvimento é identificado com o conjunto de ponderações teóricas habitualmente correlacionadas ao pós-positivismo. Por meio de variadas intelecções, observa-se uma tentativa de superar a legalidade estrita, sem abrir mão do direito posto. A esse aspecto, soma-se, ainda, uma leitura moral do Direito, sem recursos às categorias metafísicas (BARROSO, 2005, p. 16).

O neoconstitucionalismo, como marco teórico de superação do positivismo jurídico, propõe um modelo argumentativo de relações entre a Constituição e a legislação ordinária. O texto constitucional é onipresente e os direitos fundamentais estão irradiados por todo o ordenamento. Observa-se, portanto, um afastamento do modelo geográfico em que se traçavam limites claros do que fosse espaço de atuação das normas legais e do que fosse campo de controle por parte de normas constitucionais. Há, assim, um constante diálogo entre as normas, possibilitando a salvaguarda de direitos assentada em valores constitucionais⁴.

Observa-se, ainda, por intermédio do aludido fenômeno jurídico, a superação do modelo positivista, que estava adstrito apenas ao controle negativo puro, marcado pela declaração de inconstitucionalidade somente quando violada a semântica dos dispositivos encontrados no texto da Cons-

⁴ Luís Roberto Barroso (2005, p. 21) acentua as diferenças com relação aos papéis das normas jurídicas na perspectiva do neoconstitucionalismo: “Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim, quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente”.

tuição. Assim, o seu conteúdo passa a não se esgotar no significado de seus termos, pois a sua natureza é axiológica.

Aos juízes, principalmente aos Tribunais Constitucionais, é dada a função de controle negativo-positivo: declaração de inconstitucionalidade e maximização dos mandamentos constitucionais. Trata-se de uma atuação que pugna pela realização dos valores constitucionais no plano prático, ensejando a realização da justiça, frente à comum inércia do Poder Legislativo. Gilmar Mendes, Ministro do STF, em seu voto na ADI nº 4.277/DF, reconhece tal característica como marca essencial do constitucionalismo moderno:

“Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional”⁵.

A garantia de concretização dos valores constitucionais no plano prático é repassada então ao Poder Judiciário. Como sua função está adstrita à interpretação e aplicação do direito aos casos concretos, demonstra-se demasiado importante que seja tomado um posicionamento de “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” (BARROSO, 2005, p. 21). Os magistrados, principalmente os

juizadores das Cortes Constitucionais, passam a desempenhar um papel de garante da efetivação dos valores elencados no corpo do texto da Constituição.

Outro ponto a ser destacado é a adoção de uma teoria externa dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo permitiu uma maior apreensão dos direitos fundamentais, que agora abarcam não só o que a Constituição diz expressamente, mas também sua zona de incerteza. Não se trata mais de perquirir o que está proclamado de maneira candente no texto constitucional, reduzindo-se o exercício interpretativo ao mecanismo de subsunção. Cabe, contrariamente, a busca por soluções que perpassam pela ponderação de princípios, deixando de lado a interpretação estrita e abrindo espaço para juízos que congreguem a integralidade do sistema jurídico.

Como se pode notar, as características que o neoconstitucionalismo imprimiu na ordem jurídica revelam-se essenciais para o desenvolvimento de um controle que pugne pela verdadeira realização da justiça. A compreensão da carga axiológica contida no texto constitucional alia-se à necessidade de serem realizados os mencionados valores constitucionais no âmbito da prática jurídica. Não se está mais diante de meros indicativos políticos, mas sim de mandamentos que deverão ser concretizados por todos os operadores do Direito, incluindo, aqui, os magistrados.

3. O recurso aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais

Em seu voto, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto apoiou-se essencialmente em argumentos de ordem principiológica para reconhecer a aplicação do regime do artigo 1.723, do Código Civil, às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Desse modo, para dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo assinalado, fez-se recurso a princípios como a igualdade, a liberdade, a

⁵ Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 4.277/DF.

dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica entre outros. Para o referido julgador, as disposições da codificação civil têm que ser lidas em consonância com toda a principiologia que emana do texto constitucional.

As referidas ilações são produto do reconhecimento da força normativa dos princípios e da constatação de sua irradiação por todo o sistema jurídico. Não há mais que se pensar o Direito por meio de regras taxativas, mas sim tendo por base uma axiologia consagrada pela nossa Constituição. As bases e fundamentos do sistema deslocam seu eixo, passando a ser encontrados nos princípios expressos ou deduzidos do texto constitucional. Nesse contexto, são as palavras Luís Roberto Barroso (2005, p. 22):

“O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões as quais incidem. Também, aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance”.

Assim, no caso em análise, deu-se por justificada a interpretação conforme, tendo por base os princípios emanados do texto constitucional. As uniões homoafetivas revelam-se como corolários da liberda-

de para seguir a orientação sexual que cada indivíduo achar mais adequada. O tratamento dado às uniões estáveis heterossexuais deve ser estendido aos casais de mesmo sexo, em razão da igualdade que deve permear todo o ordenamento jurídico. O reconhecimento de direitos aos pares homoafetivos leva à concretude a máxima da dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República. Além disso, outros princípios – como a privacidade, a intimidade, a razoabilidade ou a proporcionalidade – também são chamados a ampliar a discussão e justificar a opção tomada pelo julgador.

Desse modo, não se fez uma interpretação levando em consideração somente a literalidade dos dispositivos que tratam da família no texto constitucional. Consta-se que o artigo 226, § 3º da Constituição⁶ é fonte inspiradora para o dispositivo do Código Civil em questionamento. Contudo, a leitura da legislação ordinária não pode ser realizada tomando por base somente um dispositivo constitucional. Contrariamente, exige-se do intérprete que esteja adstrito à integralidade do conteúdo da Constituição, incluindo aqui toda a principiologia que a inspira.

Deve-se acrescentar, ainda, o argumento de que os dispositivos da Constituição e do Código Civil que versam sobre a união estável, ao fazerem expressa menção à diversidade de gêneros, têm por teleologia a necessária proteção da figura da mulher. Não se trata aqui de uma proibição taxativa à concepção das uniões homoafetivas como entidades familiares, mas sim uma expressa alusão à mulher em razão das desigualdades sofridas ao longo de todo o processo histórico vivenciado em nosso país. Não há principiologia constitucional que dê guarida à discriminação e precon-

⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º – 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.

ceito em razão de distinta orientação sexual, não podendo ser feita uma leitura apartada do artigo 226, § 3º, da Constituição da República. Necessário se faz que o exercício interpretativo seja realizado tendo por base todo o sistema delineado em nosso texto constitucional.

Inegável que a discussão perpassa também os direitos fundamentais. Essa categoria de direitos, independentemente de sua formulação, tem a natureza de princípio e materializa verdadeiro mandamento de otimização (ALEXY, 2008, p. 575). Trata-se, em verdade, da institucionalização dos basilares direitos do homem, reconhecidos em uma determinada ordem jurídica. A positivação desses direitos no corpo de uma Constituição oferece uma tutela jurídica objetiva à integralidade dos indivíduos. Nesse sentido, assevera Carlos Bernal Pulido (2007, p. 304):

“La idea de que los derechos fundamentales son principios que se aplican mediante la ponderación parte del reconocimiento de la positividad de los derechos fundamentales en toda su entidad. Los principios de derecho positivo. Ellos valen como normas jurídicas bajo las condiciones de cada sistema jurídico. Las disposiciones de los derechos fundamentales son el elemento principal de la estructura de estos derechos. Ellas delimitan su contenido. La institucionalización en las disposiciones constitucionales atribuye a los derechos fundamentales una existencia en el mundo jurídico, que es independiente y tiene prioridad sobre su fundamentación moral”.

Acrescenta-se, ainda, que o voto do Relator – bem como os dos Ministros que o acompanharam na íntegra – não fez recurso à analogia, por não compreender a existência de uma lacuna. Segundo esses magistrados, a decisão de reconhecer a interpretação – conforme à Constituição – do artigo 1.723 do Código Civil baseia-se em

uma interpretação sistemática do dispositivo e do texto constitucional que supera a literalidade existente. Nesse ponto, são esclarecedoras as palavras do Ministro Relator, Carlos Ayres Britto:

“Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação”⁷.

A não existência de lacunas e a interpretação baseada nos princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade são a base argumentativa do voto apresentado. Desse modo, a justificação construída pelos aludidos Ministros em seus votos está centrada em elementos principiológicos de caráter sistêmico. Os direitos fundamentais e seu reconhecimento como princípios levam a que o artigo 1.723 seja interpretado em também salvaguarda das uniões homoafetivas.

Por fim, pode-se verificar, a partir dos votos apresentados em consonância com a fundamentação do Relator, a utilização do denominado argumento *a contrario sensu*. Como não há disposição que vede a existência das referidas entidades familiares, concluiu-se pela sua proteção. Segundo Thomas da Rosa de Bustamante (2007, p. 259),

“o argumento *a contrario*, diferentemente da analogia, somente tem lugar quando o operador do direito, após interpretar os enunciados normativos em tese aplicáveis a um caso concreto, conclui que esse caso não configura uma lacuna jurídica, haja vista que a sua falta de regulamen-

⁷ Excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI nº 4.277/DF.

tação expressa pelo legislador tem o significado de uma previsão de consequências normativas antagônicas àquelas estipuladas pela norma jurídica derivada da interpretação do dispositivo legal em questão”.

Vê-se que o fundamento apresentado pelos Ministros preenche os contornos da argumentação *a contrario sensu*. A aplicação da regra de que o que não está proibido está permitido é flagrante exemplo de sua utilização. Não haveria lacuna para esses julgadores, mas sim um dispositivo que expressamente alude a casais heterossexuais e que deve ser estendido aos pares homoafetivos, em razão da integralidade do sistema de normas e princípios encontrados em nosso texto constitucional. Esses foram os caminhos argumentativos percorridos pelos julgadores que seguiram as justificativas apresentadas no voto do Relator, conferindo a interpretação conforme ao dispositivo do Código Civil.

4. A existência de lacuna e o recurso à analogia

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso apresentaram como fundamentos de suas decisões argumentos de ordem diversa dos oferecidos pelos demais Ministros, incluindo-se aqui o Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Verifica-se, assim, que, apesar de a decisão ter sido unânime, os caminhos percorridos por cada um dos magistrados, no âmbito da interpretação e justificação, apresentaram contornos dotados de elementos e aspectos teóricos particulares.

Um primeiro ponto a demarcar a divergência com os demais julgadores centrou-se no uso da interpretação conforme à Constituição. Como o artigo do Código Civil é praticamente uma repetição da disposição encontrada no texto constitucional não parecia haver espaço para realização de interpretação conforme à Constituição. Vejamos, novamente, os dois dispositivos:

“Código Civil – Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

(...)

§ 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”.

Uma interpretação conforme à Constituição, que levasse à aplicação do artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas, materializaria, em verdade, uma alteração radical na própria concepção original do texto normativo. Estar-se-ia realizando um exercício hermenêutico que afrontaria a literalidade dos dispositivos legais de ordem ordinária e de ordem constitucional. O Ministro Gilmar Mendes, nesse ponto, chega a afirmar que “o único argumento forte a justificar a interpretação conforme à Constituição, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento das uniões homoafetivas”⁸.

A principal divergência com relação à fundamentação materializou-se, entretanto, na identificação pelos mencionados Ministros de uma lacuna normativa de caráter axiológico, a ser colmatada por meio do emprego da analogia⁹.

⁸ Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 4.277/DF.

⁹ Nesse ponto, acerca do conceito de lacuna, Karl Engisch (1996, p. 276) assim dispõe: “As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam ou admitem a sua remoção através de uma decisão judicial jurídico integradora. As lacunas

Segundo os referidos magistrados, a Constituição da República, ao tratar da família em seu artigo 226, não faz uma previsão taxativa dos tipos de entidades familiares, sendo possível o reconhecimento de outras categorias. Como a união homoafetiva não se enquadra de maneira ortodoxa nas tipologias previstas pelo Código Civil e pela Constituição, é possível reconhecer uma nova entidade familiar e pugnar pela sua imediata proteção, pelo fato de estarem em jogo questões relativas a direitos fundamentais. Nesse sentido, são as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, no voto apresentado na ADI nº 4.277/DF:

“Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia”¹⁰.

Assim, a norma prevista no artigo 1.723, da maneira como está posta em nosso Código Civil, obsta a interpretação expansiva que alcance as uniões homoafetivas. O nosso texto constitucional, contudo, é aberto e permite, por consequência, a identificação de uma lacuna passível de preenchimento por meio da analogia. Como se demonstra de todo possível transplantar o regramento das uniões estáveis heterossexuais aos casais homoafetivos, deve-se pugnar por sua aplicação analógica, conforme explicado acima.

Comumente, julgados anteriores de diversos tribunais brasileiros aplicavam também a analogia para reconhecer algu-

aparecem, portanto, quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dão uma resposta imediata a uma questão jurídica”.

¹⁰ Excerto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI nº 4.277/DF.

mas repercussões emanadas das uniões homoafetivas. Esse exercício interpretativo-argumentativo dava-se, entretanto, tendo por base paradigmática a configuração de uma sociedade de fato, conforme previsão do artigo 1.363, do Código Civil de 1916. O aludido método hermenêutico perdeu força, principalmente, em razão do tratamento empresarial e obrigacional dedicado a essas sociedades, não consentâneo com o necessário regramento de pessoalidade que deve ser dedicado às uniões homoafetivas.

Assim, as regras mais próximas e, por consequência, mais adequadas a preencher a lacuna existente, seriam as normas que disciplinam a união estável entre casais formados por um homem e uma mulher. Nesse sentido, são as palavras do Ministro Cezar Peluso, no julgamento em exame:

“Há uma lacuna normativa, a qual precisa ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual, entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. [...] De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher”¹¹.

Vê-se, assim, que o recurso à analogia foi a base argumentativa dos votos que apresentaram fundamentação dissonante das digressões apresentadas pelo Ministro Relator. No presente caso, as justificativas foram diversas, mas chegaram a resultados

¹¹ Excerto do voto do Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADI nº 4.277/DF.

assemelhados, principalmente em razão do teor da matéria discutida. O reconhecimento de direitos e deveres emanados das uniões entre pessoas do mesmo sexo fazia-se necessário, devendo o Poder Judiciário atuar, seja preenchendo lacunas, interpretando por meio de princípios ou utilizando-se do argumento a contrario sensu. A correção da situação de alheamento da qual padecia uma minoria precisava ser realizada, e a força dos argumentos fez-se, mais uma vez, necessária para fundamentar a tomada de decisão de nosso Tribunal Constitucional¹².

5. Sínteses conclusivas

As uniões homoafetivas apresentam-se como uma realidade inafastável, exigindo um posicionamento do ordenamento jurídico com relação a sua salvaguarda e regulamentação. Em decorrência da inércia do Poder Legislativo em conferir necessária proteção a uma categoria minoritária, coube ao Judiciário concretizar o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. A atuação dos magistrados, no caso apresentado, é reflexo de uma nova perspectiva teórico-prática, que enseja a plena realização dos ditames encontrados na Constituição. O neoconstitucionalismo revela-se, assim, como premissa para que se possa pensar na realização dos direitos

fundamentais repercutindo por todo o sistema jurídico.

O Relator da ADI nº 4.277 apresentou sua fundamentação tendo por elementos balizadores as exigências impostas pela principiologia verificada no texto constitucional e o fundamento de que o que não é proibido pelo ordenamento, é permitido aos indivíduos. Assim, diante da não existência de óbices legais às uniões homoafetivas, coube ao Poder Judiciário dar interpretação conforme à Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, estendendo seus efeitos para as hipóteses em que se materializa a união entre pessoas do mesmo sexo. Deve-se assinalar que, no caso apresentado, não se demonstrou necessário nem mesmo falar em ponderação de princípios, visto que o reconhecimento e a regulamentação da união civil homoafetiva não traz qualquer prejuízo a nenhum princípio constitucional. A liberdade expressa por meio de uma orientação sexual não leva a nenhum contraste principiológico a ensejar a escolha de um princípio mais importante. Trata-se, em verdade, apenas de reconhecer a aplicação dos direitos fundamentais a uma minoria social.

Como asseverado, as argumentações seguiram caminhos diversos. Os juízos apresentados pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso revelam-se mais consentâneos com a realidade dos fatos e do Direito. A existência de uma lacuna normativa parece ser um argumento inafastável. Diante da clareza do texto constitucional a interpretação conforme cede espaço para a efetivação de direitos fundamentais por meio de recurso à analogia. Como as uniões homoafetivas revelavam-se carentes de regulamentação e como se estava diante de primados envolvendo a personalidade e a liberdade dos indivíduos, fez-se necessária a utilização do raciocínio analógico para aplicar o regramento das uniões estáveis heterossexuais aos pares homoafetivos. A opção pelo argumento de existência de

¹² Nesse ponto, demonstra relevo a construção teórica de Häberle, apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI nº 4.277: “O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo. Na res publica existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor”.

lacuna e preenchimento por meio de exercício interpretativo analógico parece ser, portanto, o caminho mais correto.

Por fim, deve ser assinalado que esse julgamento acabou por gerar um precedente judicial a ser aplicado aos casos análogos, em trâmite nos demais tribunais do país. Assim, surge uma nova força argumentativa materializada na eficácia vinculante advinda do julgamento daquela Ação Direta de Inconstitucionalidade. Seus reflexos já podem ser sentidos na realidade jurídica brasileira, havendo, inclusive, julgados reconhecendo a possibilidade de casamento entre homossexuais. Constata-se, assim, a relevância da argumentação jurídica revela contemporaneamente, devendo sempre se verificar uma fundamentação pautada na lógica e nos valores emanados de nosso texto constitucional.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Interesse Público, Porto Alegre, ano 7, n. 33, set./out. 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Analogia jurídica e argumento a contrario: um caso típico de argumentação por princípios: uma explicação a partir de uma controvérsia sobre a aplicação do artigo 1.122 do Código de processo civil brasileiro. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 29, 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Maria Benenice. Manual de direito das famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A sexualidade vista pelos tribunais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.