

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ALINE DOS SANTOS LATROFE

**OS PARADIGMAS MODERNOS DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA NOVA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Estudo do reconhecimento da União Homoafetiva como exemplo
do Direito Civil Constitucional

São Paulo - SP

2013

ALINE DOS SANTOS LATROFE

**OS PARADIGMAS MODERNOS DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA NOVA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Estudo do reconhecimento da União Homoafetiva como exemplo
de Direito Civil Constitucional

Trabalho de Conclusão de Curso exigido
como requisito obrigatório para a
obtenção do título de Especialista em
Direito Constitucional pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo.

São Paulo – SP

2013

ALINE DOS SANTOS LATROFE

**OS PARADIGMAS MODERNOS DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA NOVA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Estudo do reconhecimento da União Homoafetiva como exemplo
de Direito Civil Constitucional

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelo orientador:

Prof. Dr. PEDRO BUCK AVELINO

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo (SP)

São Paulo, 28 de junho de 2013

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho àqueles que, para preservar sua intimidade e – é com pesar que afirmo isso – sua integridade física, abraçaram a invisibilidade como parte da vida.

Gostaria que soubessem que existe uma classe de juristas – professores, magistrados, promotores, defensores e advogados – que empunham o direito como arma de batalha e lutam diariamente por um mundo mais justo e tolerante.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Pedro Buck Avelino, pela atenção dispendida na realização deste trabalho e, principalmente, por dividir todo seu conhecimento durante o curso de especialização em Direito Constitucional. Esse conhecimento contribuiu em muito para meu desenvolvimento profissional e pessoal.

Agradeço também a todos os meus queridos amigos que com os mais diferentes credos, orientações, formas de vida, profissões, classes sociais e formações expuseram seus medos, opiniões, anseios e teorias sobre o assunto. Todos vocês, inclusive os contrários, são ricos colaboradores do pensamento que aqui defendo.

“When I was in the military they gave me a medal for killing two men and a discharge for loving one”¹

(TSgt. Leonard P. Matlovich)

“A Constituição não se configura, portanto, apenas na expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que um simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.”

*(Konrad Hesse – A Força Normativa da
Constituição)*

¹ Fala atribuída ao TSgt. Leonard P. Matlovich, Veterano da Guerra do Vietnã, referindo-se a sua expulsão do exército em outubro de 1975. Durante esse processo, Matlovich foi capa da revista *Time* (edição de setembro de 1975), em que assumia publicamente sua homossexualidade. A frase foi extraída do site <http://www.stop-homophobia.com/aherosgrave.htm> em 08 de maio de 2013.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a fazer um estudo do que se denomina atualmente de Direito Civil Constitucional, bem como dos mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que viabilizam sua efetiva aplicação. Para tanto, será utilizado como paradigma o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, que reconheceu a União Homoafetiva como uma das modalidades de entidade familiar e de união estável. Essa análise tem como objetivo demonstrar o fim da divisão clássica entre o direito público e o direito privado, o papel relevante dos direitos fundamentais nesse processo e os institutos jurídicos utilizados para a interseção desses dois ramos. O desenvolvimento se apoiará sobre a mudança de perspectiva no modo de pensar o direito civil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de incidência direta das normas constitucionais nas relações entre particulares e as estruturas adotadas pelos Ministros do Supremo Tribunal em sua decisão que são resultado dessa transformação. Por fim, a conclusão apontará os benefícios dessa nova mentalidade e a forma como esta atende aos anseios sociais.

Palavras-chave: Direito Civil Constitucional. Direitos Fundamentais. União Homoafetiva.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to develop a study of what nowadays is referred to as Civil Constitutional Law, as well as the existing mechanisms within the Brazilian law system that allow its effectiveness. To achieve such goal, the Federal Supreme Court judgment on the lawsuit for breach of fundamental precept #132, which recognized the same-sex unions as one type of the legally overseen family entities, will be used as a paradigm. One of the objectives of such analysis is to demonstrate the end of the classical legal division between Public Law and Private Law, the relevant role of the fundamental rights in this process, and the legal institutes used as an intersection between these two branches. The development will support itself on the change of perspective of Civil Law after the promulgation of the Federal Constitution of 1988, the possibility of direct effect of constitutional rules on private relations, and the structures adopted by the Federal Supreme Court in its decision that are results of such transformation. Finally, the conclusion will point out the benefits of this new mentality, and the form it reaches out to social needs.

Keywords: Civil Constitutional Law, Fundamental Rights, Same-Sex Unions.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	DO POSITIVISMO AO NOVO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL E A MITIGAÇÃO DA DIVISÃO DIREITO PÚBLICO <i>VERSUS</i> DIREITO PRIVADO	13
2.1	O Estado Liberal, a Economia de Mercado e o Direito Individual	13
2.2	O <i>Welfare State</i> e a Valorização das Normas Fundamentais	15
2.3	A Constituição de 1988 e o Panorama Brasileiro dos Direitos Fundamentais ..	19
3	A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	22
3.1	O superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana e a mudança de paradigma na leitura do Código Civil.....	22
3.2	Os Direitos Fundamentais na CF/88 e sua Influência no Direito Privado: Eficácia Normativa e Dimensão Objetiva	25
3.2.1	A Eficácia Normativa dos Direitos Fundamentais	25
3.2.2	A Eficácia Irradiante como Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais	27
3.2.3	Aplicabilidade direta (ou horizontal) dos Direitos Fundamentais no Direito Privado	29
3.3	A Consolidação do Direito Civil Constitucional	30
4	A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO EXEMPLO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.....	32
4.1	Breve relatório da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132	34
4.2	A interpretação teleológico-sistemática	36
4.3	A interpretação conforme à constituição e o artigo 1.723 do Código Civil	42
4.4	A integração das normas por analogia	44
4.5	Breve exposição sobre o casamento homoafetivo.....	46
	CONCLUSÃO.....	48
	REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

Em novembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 (ADPF nº 132), convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e recebida juntamente com a ADI nº 4.277, reconhecendo a União Estável Homoafetiva. Essa decisão buscou não só uniformizar a jurisprudência nacional sobre a matéria, como também regulou uma situação de fato presente na sociedade, de modo a atender aos anseios de uma minoria que há muito travava batalhas nos Tribunais Estaduais, sem qualquer garantia de sucesso.

Tendo em vista a atualidade e a relevância do tema, o trabalho terá como objetivo a análise doutrinária da mudança do posicionamento do Código Civil (CC) dentro do ordenamento jurídico pátrio, dando origem ao chamado Direito Civil Constitucional. Será visto, portanto, que esse Diploma hoje busca sua legitimidade e validade não só na lei, mas também na Constituição Federal, substituindo a antiga jurisprudência legalista por um novo pensamento judicial pós-moderno.

Para tanto, será brevemente estudado no segundo capítulo a progressão da escola positivista para o atual neoconstitucionalismo e como os conceitos de cada época afetaram a divisão clássica entre direito público e direito privado. A partir daí, será abordada a influência desse pensamento na Constituição Federal de 1988 (CF/88) por meio da inserção de determinados valores nos fundamentos do Estado Brasileiro e dos direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas.

No terceiro capítulo, serão abordados a importância dos Direitos Fundamentais na consolidação do Direito Civil Constitucional e o papel catalizador do princípio da dignidade da pessoa humana na eliminação do maniqueísmo existente entre direito público e direito privado. Ficarão demonstradas, ainda, as consequências dessa simples positivação perante o Direito Civil vigente e os institutos que delas surgiram, os quais possibilitaram a releitura do Direito Civilista: a

eficácia normativa, a eficácia irradiante e a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para retratar o grande valor prático do Direito Civil Constitucional na consumação de mudanças sociais, será debatido no quarto capítulo o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 132, as pontes de conexão utilizadas pelos Ministros para o reconhecimento da União Homoafetiva e a sua relação com os institutos descritos no capítulo terceiro. Mais especificamente, serão enumeradas as interpretações conforme e teleológico-sistemática e a integração das normas por analogia.

Por fim, tendo em vista o avanço das discussões nessa matéria, não poderia deixar de ser comentado, mesmo que rapidamente, o reconhecimento da possibilidade de casamento homoafetivo viabilizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais e a aprovação pelo Conselho Nacional de Justiça da Resolução nº 175/2013, que obriga todos os cartórios do Brasil a celebrarem esse tipo de casamento ou converter a união estável já firmada entre pessoas do mesmo sexo em matrimônio.

Cumprе esclarecer que não será abordada a visão histórica e remota do direito civil nem os conceitos acadêmicos de família, união estável ou aqueles rudimentares de direito constitucional. Também não se fará uma crítica das mudanças em todos os sub-ramos que dessa discussão possam advir, mas sim será elaborado um exame focado na integração entre normas públicas e privadas que há apenas alguns anos parecia impossível.

A argumentação será posta em linguagem objetiva, na ótica histórico-analítica e demonstrará o acerto da decisão do STF e como ela traduz a percepção mais moderna do Direito Civil, do Direito Constitucional e da Justiça.

Claro está, portanto, que o trabalho não só se ocupará da doutrina especializada e dos aspectos abstratos do tema, mas também trará à baila a perspectiva prática da matéria, uma vez o Direito Civil serve justamente a isso: disciplinar relações que a todo segundo permeiam a vida, dando vigência aos direitos máximos previstos na Magna Carta.

2 DO POSITIVISMO AO NOVO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL E A MITIGAÇÃO DA DIVISÃO DIREITO PÚBLICO *VERSUS* DIREITO PRIVADO

2.1 O Estado Liberal, a Economia de Mercado e o Direito Individual

Na história do direito, pode-se verificar que até o século passado a grande maioria dos sistemas jurídicos dos países de tradição romano-germânica era marcada por uma clara divisão entre o direito público e o direito privado. Com ascendência no império romano, essa característica transcendeu séculos por meio da defesa da propriedade como direito primordial do homem.

Para os romanos a propriedade se mostrava inerente ao ser humano, uma esfera particular que não poderia ser violada por ninguém, inclusive pelo Estado. A este cabia tão somente a defesa do direito à posse, a organização social e os assuntos da coroa, de forma que os particulares eram livres para dispor de seus próprios bens sem qualquer intervenção estatal.

Essas atribuições caracterizaram duas esferas brutalmente divididas em razão da sua própria natureza – a dos direitos dos particulares e a dos direitos e deveres do Estado – divisão essa que sobreviveu aos tempos negros da idade média e ressurgiu com o advento do liberalismo. Com efeito, esta escola resgatou a fé na propriedade como manifestação máxima do homem, *como um direito natural*.

No intuito de eliminar quaisquer vestígios da idade das trevas e do absolutismo em prol de uma suposta democracia, a doutrina liberal da Idade Moderna trouxe para o cerne da sociedade o pensamento antropocêntrico racional, que se construiu sobre duas vertentes com forte influência no período: a já mencionada defesa da propriedade, da liberdade e igualdade como direitos individuais; e a cultura do *laissez-faire*, que limitava a intervenção Estatal na economia e através da qual o capitalismo fincou suas raízes.

Com tal reorganização socioeconômica, natural a instituição de um novo ordenamento jurídico que retratasse esse *momentum*. Assim, barreiras ao poder governamental foram impostas por meio de regras consideradas absolutas e posteriormente classificadas de *direitos fundamentais de primeira dimensão*. Esses princípios negativos tinham como fim instituir direitos civis e políticos e demandar uma ausência da presença do Estado na vida individual. São dessa época as primeiras declarações de direitos, tais como a *Bill Of Rights* inglesa (1688), a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), a Constituição dos EUA (1787) e a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) (SILVA, 2005).

Em que pese o hasteio da bandeira da igualdade, esse direito consolidava-se apenas formalmente, isto é, todos eram iguais *na lei*. Contudo, nada havia no âmbito social que garantisse a efetiva isonomia ou que sanasse as disparidades fáticas. Ao contrário, a imigração em massa dos camponeses pobres às cidades, o surgimento de um grupo industrial burguês dominante e as condições de trabalho cada vez piores nada mais fizeram do que agravar os atritos sociais. A inexistência de uma igualdade *material* fez esquecer no período a máxima de Clístenes que definia a democracia como *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam”*.

Percebe-se, portanto, que o início da Idade Moderna foi marcado pelo forte caráter do individualismo². O Estado nada mais era do que mero cumpridor de um contrato que lhe foi concedido pela transferência de parte dos poderes dos cidadãos, o que justificaria a sua abstenção na esfera privada³.

Esse quadro histórico e filosófico vigorou durante todo o início da Idade Moderna, inclusive durante a Revolução Industrial. Todavia, com a derrocada do modelo capitalista fabril e diante do mencionado cenário de desigualdade social gritante, houve a necessidade de o Estado adotar uma posição mais ativa dentro da

² Nesse sentido, Pedro Lenza (2010, pg. 52): *“Podemos destacar então, nesse primeiro momento, na concepção do constitucionalismo liberal, marcado pelo liberalismo clássico, os seguintes valores: individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo”*.

³ Claramente baseada na doutrina de Rousseau, tem-se como exemplo a já citada Declaração de Virgínia que, entre seus direitos dispõe: *“todo poder está investido no povo e, portanto, dele deriva (...)”* (SILVA, 2005, pg. 154).

sociedade, de forma a garantir os direitos mínimos de uma classe social miserável e barrar os abusos de outra dominante.

O posicionamento não intervencionista passou a não se sustentar mais, sendo substituído por outro que valorizava um Estado mais atuante e responsável. Ainda que timidamente, essa nova doutrina deu o primeiro passo para a eliminação da separação direito público *versus* direito privado.

2.2 O *Welfare State* e a Valorização das Normas Fundamentais

Os abusos cometidos pelos então chamados “detentores dos meios de produção” aos trabalhadores das indústrias, a pobreza crescente e desigualdade social presentes na sociedade do período iniciou a reivindicação por um Estado que não só aplacasse o avanço da crise, mas também garantisse direitos mínimos aos trabalhadores. Os direitos pleiteados não se resumiam apenas a melhores condições de trabalho e a salários mais justos, mas incluíam também melhores condições de saúde, educação, igualdade e moradia.

Para que tais medidas pudessem ser atingidas, era preciso que o Estado quebrasse a regra principal do modelo liberal: a não intervenção na economia e na sociedade. Incentivados pelo fim da Primeira Guerra Mundial, os primeiros governos europeus que assumiram uma postura pró-ativa foram a Alemanha, com a Constituição de Weimar e aqueles que compuseram a Liga das Nações (juntamente com os EUA) e potências aliadas, com o Tratado de Versalhes, ambos de 1919. Esses dois diplomas não só deram início à internacionalização dos direitos sociais, culturais e econômicos, classificados posteriormente como *direitos fundamentais de segunda dimensão*, como também buscaram dar um novo sentido ao direito à igualdade.

Em meio aos atos políticos praticados, surgiu uma voz dissonante, a qual pregava a ideia de que o direito *deveria ser visto como uma ciência*. O expoente da teoria foi Hans Kelsen com sua famosa defesa ao positivismo no livro *Teoria Pura do*

Direito. Para esse Professor, havia na doutrina uma confusão entre os campos das ciências, uma mistura entre psicologia, sociologia, ética e política, que apesar de possuírem estreita relação com o direito, deveriam ser separados dele, para se evitar “*um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto*” (1998, pg. 01).

Grosso modo, a teoria defendia a hierarquia jurídica com base na Norma Hipotética Fundamental, o afastamento do Direito da Moral e das outras formas de conhecimento e a eliminação da hermenêutica judicial pela redução do direito a lei. Para Kelsen as normas eram comandos que deveriam buscar sua validade em outra norma imediatamente superior:

“Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. (...) A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora” (1998, pg. 155).

Entretanto, é importante destacar que para o professor a validade de uma norma não dizia respeito ao aspecto *material*, mas sim ao seu aspecto *formal*. Como qualquer conteúdo poderia ser objeto do direito e, logo, positivado, no momento em que a regra cumprisse os requisitos formais de hierarquia ela era plenamente válida, mesmo que contrariasse materialmente dispositivo superior. Por essa razão, ela apenas poderia se eliminada do sistema se houvesse uma manifestação da Corte Constitucional nesse sentido ou se fosse revogada.

No mais, uma vez válida a norma, ela deveria ser aplicada pelo juiz, a quem não cabia um posicionamento crítico ou analítico da questão que lhe era posta, mas tão somente justapor a regra mais adequada ao caso concreto. O magistrado deveria por meio de um ato intelectual escolher a possibilidade certa dentro da chamada moldura interpretativa:

“Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do

Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda⁴.

Mas é sabido que a história europeia foi marcada por altos e baixos. As obrigações de reparação impostas pelo Tratado de Versalhes à Alemanha e a sua desmoralização perante seus vizinhos soberanos pôs fim à República de Weimar e permitiu a subida de Adolf Hitler ao poder.

E aqui reside a ironia: uma proposição criada na convicção de pôr ordem na Ciência do Direito e permitir a aplicação da Justiça de forma clara foi utilizada para legitimar toda a sorte de preconceitos, barbaridades, violências, perseguições, extermínios e manutenção do poder político. Com efeito, todas as manobras feitas por Hitler foram baseadas em atos jurídicos formalmente perfeitos, que respeitaram o processo legislativo (ainda que mediante coação).

A discussão acerca da isonomia e da proteção efetiva dos direitos fundamentais se intensificou após o fim da Segunda Guerra Mundial. Diante das crueldades cometidas durante esse triste período, os Estados foram obrigados a questionar qual seria o autêntico significado do *direito à igualdade* e as formas de torná-lo realidade. Uma dessas formas se deu mediante a assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, que fixou não só as garantias individuais, com o claro intuito de abolir qualquer possibilidade de repetição do *Reich*, como também dos direitos sociais, concretizando o perfil do *Welfare State*. Sobre o assunto, comenta o Professor Dallari que houve a consagração de três objetivos:

“a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da

⁴ *Ob. cit.* pg. 249. Para Kelsen, o ato cognoscitivo deveria ser objetivo e apenas utilizado para determinar a escolha da interpretação correta dentro da moldura. Por essa razão, seriam excluídas do processo a ideologia ou as crenças pessoais do aplicador do Direito.

afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições sub-humanas” (DALLARI, 1982, pg. 187)

Como resultado, verificou-se que o conceito de igualdade *formal* não era suficiente para elevar as pessoas ao mesmo patamar, nem satisfazê-las em suas necessidades de forma a equipará-las. Era preciso, portanto, privilegiar o conceito de igualdade *material* utilizando mecanismos de proteção dos direitos. No mais, para garantir essas garantias mínimas, foi resgatada a ideia propagada por Immanuel Kant na roupagem de princípio conformador e orientador de todas as condutas Estatais: *a dignidade da pessoa humana*.

Com a expansão mundial desse pensamento, os Estados do Ocidente promulgaram Constituições ou inseriram nas já existentes⁵ regras de proteção ao homem, tanto no campo processual, como no social ou no econômico. Também foram aprovadas Declarações e Pactos ou, ainda, criadas Comissões em prol da defesa desses direitos⁶.

O avanço da história, da tecnologia e do mercado acarretou a criação de novas dimensões de direitos fundamentais⁷, tais como os difusos e coletivos e, atualmente, os genéticos e imateriais. Infelizmente essas dimensões não serão abordadas por não se relacionarem com presente trabalho. Pode-se afirmar, contudo, que desde então se observa o aperfeiçoamento das ideias humanistas diante das novas problemáticas sociais colocadas frente ao direito moderno.

⁵ Além da Constituição Brasileira de 1988, são também exemplos a Constituição da Espanha (1978), a de Portugal (1976, revista em 1982), as novas interpretações da Constituição Americana, etc.

⁶ Já sobre os novos ares da democracia foram assinados, dentre outros, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta Internacional Americana de Direitos Sociais (ambas em 1948) e o Pacto San José da Costa Rica (1969). Foi instituída, ainda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1978. Nos EUA, foram assinados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos em 1966. Por fim, na Europa promoveu-se a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em 1950, que criou uma Comissão Europeia de Direitos do Homem e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

⁷ É defendida pela doutrina majoritária a existência de quatro dimensões de direitos, sendo que as duas primeiras já foram explicadas no corpo do texto. A terceira dimensão refere-se aos direitos coletivos, como preservação do meio ambiente, proteção dos consumidores, entre outros. Já a quarta dimensão segue a orientação de Bobbio e abrange o campo dos direitos imateriais, como engenharia genética, pesquisa biológica, etc. (LENZA, 2010, pg. 740 e 741).

2.3 A Constituição de 1988 e o Panorama Brasileiro dos Direitos Fundamentais

No cenário doméstico, a progressão dos direitos fundamentais percorreu caminho diverso do internacional. A história do Brasil contou com múltiplos processos políticos em um período histórico relativamente curto, de forma que em apenas 164 anos foram postas ao povo seis constituições e uma “emenda constitucional” de considerável monta.

Todas as Cartas Magnas regulamentaram de alguma maneira a defesa dos direitos individuais. Ao contrário do que se possa imaginar, a Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 01/1969, em seu artigo 153 também atribuía aos cidadãos certos princípios, como a vida, a propriedade, a liberdade entre outros.

Entretanto, o Ato Institucional nº 5, publicado em 13 de dezembro de 1968, acabou por se sobrepor à CF/67, de forma que foi utilizado durante boa parte da ditadura militar para abafar a manifestação de alguns direitos considerados fundamentais, tais como liberdade de expressão e de ir e vir. Apesar de nunca terem sido formalmente retirados da Carta Magna, as regras constitucionais não poderiam ser invocadas pelos cidadãos em razão de um decreto, em total subversão da hierarquia do sistema jurídico.

Com a decadência do regime militar, foi promulgada em 05 de outubro de 1988 a Constituição hoje vigente. Esse Diploma projetou e construiu pela primeira vez na história nacional um *“Estado Democrático de Direito, ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”* (PIOVESAN, 2012, pg. 82).

A institucionalização dos direitos fundamentais, além de adaptar o regime jurídico do Brasil ao que de mais moderno era abraçado nas soberanias do primeiro mundo, tinha como objetivo afastar e legar ao passado as proibições e as ilegalidades cometidas durante a ditadura. Assim sendo, a localização geográfica das garantias individuais no Diploma Supremo e a gama de incisos, por vezes

repetitivos, positivados principalmente no artigo 5^o⁸ visavam assegurar a livre manifestação dos cidadãos em todos os campos da vida.

Além da CF/88 reunir em seu corpo tanto os direitos fundamentais de primeira, como de segunda e terceira dimensões, tomou ela uma posição manifestamente dirigente:

“A *função garantia* não foi só preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limite. Assumiu ela a característica de uma constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no que uma orientação social democrática, imperfeita, reconheça-se. Por isso, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com a garantia das conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, nem sempre mantém uma linha de coerência doutrinária firme. Abre-se, porém, para transformações futuras, tanto seja cumprida.” (SILVA, 2005, pg. 06)

No mais, a vontade de se construir uma verdadeira democracia nos âmbitos social, cultural e econômico fez com que o Brasil também utilizasse como pedra fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana e o bem-estar do homem. Esse posicionamento não só internacionalizou o Brasil e o inseriu no sistema global de proteção aos Direitos e Garantias Individuais, como consolidou uma mudança na percepção do Direito como ciência:

“Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora. Como afirma Jorge Miranda: ‘A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado’”. (PIOVESAN, 2012, pg. 82 e 83).

É no conceito de dignidade da pessoa humana que o sistema normativo brasileiro vai encontrar o seu sentido, bem como o ponto de partida e o ponto de chegada da interpretação jurídica. Por essa razão, a doutrina passou a considerá-lo

⁸ Adotamos aqui a posição do STF e da doutrina mais atual de que os direitos e deveres individuais e coletivos podem ser encontrados em toda a constituição e não apenas no artigo 5º.

como verdadeiro superprincípio a orientar todo o ordenamento interno (PIOVESAN, 2012).

Tal mudança de paradigma influenciou também o Direito Privado, em especial o Direito Civil. Com a ascensão do superprincípio ao topo do sistema, a propriedade perdeu o posto de direito absoluto e nuclear e deu seu lugar ao Ser Humano, que passou a ser não só um detentor de bens, mas também de uma série de direitos que compõe a sua condição de cidadão.

Como se verá no capítulo seguinte, essa simples mudança motivou uma guinada na exegese civilista, a qual se submeteu a sua força valorativa antes inaplicável. A partir daí as fronteiras entre normas públicas e privadas tem paulatinamente desbotado, modificando o significado de inúmeros dispositivos.

Conclui-se, portanto, que a Constituição de 1988 levou a doutrina jurídica brasileira ao encontro de duas importantes discussões do século XX e XXI: a proteção dos direitos e garantias fundamentais e o fim da divisão existente entre direito público e direito privado.

3 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

3.1 O superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana e a mudança de paradigma na leitura do Código Civil

Como visto no capítulo anterior, a Constituição de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana ao ápice do ordenamento jurídico nacional, ao prever esse superprincípio como fundamento da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III. Tal modificação na base do Estado acompanhou as produções legislativas e doutrinárias internacionais, bem como foi fruto da inauguração de um novo Estado Democrático de Direito pós-repressão.

“Somente com a promulgação da atual Constituição é que se erigiu no Brasil um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca” (BODIN, *APUD* FACHIN, 2006, pg. 118)

Da mesma forma que o *Welfare State*, o Estado Social brasileiro das décadas de 80 e 90 tinha como objetivo atender às demandas da sociedade pela concretização de direitos mínimos e pela proteção dos indivíduos face às novas tecnologias e à economia de mercado cada vez mais selvagem e veloz.

Esses fatores acarretaram uma mutação no paradigma de leitura da legislação, principalmente no âmbito privado. Além do Código Civil de 1916 possuir cunho patrimonialista e subjetivista – posto que fortemente influenciado pelo Código Francês de 1804, que não mais correspondia aos novos pensamentos – ele vinha imbuído do dever de regular todas as situações e todos os conflitos, o que se revelava cada vez mais impossível.

Por fim, o deslocamento do cerne do direito da valorização da propriedade para a consagração do homem, e a ausência da regulamentação de situações

cotidianas, mas ainda assim problemáticas, jogaram diploma civil para escanteio, evidenciando lacunas normativas a serem preenchidas pelo poder estatal.

“A partir de então, altera-se profundamente o papel do Código Civil. De normativa exclusiva do direito privado, endossando as vestes da completude, e em relação à qual as poucas regras extracodificadas eram consideradas leis excepcionais ou de emergência – a confirmar uma extraordinária exclusividade –, o Código se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferam as leis especiais, incumbidas de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador. Constituíram, por isso mesmo, o direito especial.” (TEPEDINO, 2001, pg. 03).

Começa então a chamada era dos estatutos⁹ e uma conseqüente descodificação do direito civil, evoluindo-se de um antigo *monossistema* para um *polissistema* composto de leis autônomas¹⁰. Invertem-se os papéis e o Código Civil perde sua influência, sendo aplicado apenas subsidiariamente como um agrupamento de regras gerais utilizadas quando a lei específica encontra algum obstáculo ou indefinição.

Com efeito, o direito especial passa a regular matérias inteiras do Código Civil, alterando suas disposições e dando maior objetividade à solução das situações de desordem. A legislação específica estabelece novos valores, fixa diretrizes nacionais, define programas e políticas públicas juntamente com a Constituição Federal (TEPEDINO, 2008). Fica claro que a inclusão de tais expressões características do direito público tende também atribuir ao direito privado o papel de viabilizador da justiça social¹¹.

Junte-se isso à proliferação de normas estrangeiras ou supranacionais e tem-se a eclosão de uma crise nas fontes normativas (TEPEDINO, 2001). A existência de inúmeras leis independentes entre si e de diferentes enfoques valorativos encetou a busca por novos parâmetros de interpretação.

⁹ São dessa época a Lei de Locação, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros.

¹⁰ É importante frisar que neste trabalho proceder-se-á à análise tão somente do Direito Civil. Contudo, a mencionada proliferação de normas especiais se deu em todos os ramos do direito, tais como processual, administrativo, penal etc. Por essa razão esse período da história do direito ficou caracterizada como *Era dos Estatutos*.

¹¹ “A introdução de expressões de direito público em normas que regem a vida dos particulares faz parte de um esquema que visa a impregnar o direito privado de um sentido teleológico de justiça social” (DIAS, 2002, pg. 14).

“(...) o fato é que tal doutrina, levada às últimas consequências, representa uma grave fragmentação do sistema, permitindo a convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão.” (TEPEDINO, 2008, pg. 13)

Era necessário que algo agrupasse toda a legislação sob a égide de vetores axiológicos comuns, que atribuísse unidade ao sistema como um todo e, logo, dotasse-o de segurança. A comunidade jurídica retoma, portanto, a ideia de norma fundamental e reconhece o papel da Constituição Federal como carta mestre do ordenamento, de onde toda norma infraconstitucional deve decorrer e a ela remeter, como razão última da sua existência.

Para tanto, o legislador constitucional valeu-se de dois mecanismos: a dignidade da pessoa humana como princípio conformador e os demais direitos fundamentais como espinha dorsal do sistema, ambos considerados fim e meio de aplicação e produção normativa; e a regulamentação na própria Carta Magna de *“matérias típicas dos institutos privados, tais como o direito da personalidade, as atividades econômicas e organização da família, [que] deixaram de ser unicamente tratadas pelo direito civil para serem objeto de atenção especial do legislador constitucional, para quem o importante seria garantir os resultados sociais pretendidos pelo Estado”*. (DIAS, 2002, pg. 17)

Assim sendo, as fronteiras que separavam o direito público e o direito privado sofreram novo baque, ficando cada vez mais difícil apartá-los. Aos operadores do direito não restou alternativa senão compatibilizar as duas áreas por meio de uma interpretação integrada. Para isso,

“a igualdade - formal e substancial -, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana se tornam os parâmetros axiológicos para a jurisprudência e para todo o aparato jurídico operacional, mostrando-se aptos a ensejar uma revolução seja na estrutura dos conceitos jurídicos próprios do Direito Privado, seja, principalmente, na função a ser atribuída a tais conceitos.” (BODIN, 1999, sem pg.).

Como será visto no próximo item, os demais direitos fundamentais também tiveram participação crucial na reafirmação do ser humano como expoente da

política legislativa, na abertura do sistema jurídico e na consolidação desta via principiológica na esfera particular.

3.2 Os Direitos Fundamentais na CF/88 e sua Influência no Direito Privado: Eficácia Normativa e Dimensão Objetiva

A Constituição de 1988 elencou em seu corpo uma série de direitos fundamentais, os quais foram considerados cláusulas pétreas da legislação. Por representarem os valores vigentes na sociedade, eles se tornaram a espinha dorsal do sistema e influenciaram de duas formas prioritárias toda a normatização infraconstitucional: por meio da sua eficácia normativa e da sua dimensão objetiva.

3.2.1 A Eficácia Normativa dos Direitos Fundamentais

Durante muito tempo os direitos fundamentais foram considerados normas eminentemente programáticas, destinadas ao Poder Legislativo na forma de um plano político do Estado para a concretização futura de metas sociais. Assim sendo, as normas infraconstitucionais criadas para esse fim deveriam tanto respeitar como levar a cabo o plano constitucional. Afora isso, os princípios não tinham influência jurídica nos demais Poderes ou na relação entre os particulares, uma vez que não possuíam a extensão concreta necessária a sua efetivação.

A Constituição Federal de 1988 adotou modelo diverso das suas parceiras revogadas, pois foi a primeira da história a prever um título exclusivamente destinado aos direitos fundamentais, bem como a transparecer sua intenção de outorgar a esses direitos a qualidade de normas embaixadoras e informativas de toda ordem constitucional. (SARLET, 2003). A Carta trouxe em seu artigo 5º, § 1º, ainda, a previsão expressa de que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*. Isso teve impacto principalmente na esfera privada, uma vez que ela teve de se submeter aos valores capitais:

“No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurando a eficácia imediata nas relações de direito civil.” (TEPEDINO, 2001, pg. 10)

Esse claro posicionamento da CF/88, amplamente aceito pela doutrina, além de dar vigência aos direitos fundamentais, produziu outro importante efeito: a abertura interpretativa do sistema jurídico, através da qual os valores criaram pontes entre a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, em especial a civil:

“Do ponto de vista interpretativo, conforme se observou em doutrina, ‘a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional’. A análise serve de base para ulterior conclusão: ‘a articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura do sistema jurídico através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito em chave constitucional.’” (BODIN *APUD* TEPEDINO, 2001, pg. 11)

É pela abertura do sistema, portanto, que os princípios dão menor densidade aos dispositivos constitucionais, facilitando a intelecção do autêntico sentido da norma civil pretendido pelo legislador ou ainda na construção de uma acepção consonante com a realidade social.

Tal abertura pôde ser praticada por dois efeitos dela decorrentes: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais como manifestação da sua dimensão objetiva; e a sua aplicação imediata desses direitos na esfera privada.

3.2.2 A Eficácia Irradiante como Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais

A eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais é decorrência direta da eficácia normativa acima exposta e parte da Dimensão Objetiva¹² desses valores. É também um aspecto de relevância nesse estudo, pois se da normativa se originam as bases da utilização de tipos interpretativos para uma abertura do sistema jurídico em prol dos princípios constitucionais, é na irradiante que se constroem tais tipos de interpretação que melhor dão aplicabilidade à Constituição Federal.

A eficácia irradiante, como o próprio nome diz, defende que todos os direitos fundamentais vinculam a atuação dos Poderes Públicos, que devem sempre agir a favor da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social. Reza a teoria que a atuação estatal deve priorizar os atos que melhor dão abrangência a esses direitos.

“Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração pública e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão cores da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.” (SARMENTO, 2006, pg. 124)

Essa doutrina também faz parte do grupo de motivos que levaram ao fim a separação entre direito público e direito privado. Isso porque, ao acolher a construção de um ordenamento jurídico unificado pela Constituição Federal e, conseqüentemente, aceitar que os princípios ali enumerados estão presentes em todo o tecido normativo infraconstitucional, torna-se inaceitável a contraposição rígida das duas esferas. (BODIN, 1999)

¹² A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais possui outros aspectos filosóficos e políticos que não serão abordados no presente estudo. Tendo em vista a escolha da autora em abordar os aspectos práticos do direito civil constitucional e da teoria da constituição e, ainda, o espaço físico limitado dessa monografia, será exposto apenas o que é importante para o desenvolvimento do texto. Como leitura, recomendamos: SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

Isso porque é dessa eficácia que decorre o controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais,

“especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve harmonizar.” (BODIN, 1991, sem pg.).

Foi o Poder Judiciário que mais percebeu a acuidade dessa teoria, encontrando na hermenêutica os instrumentos necessários para a releitura do direito privado com base na eficácia irradiante, de forma a reinterpretá-lo por meio de uma filtragem constitucional (SARMENTO, 2006). Os direitos fundamentais deixaram de ser os limites do ordenamento, e tornaram-se o norte de toda a legislação infraconstitucional privada.

Clarividente que se é na hermenêutica que a eficácia irradiante se manifesta, a escolha do tipo interpretativo utilizado condiciona o enfoque dado às normas infraconstitucionais no caso concreto. Em relação ao direito civil, é majoritária a posição de que é nas interpretações teleológico-sistemática e, em especial, na conforme à Constituição que essa tese se legitima.

Com efeito, como se verá no quarto capítulo, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se desses tipos interpretativos para fundamentar os argumentos de procedência no acórdão da ADFP nº 132, demonstrando a unidade do ordenamento e a pertinência desse assunto na escola civilista-constitucional atual.

Cumprir informar, apenas a título de complementação, que a eficácia irradiante no Brasil recebe grande apoio da classe jurídica, pois sua teoria não só é utilizada nos termos acima, como também para se evitar que os avanços listados curvem-se às tendências “despersonalizantes” e “repatrimonializantes” do mundo globalizado e da economia de mercado. (SARMENTO, 2006)

3.2.3 Aplicabilidade direta (ou horizontal) dos Direitos Fundamentais no Direito Privado

Reconhecidas as premissas de que as normas constitucionais também são normas jurídicas e, tanto pela sua natureza quanto pelo exposto no artigo 5º, §1º da CF/88, possuem força normativa e aplicabilidade imediata; bem como que todos os direitos fundamentais irradiam-se pelo ordenamento e condicionam a uma releitura dos institutos tradicionais de direito civil, é forçosa a conclusão de que as normas constitucionais – em especial os princípios fundamentais – podem ser diretamente aplicadas às relações entre particulares.

As relações privadas também sofreram mutação ao longo do tempo. Isso porque, durante o Estado Social de Direito, não só ele ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade participou (e participa) mais ativamente do exercício do poder. Com o surgimento de detentores de poder social e econômico, as liberdades individuais ficaram passíveis de ameaças. (SARLET, 2003)

“Há de se acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois aspectos principais e correntes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares.” (SARLET, 2003, pg. 356)

Como também nas relações entre particulares podem haver desigualdades e discriminações, a aplicação direta das normas constitucionais vem para repelir agressões às liberdades individuais e atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada. Supera-se, portanto, a dicotomia direito público *versus* direito privado, na observação de que *“entre as normas constitucionais e o direito privado, não [existe] o estabelecimento de um abismo, mas uma relação pautada por um contínuo fluir, de tal sorte que, ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição”*. (SARLET, 2006, pg. 358)

Verifica-se, portanto, que o conceito de aplicabilidade imediata passa obrigatoriamente não só por uma função legislativa que leve em conta tal faceta e regulamente as situações sociais à luz da Constituição, como também pelos mecanismos de interpretação que construam a solução mais justa ao caso concreto *sub judice*. Diante da unidade do ordenamento, a exegese do judiciário deverá convergir a justiça social, os princípios constitucionais incidentes *in casu* e os valores defendidos pela sociedade. A decisão proferida ainda deverá respeitar a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada, posto que são pano de fundo inafastável de qualquer ato estatal.

“Tais técnica de aplicação do direito, instrumentos hermenêuticos obrigatórios, apresentam-se ainda reforçados pela possibilidade que o ordenamento concede ao juiz de considerar insubsistentes normas ordinárias contrárias ao texto maior, através do mecanismo do controle difuso de constitucionalidade. Cabe, pois, também ao Magistrado a operação de controle e verificação do respeito à supremacia do documento constitucional.

A aplicação direta das normas constitucionais nas relações interprivadas tem sido realizada, atualmente, pela doutrina e pela jurisprudência, no que se refere a inúmeros institutos de direito civil, da propriedade ao direito de família, das sucessões à responsabilidade civil. Mais os Tribunais do que os juristas têm procedido à ingente e imperiosa tarefa de reler o Código Civil e as leis especiais civis à luz da Constituição Federal”. (BODIN, 1991, sem pg.)

É no Poder Judiciário que mais ocorrem os progressos na reinterpretção do direito civil, posto ser ali o primeiro local em que se discutem os novos conflitos sociais. O controle de constitucionalidade se presta a uma releitura do *codex* civilista, que pode ocorrer tanto na modalidade difusa quanto na concentrada, desta feita com força *erga omnes*. Como se verá, o modelo atual desse pensamento foi adotado no acórdão da ADPF nº 132, o qual serviu de fundação para uma grande mudança social.

3.3 A Consolidação do Direito Civil Constitucional

A evolução da discussão acerca da influência da Constituição Federal no ordenamento privatista e a união de todos os institutos enunciados consolidaram o

Direito Civil Constitucional dentro da doutrina e da jurisprudência. O prestígio dado à dignidade da pessoa humana como superprincípio, à eficácia das normas constitucionais, tanto em seu aspecto normativo quanto em seu aspecto irradiante, e à defesa da unidade do sistema com aplicabilidade direta dos preceitos fundamentais viabilizaram de fato a releitura dos conceitos civilistas tradicionais e impactaram inúmeras decisões dos tribunais nacionais. Nesse passo, a hermenêutica é mecanismo ideal para se buscar o sentido de um dispositivo que melhor solucione um caso concreto em debate.

No campo da prática, diversos julgamentos conduzidos pelo STF espelharam essa vertente e tiveram forte apelo popular. Para o presente estudo, foi escolhido o acórdão proferido na Ação de Descumprimento de Prefeito Fundamental nº 132, convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade e recebida juntamente com a ADI nº 4.277, que se configura como expoente máximo do emprego dessa teoria na esfera tipicamente privada: o reconhecimento da União Estável Homoafetiva.

4 A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO EXEMPLO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Como se viu no capítulo anterior, a hermenêutica jurídica é um dos principais meios de efetivação do direito civil constitucional. Através dela incidem as eficácias normativa e irradiante dos direitos fundamentais e se aplicam na prática os valores máximos previstos na Constituição, sempre na busca pela melhor solução dos conflitos. Uma interpretação bem feita do ordenamento tem o poder de sanar lacunas existentes ou ainda adequar os significados de normas consideradas ultrapassadas ao contexto social atual. Para tanto, esse estudo da interpretação conta com diversas modalidades e regras de análise, tudo com o fim de evitar arbitrariedades, emotivismos ou atribuições de sentido que fujam ao objetivo constitucional.

Com a constitucionalização do direito observada nas últimas décadas, a hermenêutica constitucional ganhou força, pois é na Carta Magna que ela vai buscar um sentido para a norma infraconstitucional, a fim de respeitar os princípios e direitos fundamentais e, ainda, sanar uma carência imposta pelo mundo atual, o qual nem sempre é acompanhada pelo ordenamento jurídico com a mesma rapidez.

“Pode-se dizer, a partir daí, que a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e mais latamente sua relação com o espírito da época, ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época.” (SILVA, 2005, pg. 01)

O direito privado foi o que mais sofreu influência da hermenêutica constitucional advinda da atividade judiciária. Com a velocidade da transformação e da modernização das relações interpessoais, especialmente na área de família, o direito se viu diante de um código que não mais cumpria com sua função. Com efeito, o Código Civil de 1916 tornou-se arcaico – e diga-se até preconceituoso – ficando impossibilitada a sua aplicação nas situações relacionadas a casamento,

uniões extraconjugais, divórcio, filiação etc. Em contrapartida, estava em debate no Congresso Nacional o projeto de um Novo Código Civil, o qual possuía um único problema: sua tramitação persistia há mais de 20 anos, sem qualquer previsão de publicação.

Ante um Poder Legislativo vagaroso e arrastado e um Código Civil em descompasso com a realidade, não houve alternativa ao Poder Judiciário senão tomar as rédeas da situação e adaptar os conceitos jurídicos ao contexto social vigente. Mesmo com a publicação do novo Código Civil em 2002, a morosidade e o decurso do tempo fizeram com que o diploma fosse sancionado contendo posicionamentos antiquados, que não atendiam (e não atendem) às demandas sociais.

Esse é o caso a ser estudado. Com a valorização da liberdade, o fácil acesso à informação e as descobertas da ciência, o preconceito relativo à orientação sexual vem perdendo força. A conscientização da sociedade e o surgimento de grupos representativos dessa categoria fizeram nascer um movimento organizado que prega direitos iguais e o reconhecimento da sua própria condição.

Não tardou, portanto, para que parceiros homoafetivos procurassem o poder judiciário para oficializarem, dentre outros direitos, sua união. No entanto, esses casais esbarraram no artigo 1.723 do CC, que define a união estável como aquela estabelecida *“entre **o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”* (grifo nosso).

Sabe-se que o Brasil é um país continental, formado por estados que tiveram histórias e colonizações diferentes. Nesse sentido, todas as características auxiliaram na formação de um pensamento jurídico: a economia, as condições sociais, a religião, a extensão territorial, a desigualdade social, enfim, tudo compõe a visão de mundo dos juízes locais. Assim sendo, sob os mais diferentes argumentos, inúmeros parceiros homoafetivos ou ganharam ou perderam suas causas, o que espelhou a ampla divergência de posicionamento entre os Tribunais de Justiça estaduais.

Essa dissensão causou um enorme prejuízo à segurança jurídica, uma vez que casos idênticos foram solucionados de forma diferente de acordo com a região do Brasil ou ainda, mais absurdo, de acordo com cada Vara de cada Tribunal de Justiça. É clarividente que o sul do país possui pensamento mais arrojado, o norte e nordeste, mais conservador, e o centro oeste e sudeste responde equilibrando-se entre esses dois extremos.

Diante da ausência de diretriz única e também motivado por uma lei estadual, o Governador do Rio Janeiro ingressou em 27 de fevereiro de 2008 com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, a qual foi convertida em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e julgada juntamente com a ADI nº 4277. Essa ação teve grande impacto na abordagem do tema, causando inclusive acalorada discussão popular, e entre entidades religiosas e organizações representativas.

4.1 Breve relatório da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132

Em fevereiro de 2008 o Governador do Rio de Janeiro, no exercício de suas atribuições, ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, objetivando o acolhimento de dois pedidos:

- a aplicação da interpretação conforme à Constituição aos incisos II e V do artigo 19 e ao artigo 33 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, para que os companheiros homoafetivos gozassem dos mesmos benefícios previdenciários que os parceiros heteroafetivos; e
- a aplicação de interpretação extensiva ao artigo 226 da CF/88 com a consequente interpretação conforme à Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, para que fosse incluído no rol de entidades familiares a união estável homoafetiva.

Durante a tramitação, a arguição perdeu parte do objeto em razão da alteração do Estatuto dos Servidores Públicos pela Assembléia Legislativa nos termos pleiteados. Tal modificação atingiu os artigos contestados na ADPF, equiparando os parceiros homoafetivos aos heteroafetivos e concedendo àqueles os mesmos direitos e deveres. A ação então prosseguiu apenas em relação ao segundo pedido.

No curso do processo foram ouvidos: o Governador do Rio de Janeiro, os Tribunais de Justiça estaduais, o Ministério Público, a Procuradoria Geral da República, a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro e os admitidos como *amici curiae*: Conectas Direitos Humanos, GGB – Grupo Gay da Bahia, Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, Instituto Brasileiro de Direito da Família – IBDFam, Conferência Nacional de Bispos do Brasil – CNBB, entre outros.

Após a exposição dos motivos por todas as partes, nos dias 04 e 05 de maio de 2011 foram proferidos todos os votos dos Ministros e, por fim, julgada procedente a ADPF nº 132 por unanimidade. Como já relatado, primeiramente a ADPF nº 132 foi convertida em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e julgada em par com a ADI nº 4277. Quanto ao mérito, apesar do acórdão não possuir perfil técnico jurídico e carregar grande carga histórico-ideológica, pode-se depreender os principais argumentos dos ministros¹³, que compuseram seu pano de fundo e que traduzem o direito civil constitucional.

Os ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso abordaram o aspecto histórico das lutas dos homossexuais, os avanços do assunto em outros países e realizaram uma

¹³ No julgamento foram transmitidos os votos dos 11 ministros do Plenário do STF. Contudo, apenas foram publicados 10 deles, excluindo-se o da Ministra Ellen Gracie. Em e-mail encaminhado à Secretaria Judiciária do STF, obtivemos a seguinte resposta, ora transcrita: *“Informamos a Vossa Senhoria que a Ministra Ellen Gracie não disponibilizou voto escrito para confecção do Acórdão, bem como determinou o cancelamento de sua fala nos debates. Desse modo, diante da aposentadoria da Eminente Ministra, não é possível a disponibilização do seu voto”*. Assim sendo, a análise dos argumentos ficará restrita os votos constantes dos autos. No mais, ficou impedido o Ministro Dias Toffoli.

interpretação teleológico-sistemática do artigo 226 da CF/88, frente aos direitos fundamentais e ao superprincípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, optaram por aplicar a interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil e reconhecer como união estável as parcerias homoafetivas, desde que dotadas dos requisitos ali listados.

Já os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowsky, apesar de também elaborarem uma leitura teleológico-sistemática do caso, tomaram como fundamento o pensamento do possível, excluindo a união estável homoafetiva do rol do artigo 226 da CF/88, criando um novo tipo de entidade familiar e integrando-o ao ordenamento por meio da analogia.

Deixando de lado os dados históricos, de direito comparado e a opinião pessoal de cada julgador, cabe aqui uma análise dos mecanismos jurídicos utilizados pelos Ministros e a transcrição dos trechos desse acórdão transgressor, que espelham a atual hermenêutica e a concretude do pensamento civil constitucional.

4.2 A interpretação teleológico-sistemática

Com a atribuição do papel unificador à Constituição Federal e o reconhecimento da eficácia das suas normas perante todo o ordenamento infraconstitucional, houve uma modificação significativa na percepção dos conceitos civilistas tradicionais. A partir de então, todos os institutos deveriam encontrar sua legitimidade na Magna Carta, de forma a emanar os valores ali prescritos.

Isso é manifesto nas tratativas escolhidas para remediar situações que se deparam com verdadeiras lacunas ou que sequer são normatizadas, seja pelo silêncio da norma ou pelo desafino entre o dispositivo e o contexto social. Em vista da evolução do direito descrita nos capítulos anteriores e da fluidez que liga o direito civil ao direito constitucional, claro está que a única forma de solução desses problemas se dá por meio da interpretação.

Contudo, não será qualquer forma de interpretação, mas sim aquela

“sob o prisma de alcançar o irrenunciável e prioritário melhor significado a partir de uma dada escolha axiológica, lidando com princípios, normas em sentido estrito (ou regras) e valores, devidamente hierarquizáveis e nunca inteiramente hierarquizados de modo prévio. Tudo com a presumível observância das demandas concomitantes de segurança e justiça.” (FREITAS, 2010, pg. 67)

Como a busca pelo melhor sentido da norma deverá considerar o ordenamento jurídico unificado e, ainda, levar em conta todos os aspectos da norma, (gramatical, histórico, teleológico, dentre outros), emerge daí um processo tópico sistemático, que vai equilibrar essas teorias num método único, permeável às mais diversas situações em razão da abertura do sistema promovido pelos princípios (FREITAS, 2010).

“A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar casos concretos. Dito de outra forma, a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é aquela que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto. Assim, ao se aplicar uma norma, está se aplicando o sistema inteiro.” (PEDRA, 2003, pg. 03)

Percebe-se, portanto, que a interpretação teleológico-sistemática nada mais é do que o mecanismo prático do direito civil constitucional aplicado. Por essa razão, utilizar-se dessa modalidade de interpretação significa excluir qualquer solução ao caso concreto que não coadune ou resulte logicamente do sistema jurídico. Como consequência da utilização desse tipo interpretativo, admite-se que a norma não é absoluta e sofre influência direta dos princípios e direitos fundamentais e do contexto social no qual está inserida.

Por essa razão, se uma norma não corresponde mais às situações fáticas que lhe são impostas, cabe ao intérprete sistemático complementar a atividade do legislador originário e ampliar ou restringir seu alcance, sempre respeitando a harmonia do sistema e os preceitos da Constituição. Mantém-se assim o ordenamento jurídico sempre atualizado.

Em que pese a pertinência da teoria de Kelsen no que tange à hierarquia das normas, portanto, fica superada a ilusória proposição de eliminação da interpretação judiciária, uma vez que não é mais possível sustentar uma atividade meramente mecânica do juiz. A solução do caso concreto depende da análise de diferentes prismas e do conhecimento da lógica do sistema, de forma a validar a aplicação de determinado dispositivo e o sentido a ele cominado (BODIN, 1991).

Advoga Juarez Freitas (1991, pg. 193-223) que essa modalidade interpretação deve obrigatoriamente seguir dez preceitos, os quais serão transcritos juntamente com trechos iconográficos (e não únicos) do acórdão estudado que os cumprem na integralidade:

- 1) *Numa adequada interpretação tópico-sistemática da Constituição os direitos fundamentais são a base e o ápice do sistema.*

“(...) inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável. Eu citaria – como aqui já o fez o ministro Ayres – o princípio da isonomia, o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção que o Estado deve a essas minorias e inúmeros outros princípios que aqui eu poderia enunciar. E como nós sabemos, hoje a análise de qualquer drama humano – que passa por essa ponte onde trafegam todas as misérias humanas e todas as aberrações, que é a ponte da Justiça -, esses dramas humanos, hoje eles não podem ser resolvidos sem perpassarem pelo tecido normativo da Constituição Federal.” (MINISTRO LUIZ FUX, pg. 80)

“dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer valer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos.” (MINISTRO CELSO DE MELLO, pg. 260)

- 2) *As melhores interpretações são aquelas que sacrificam o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais.*

“Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o ficado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em

si não os torna superiores em nada.” (MINISTRO AYRES BRITTO, pgs. 47 e 48)

- 3) *Toda exegese sistemática constitucional tem o dever de garantir a maior tutela jurisdicional possível.*

“Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não em parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV e 5º, cabeça e inciso I.” (MINISTRO MARCO AURÉLIO, pg. 208)

- 4) *Uma interpretação sistemática constitucional deve buscar a maior otimização possível do discurso normativo relacionado aos objetivos fundamentais da Carta.*

“Sistema que é, a Constituição deverá ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se impõe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios. (...) No exercício dessa tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se impõe pelo sistema. (...)Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contraria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social.” (MINISTRA CARMEN LÚCIA, pgs. 91, 92 e 96)

- 5) *Toda e qualquer exegese sistemática constitucional deve ser articulada a partir de uma fundamentação (hierarquização) racional, objetiva e impessoal de premissas eleitas.*

“Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (at. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.” (MINISTRO CELSO DE MELLO, pgs. 237 e 238)

- 6) *Uma boa interpretação sistemática constitucional é aquela que se sabe, desde sempre, coerente e aberta.*

“Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores basilares do texto constitucional.” (MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKY, pg. 111)

- 7) *As melhores interpretações constitucionais sempre procuram zelar pela soberania da vitalidade do sistema, sem desprezar o texto, mas indo além dele, como requer o próprio texto constitucional.*

“Nesses casos, deriva das normas constitucionais definidoras desses direitos fundamentais que a organização e o procedimento capazes de afetá-los sejam conformados de modo a assegurar o seu exercício ou sua efetividade, observada a ponderação dos valores jusfundamentais em causa. Essa conformação pode estar prevista na própria Constituição, na legislação infraconstitucional ou, ainda, decorrer implicitamente das normas definidoras dos direitos fundamentais.” (MINISTRO LUIZ FUX, pg. 57)

- 8) *As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo suas eventuais limitações, emprestando-lhes sem omissão, a tutela reconhecedora da eficácia direta e imediata.*

“os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo ente os particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espreadando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária.” (ministro LUIZ FUX, pg. 55)

“Entendo, pois, que os reconhecimento oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.” (MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, pg. 119 e 120)

- 9) *Na perspectiva tópico sistemática, uma lúcida interpretação das normas fundamentais sempre colima promover a preservação dos princípios constitucionais, ainda quando em colisão.*

“Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra sua vontade e contra suas visões e percepções de mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.” (MINISTRO LUIZ FUX, pg. 68)

- 10) *Uma pertinente e adequada interpretação sistemática só declara inconstitucionalidade quando a afronta ao sistema revelar-se manifesta e insanável.*

“o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter de recorrer a subterfúgios indesejáveis e a soluções simplistas – como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.” (MINISTRO GILMAR MENDES, pg. 148)

Verifica-se, então, que os Ministros investiram nessa modalidade de interpretação e cumpriram com todos os requisitos elencados. Em conclusão, alegaram os juízes que apesar do artigo 226 da CF/88 não conter em qualquer um de seus incisos a afirmação de que casais do mesmo sexo configuram-se como entidade familiar resultante da união estável, tal união poderia ser inserida naquele rol.

Isso porque, ao se fazer uma interpretação sistemática determinada pelos princípios constitucionais, pelos direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana, não haveria no ordenamento jurídico qualquer impedimento ao reconhecimento. Ao contrário, a não aceitação do pedido acarretaria uma violação a diversos direitos fundamentais, tais como o direito à igualdade, liberdade, autonomia da vontade, direito à orientação sexual e, principalmente à dignidade da pessoa humana. Essa decisão reforçaria o preconceito social e jogaria na marginalidade

diversos casais que legitimamente formaram uniões merecedoras do abrigo do direito, ao arrepio dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro.

Por fim, aduziram os ministros que não havia ali afronta aos demais direitos fundamentais, visto que o reconhecimento não traria prejuízo à sociedade que justificasse o afastamento da decisão de procedência, mas sim a enriqueceria nas suas diferenças. Contudo, ao ampliar o sentido do artigo 226 da CF/88, observou-se que o artigo 1.723 do CC não mais poderia vigorar nos termos pretendidos pelo legislador, razão pela qual passaram os ministros à análise desse dispositivo de forma a adequá-lo à Constituição Federal.

4.3 A interpretação conforme à constituição e o artigo 1.723 do Código Civil

Como já circunstanciado, a maioria dos Ministros optou em sua fundamentação de procedência da ADPF nº 132 pela interpretação conforme à Constituição do artigo 1.723 do Código Civil. Uma vez ampliado o espírito pretendido pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a norma civilista passou a não mais resultar logicamente do sistema civil constitucional, devendo ser então adaptada. Dentre os julgadores que se utilizaram desse instituto, resume melhor esse raciocínio o Ministro Marco Aurélio (pg. 214 e 215) na conclusão de seu voto:

“Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação do reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do §3º do artigo 226. Há, isso sim, obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe tratamento equânime ente homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela carta de 1998. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado pela conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual”.

Como exprimido no exemplo ora debatido, dentro do ordenamento jurídico uma norma infraconstitucional pode conter dentro de si inúmeras acepções, que irão variar de acordo com o leitor-intérprete. Dessa multiplicidade surge a insegurança jurídica, uma vez que o plurissignificado também abarca conteúdos que não encontram correspondência na Constituição Federal que, se aplicados na sociedade, podem gerar mais danos do que benesses.

Por essa razão, vem socorrer o sistema jurídico o instituto da interpretação conforme à constituição, decorrente diretamente da interpretação teleológico-sistemática. Esse mecanismo interpretativo vai escolher, dentre os mencionados sentidos atribuídos ao dispositivo analisado, aquele que melhor corresponde ao espírito e ao contexto constitucional, afastando os demais. A partir de então, essa norma apenas poderá ser utilizada nos termos recomendados pela interpretação conforme.

Da mesma forma que a interpretação tópico-sistemática, a interpretação conforme deve respeitar algumas condições listadas pela doutrina e pela jurisprudência (LENZA, 2010, pg. 137):

- a prevalência da Constituição;
- a conservação das normas (no ordenamento jurídico);
- exclusão da interpretação *contra legem*;
- o respeito ao espaço de interpretação;
- a rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais;
- a impossibilidade de atuação do intérprete como legislador positivo.

Como explica o Ministro Gilmar Mendes (pg. 148), esse instituto constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional Brasileira enfrente as inconstitucionalidades aparentes e as resolva sem soluções simplistas e inconvenientes, como a declaração de inconstitucionalidade ou o não conhecimento da ação. Essa foi exatamente a razão pela qual a maioria dos Ministros optou pela interpretação conforme. Ao adaptar a norma civilista por meio desse instituto, não só

se preservou o diploma civil como também se sanou imediatamente uma situação fática, tudo de maneira eficiente e efetiva.

Contudo, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Levandowsky, apesar de partirem do mesmo ponto – a interpretação teleológico-sistemática – chegaram a uma conclusão diferente, que será rapidamente abordada no item abaixo.

4.4 A integração das normas por analogia

A analogia está prevista no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que *“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*. Tal dispositivo tem por objetivo garantir a aplicação do princípio da inafastabilidade do poder judiciário, uma vez que, tendo em vista a unidade sistemática do ordenamento, não pode a justiça negar-se à resolver uma determinada lide em razão da omissão legislativa.

A analogia, portanto, é a aplicação de uma norma ou de um conjunto de normas próximas a um caso concreto não previsto em lei. Sendo omissa a legislação específica, cabe ao magistrado buscar solução no ordenamento, permitida inclusive a aplicação de uma norma além do seu campo de atuação. (TARTUCE, 2012).

Apesar da praticidade, o recurso da analogia não poderá ser aplicado a todos os casos. Além das exceções tradicionais (leis penais e leis excepcionais), é necessária a concorrência de três requisitos:

“a) é preciso que o fato considerado não tenha sido especificamente objetivado pelo legislador; b) este, no entanto, regula situação que apresenta ponto de contato, relação de coincidência ou algo idêntico ou semelhante; c) finalmente, requer-se esse ponto comum às duas situações (a prevista e a não prevista), haja sido o elemento determinante ou decisivo na implantação da regra concernente à situação considerada pelo julgador. Verificado o simultâneo concurso desses requisitos, legitimado está o emprego da analogia, o que não deixa de ser lógico, pois fatos semelhantes

exigem regras semelhantes (*ubin eadem ratio legis ibi eadem dispositio*). (MONTEIRO, BARROS, 2012, pg. 51)

Utilizando-se dessa definição, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowsky fizeram raciocínio diferenciado do expressado pela maioria dos ministros. Para ambos, a leitura do artigo 226 da CF/88 deve sim ser feita à luz dos princípios e dos direitos fundamentais, mas ante sua redação direta e objetiva, não se pode considerar a união homoafetiva como ali inserida, posto que não cabe aos magistrados ampliarem o texto constitucional para além daquilo disposto pelo legislador originário.

“Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se uma mutação constitucional ou mesmo proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a ‘separação dos Poderes’ à dignidade de ‘cláusula pétrea’, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.” (MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKY, pg. 105)

Para Gilmar Mendes, está presente, ainda, uma lacuna axiológica que não pode ser colmatada pelo poder judiciário justamente por configurar uma usurpação do dever de legislar. A solução do problema reside, portanto, na aplicação do pensamento do possível, isto é, um pensamento de alternativas.

“É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações 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. (...)

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Härbele, ‘uma teoria constitucional das alternativas’ pode converter-se numa ‘teoria constitucional da tolerância’”. (MINISTRO GILMAR MENDES, pg. 42 e 187)

Afastando-se da discussão a teorização a separação dos poderes e o estudo alemão do pensamento do possível – que não será abordado em razão da natureza do trabalho e do espaço a ser ocupado – é certo que para os Ministros o ordenamento criou um quarto tipo de entidade familiar, reconhecida pelo direito e inserida no ordenamento não por meio de uma interpretação sistemática-extensiva

do artigo 226 da CF/88, mas pela aplicabilidade direta dos direitos fundamentais no direito civil. Por essa razão estariam cumpridos os requisitos e, logo, autorizada a utilização da analogia como mecanismo de integração das normas.

Esse instituto também pode ser caracterizado como forma de aplicação do direito civil constitucional aos casos concretos, uma vez que parte da análise do diploma privado sob a ótica do direito constitucional e reconhece a união homoafetiva como legitimada pelos princípios e garantias fundamentais. Assim sendo, em ambas as fundamentações o direito privado vai buscar sua validação na Carta Maior, incidindo em ambos os casos toda a teoria constitucional e hermenêutica atualmente defendida pela doutrina e pela jurisprudência.

Apesar da divergência no embasamento, o acórdão proferido na ADPF nº 132 trouxe ao abrigo do direito uma situação de fato que há muito carecia de regulamentação. No mais, o STF cumpriu com sua posição de hodierna corte constitucional, utilizando-se dos institutos de direito civil constitucional como ponte para a propagação da justiça social.

4.5 Breve exposição sobre o casamento homoafetivo

A decisão do STF causou grandes transformações sociais e, servindo com diretriz de atuação dos Tribunais inferiores, logo uniformizou a jurisprudência de primeira e segunda instâncias. Tal decisão também foi utilizada como apoio para a publicação da Resolução nº 175, em 14 de maio de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Essa Resolução vedou que autoridades registrarias se recusem habilitar, celebrar casamento civil ou converter a união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por meio dela, portanto, que ficou plenamente permitido o casamento homoafetivo.

Aqui cabe apenas informar que a doutrina se divide entre o acerto e a impossibilidade jurídica de tal formulação. Enquanto alguns defendem que o Conselho Nacional cumpriu com seu papel de regulamentar as leis cartorárias e o fez com base no dispositivo constitucional que facilita e privilegia o casamento, de forma que não poderia ser diferente com as uniões homoafetivas; outros apadrinham fervorosamente a alegação da violação da separação dos poderes, posto que o CNJ usurpou o poder de legislar e inovou no ordenamento, criando um instituto que apenas poderia existir em razão da sua disciplina por lei.

Sem advogar para qualquer dos lados, o fato é que inúmeros casais já oficializaram suas parcerias, seja por meio da união estável, seja por meio do casamento. Tanto o acórdão do STF como a Resolução do CNJ empregaram esforços para ver regulamentada uma situação fática que não mais poderia prescindir do direito. Se em desacordo com o processo legislativo, deve-se encontrar conforto na conformação social e na propagação da justiça para um mundo mais igualitário.

CONCLUSÃO

O reconhecimento da união homoafetiva pelo STF e a regulamentação do casamento entre pessoas do mesmo sexo pelo CNJ, apesar de toda a discussão que ainda gira em torno da matéria, são exemplos máximos da teoria do direito civil constitucional. É com acerto que se considera que as relações privadas não podem mais prescindir da norma constitucional, pelo contrário, devem buscar sua validade e sua legitimidade na Carta Maior.

Tanto os direitos como as garantias fundamentais representam os valores máximos de uma sociedade e promovem a unificação do ordenamento jurídico. Por essa razão, devem ser defendidos em todas as esferas legais e não podem ser afastados por uma moral pré-concebida, especialmente no âmbito do direito privado familiar.

No mais, o direito constitucionalizado tem o dever de fazer valer os fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, o que perpassa invariavelmente pelas relações privadas. Assim, o direito civil para manter-se atualizado e cumprir com seu papel social, deve aceitar a efetividade das normas constitucionais e a sua aplicabilidade direta em seu diploma. No mais, é por meio da interpretação teleológico-sistemática que devem os operadores do direito adaptar os conceitos civilistas, para um perfeito funcionamento do sistema.

Aplicar o direito civil é, em última análise, aplicar o direito constitucional e o ordenamento como um todo. Apenas assim é que se pode impender com rigor o papel do direito de conformador de conflitos e de promotor da justiça social.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

BITTAR, Carlos Alberto; FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Direito Civil Constitucional**. 3 ed. rev. e atual. da 2 ed. da obra O Direito Civil na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra (Org.). **Direito Constitucional**. Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 108-115.

COUTINHO, Adriana Rocha de Holanda. A Importância dos Princípios Constitucionais na Concretização do Direito Privado. In: LOTUFO, Renan. (Coord.). **Direito Civil Constitucional**, Caderno 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 59-75.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **União Homoafetiva: o Preconceito & a Justiça**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Joaquim José de Barros. Direito Civil Constitucional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**, Caderno 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 13-58.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 97-110.

FIÚZA, César. Crise e Interpretação no Direito Civil da escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira et al (Org.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-59.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição: Preceitos de Exegese Constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra (Org.). **Direito Constitucional**. Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 226-248.

GALUPPO, Marcelo Campos. O Direito Civil no Contexto da Superação do Positivismo Jurídico: a Questão do Sistema. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira et al (Org.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 159-183.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Constitucionalização do Direito Civil. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira et al (Org.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 44 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos Sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas relações Jurídicas Entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações Privadas. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 119-192.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade Sem Fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando**

Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 03-29.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____ (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: Algumas Notas sobre a Evolução Brasileira. p. 13-36.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume Único. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Temas de Direito Civil,** Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Temas de Direito Civil,** Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

REVISTAS:

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e Dignidade da Pessoa Humana: Um Diálogo Constitucional Contemporâneo. **Revista Forense,** Rio de Janeiro, volume 385, ano 102, Mai/Jun, 2006. p. 113-125.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado.** Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, volume 17, 1999. p. 77-89.

ONLINE:

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca4.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2013.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Interpretação e Aplicabilidade da Constituição**. Em Busca de um Direito Civil Constitucional. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4266/interpretacao-e-aplicabilidade-da-constituicao>. Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

SARMENTO, Daniel. **Casamento e União estável entre Pessoas do Mesmo Sexo e a Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/casamento-e-uniao-estavel-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-e-a-constituicao-federal.pdf>. Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Interpretação da Constituição**. I Seminário de Direito Constitucional Administrativo. Disponível em: http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm. Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os Chamados Microsistemas e Constituição: Premissas para uma Reforma Legislativa**. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2013.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA:

Acórdão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 19 de novembro de 2012.

Enunciado Administrativo nº 14, de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/314-enunciados-administrativos/24678-enunciado-administrativo-n-14-de-14-de-maio-de-2013>. Acesso em 17 de maio de 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.