

Controle de Constitucionalidade e os Desafios da Prática Jurisdicional

Guilherme Pedrosa Lopes

Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Ilha do Governador

O estudo tem por objetivo analisar temas apresentados ao longo do curso de Controle de Constitucionalidade, com especial foco nas atividades desempenhadas pelo participante no exercício de suas funções judicantes na 1ª Vara Cível Regional Ilha do Governador.

Em ação possessória distribuída a este juízo, a autora, na qualidade de possuidora direta da parte térrea do imóvel pede a sua reintegração na posse de benfeitorias realizadas pelo réu na laje do imóvel onde o demandado reside em entidade familiar homoafetiva com o filho da autora.

O Egrégio Tribunal de Justiça reconheceu a proteção possessória como necessária à preservação da família, constituída pela mãe e seu filho (Apelação nº 0067050-31.2006.8.19.0001, relatora a douta Desembargadora CRISTINA TEREZA GAULIA, em julgamento de 06/03/2007, da Colenda 5ª Câmara Cível), nos termos da seguinte ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL. POSSESSÓRIA. REINTEGRAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. PROTEÇÃO À FAMÍLIA E À CRIANÇA. UTILIZAÇÃO DE ÁREAS AUTÔNOMAS LOCALIZADAS EM MESMO IMÓVEL. COMPOSSE. CARACTERIZAÇÃO. Reintegração de posse manejada por compossuidores residentes no andar térreo de casa de vila, visando desalijar de acessão autônoma localizada no andar superior do mesmo imóvel a apelada e seu filho, este também co-proprietário. Direito de guarda que impõe

o reconhecimento de unidade fática e jurídica entre o direito de posse da apelada e do menor Hugo Miguel, condômino do bem, o que determina que aquela não pode ser alijada do imóvel, pena de impossibilitar-se o direito ao exercício pleno da posse deste. Exercício da posse pela apelada e seu filho sobre área compartimentada do imóvel que, outrossim, não obstaculariza a posse parcial dos apelados, que podem livremente exercer seu direito de moradia sobre a parte térrea do imóvel. Dignidade da pessoa humana, proteção da família e da infância e a função social da propriedade que impõem seja privilegiado o direito de moradia do menor e de sua mãe. Inteligência dos art. 1, III c/c 226 e 227 da CF/88. Filtragem constitucional que exige releitura do art. 1199 do CC/02, para fins de se admitir a composesse sobre áreas divisas de um mesmo imóvel, contanto que a utilização deste se dê de forma independente e sem prejuízo da composesse alheia.. Recurso conhecido e improvido”.

Com efeito, o mesmo fundamento suscitado na douta decisão colegiada pode ser utilizado para a proteção possessória como necessária à preservação da família homoafetiva ?

Quanto ao tema, o Egrégio Supremo Tribunal Federal fez inserir em seu blog de 04/03/2008 discussão envolvendo o reconhecimento jurídico das uniões homossexuais ou homoafetivas, por conta de decisão que seria proferida em ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que, no caso concreto, pretendia estender os direitos previstos no artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Estado.

A discussão já havia sido abordada em 2006 por meio de ação direta de inconstitucionalidade, pela qual a Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo (que sustentaram, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual e que defenderam, de outro, a qualificação jurídica, como entidade familiar,

das uniões homoafetivas), buscaram a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 9.278/96, que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, como entidade familiar, “a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A ADIN teve como relator o Ministro Celso de Mello, cuja decisão reconheceu a relevância do tema, embora tivesse julgado extinto o processo por conta de impossibilidade jurídica do pedido, como consta de sua ementa:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?

Como dito, no que pese a decisão técnica, o douto Ministro apresentou relevantes fundamentos, reconhecendo a importância do tema e assim manifestou-se:

(...) “Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, “Direito de Família -Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item

n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, “Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo”, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, “A Homossexualidade no Direito”, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais”, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, “Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais”, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “Unões Homossexuais: efeitos jurídicos”, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, “A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica”, “in” “Revista da AJURIS” nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Cumprir referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS (“União Homossexual: O Preconceito & a Justiça”, p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

“A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham

idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).” (grifei)”

Finalmente, após a decisão memorável proferida pelo Ministro Celso de Mello, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis entre homens e mulheres, por intermédio de decisão proferida na ADPF nº 132, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, por intermédio de sua procuradoria.

Conclui-se, portanto, que em razão da decisão em comento, de

efeitos *erga omnes*, que reconhece a relação homoafetiva como entidade familiar, respeitando-se os princípios da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, assim como fundamentado na douta decisão do Egrégio Tribunal de Justiça, cuja ementa foi acima transcrita, é possível o reconhecimento da proteção possessória como necessária à preservação da família homoafetiva. ◆