

O Controle de Constitucionalidade Concentrado e a Decisão sobre a União Homoafetiva

Sylvia Therezinha Hausen de Arêa Leão

Juíza de Direito da 1ª Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso de Belford Roxo

Pretendemos neste trabalho traçar algumas linhas sobre a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as relações estáveis homoafetivas e suas consequências.

Em 05 de maio de 2011, a nossa Corte constitucional, em julgamento histórico, conferiu interpretação, conforme a Constituição, ao art. 1723 do Código Civil, o que permitiu o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, estendendo à mesma todos os direitos decorrentes da união estável.

A mencionada decisão se deu no julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

A ADIn nº 4.277, de autoria da Procuradoria Geral da República continha dois pedidos distintos: “declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmos sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável familiar entre o homem e a mulher” e “declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.”

Já a ADPF nº 178 ajuizada pelo estado do Rio de Janeiro, transformada em ADIn nº 142-RJ, possuía o argumento de que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais constitu-

cionais como igualdade e liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Seu pedido consistia na aplicação técnica da “interpretação conforme a Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e do art. 33, ambos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do estado do Rio de Janeiro).

Seu objetivo era viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais.

Antes de entrarmos na discussão da matéria decidida, vamos falar brevemente sobre os dois tipos de ação utilizadas no caso para o controle de constitucionalidade.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIN

Trata-se de uma das ações por meio das quais se processa o controle concentrado de inconstitucionalidade, juntamente com a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental

A Constituição Federal, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade, fixou como seu escopo básico o pronunciamento de inconstitucionalidade de uma lei ou de ato normativo.

No entanto, também permitiu o uso do instrumento com a finalidade de apuração de inconstitucionalidade por omissão e previu a intervenção federal nos Estados-membros, de onde podemos concluir que existem três ações de inconstitucionalidade, ou seja, a genérica, a por omissão e a interventiva.

No tocante à ação direta de inconstitucionalidade genérica, utilizada no caso sob exame, podemos dizer que a mesma se trata de um processo objetivo, uma vez que as suas partes não se imbuem de pretensões subjetivas, de interesse próprios, mas de um objetivo: a defesa da Constituição.

Decorrem dessa natureza algumas consequências processuais, sendo elas: a inexistência da lide; falta de poder de disposição dos legiti-

mados; inadmissibilidade de desistência; impossibilidade de intervenção assistencial de terceiro interessado; descabimento de ação recisória, não podendo o Judiciário ampliar o objeto da ação, não estando, porém, adstrito a sua fundamentação.

No julgamento da ADIn, o primeiro passo a ser dado é identificação do dispositivo constitucional que servirá de elemento de contraste para exame da constitucionalidade do ato normativo impugnado.

No caso em tela, os dispositivos atacados foram confrontados com a proibição de preconceito e da regra contida no inciso II do art. 5º, combinadamente com inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º, todos da Constituição da República.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Esta ação é disciplinada pelo §1º do art. 102 da Constituição da República e também tratada na Lei 9882/99, sendo legitimados para sua propositura os mesmos autores da ação direta de inconstitucionalidade.

No entanto, nenhum dos dispositivos legais supracitados define em que consiste preceito fundamental, cabendo sua delimitação aos intérpretes do texto.

Segundo Luiz Alberto David de Araújo¹, em trecho que passamos a reproduzir:

“São normas materiais constitucionais aquelas tidas por imprescindíveis a uma Constituição, vale dizer, aquelas fundamentais à sua estruturação.

Destarte, a ideia que parece ter orientado o constituinte foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais, a saber:

1 ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **Curso de Direito Constitucional**, 15 ed. Editora Verbatim.

- a) as que identificam a forma e a estrutura do estado;
- b) o sistema de governo;
- c) a divisão e o funcionamento dos poderes;
- d) os princípios fundamentais;
- e) os direitos fundamentais;
- f) a ordem econômica;
- g) a ordem social.”

O uso da ADPF tem caráter subsidiário; ou seja, essa via de controle concentrado tratará apenas de matérias residuais, de situações em que não haja outro meio eficaz de evitar a lesividade (art. 4º, § 1º).

Na decisão ora comentada, o relator conheceu a ADPF ajuizada como ADIn, sob o fundamento da impossibilidade de se conhecer aquela, em razão da existência de outro meio eficaz, esclarecendo ser perfeito o encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO

O Ministro Ayres Britto, relator do julgamento, em apertada síntese, afirmou que a união homoafetiva não pode ser classificada como mera sociedade de fato, como se fosse um negócio mercantil.

Após detalhada análise biológica sobre o sexo e as funções do aparelho sexual, o Ministro concluiu que o silêncio constitucional sobre o tema é intencional e que “tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência da lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei”.

Ayres Britto afirmou que seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação, e acrescentou que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e, intencionalmente, nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana.

Ao final de seu voto, o citado Ministro deu

“ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva.”

Outro voto que merece destaque é o da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, que, citando Canotilho, afirma que para se conceituar juridicamente a relação duradora e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, considerando o silêncio legal, deve-se recorrer a integração analógica e assim preencher a lacuna legal.

Prosseguindo em seu voto, o citado Ministro esclarece que o fato de o texto constitucional ter sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradora não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal.

No entanto, o Ministro esclarece que não se deseja substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, considerando a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

Ao final, Lewndowski conclui:

“Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, destacando-se aqueles que são próprios da realção entre pessoas do sexo distinto, segundo a vetusta máxima ubi eadem ratio ibi idem jus, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.”

VIGÊNCIA DA DECISÃO

Muito se tem discutido a cerca da repercussão e aplicação da decisão ora analisada.

O Ministro Cezar Peluso ressaltou a importância do poder legislativo em exercer uma de suas funções precípua, ou seja, a função legislativa, abrindo, assim, caminho para a discussão que a decisão do Pretório Excelso apenas vislumbra, a possibilidade da existência da união estável homoafetiva, mas que a mesma precisaria de regulamentação para se aplicada.

Para solucionar a questão, parece acertado se lançar mão do §2º do art. 102 da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que preceitua:

“Art. 103...

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Por conseguinte, as decisões definitivas de mérito em sede de ação direta de inconstitucionalidade produzem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não apenas aos órgão do Poder Judiciário, mas, também, à administração pública direta e indireta e em todas as esferas.

Portanto, desde a publicação da decisão proferida, teve início a vigência de seus respectivos efeitos vinculantes, e os casais homoafetivos passaram a poder habilitar-se perante qualquer instituto de previdência a fim de requerer a respectiva pensão de seus companheiros, estabelecer na entidade familiar o regime de comunhão parcial de bens, regime aplicável pelo Código Civil á união estável, dentre outros direitos. ◆

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DAVID DE ARAÚJO, Luiz Alberto. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. Editora Verbatim.

BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. Editora Renovar.