

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Bem, depois de votos tão brilhantes, exaustivos, a começar pelo voto realmente iluminado do Ministro Relator e de todos os demais Ministros que o seguiram, seria imperdoável que eu tentasse acrescentar alguma coisa, sobretudo em relação a essa postura consensual da Corte em relação à condenação a todas as formas de discriminação, contrária não apenas ao nosso Direito Constitucional, mas à própria compreensão da raça humana a que todos pertencemos com igual dignidade.

A mim resta-me apenas justificar a adesão às conclusões - sobretudo aos resultados, aos dispositivos de ambas as ações -, de maneira breve.

Começo por dizer que teria alguma dificuldade de ordem teórica para conhecer das demandas como ações diretas de inconstitucionalidade, não fosse o fato de que o disposto no artigo 1.723 do Código Civil não é reprodução estrita do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Porque, se o fosse, obstáculo teórico e, a meu ver, constitucional, estaria em que não seria possível cogitar-se de interpretação conforme à Constituição de norma infraconstitucional que se limitaria, nessa hipótese, a reproduzir texto constitucional. Estaríamos, sim, diante de um caso de pura interpretação constitucional, que não poderia ser objeto de ação de inconstitucionalidade sob pretexto de que teríamos que interpretar a própria Constituição de acordo com a Constituição.

Mas a diversidade de redação das normas permite, e acho que isto é, de modo muito consistente, a sua racionalidade, a decisão da Corte de conhecer das demandas, exatamente com base na não coincidência semântica entre as duas normas, de tal modo que é possível enxergar o disposto no artigo 1.723 como preceito susceptível de revisão à luz do artigo 226, § 3º, e de outras normas constitucionais, que constam, aliás, como causa de pedir de ambas as demandas.

Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas

ADI 4.277 / DF

constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de **numerus clausus**. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso. Por quê? Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo - não mais que isso -, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais.

E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar reconhecível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer - e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênias para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo - que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas?

O Ministro Marco Aurélio fez largo apanhado da necessidade de aplicação, às relações afetivas, das normas próprias do campo do Direito de Família. Não por questão de vaidade, mas por registro histórico, eu fui um dos primeiros - há mais de vinte anos, numa conferência pronunciada

ADI 4.277 / DF

na Associação dos Advogados de São Paulo e, depois, estampada na Revista dos Advogados, da mesma Associação - a sustentar, contra a então jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça de São Paulo, àquela altura em que não havia normas diretas de regulamentação da união estável, que não podiam ser aplicadas as soluções que a jurisprudência, para atender as exigências próprias do fato social, vinham invocando, sobretudo de normas de Direito não familiar, como sociedade de fato, sociedades de ordem econômica etc.. E fui o primeiro a aplicar, no Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso de união estável, as normas de Direito de Família. Por quê? Porque realmente essas uniões, ou essas associações, ou essas relações marcadas sobretudo por afetividade, evidentemente não podem ser submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial ou de ordem econômica.

De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual.

Donde, também julgando procedente a ação, estamos, como bem relevou o Ministro Gilmar Mendes, diante de um campo que eu diria hipotético, que, em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, não podemos examinar exaustivamente por diversos motivos. Primeiro, porque os pedidos não o comportariam, e, segundo, porque sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte.

Isto por quê? Porque também, como acentuou o Ministro Gilmar Mendes, carecemos de um modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer e definir de maneira clara e com capacidade de responder a

ADI 4.277 / DF

todas as exigências de aplicação a hipóteses ainda não concebíveis.

O isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia - pensamento estritamente pessoal -, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.

Isto é um ponto de vista estritamente...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, essa observação de Vossa Excelência é importante, até porque algumas tentativas de regulamentação no plano infraconstitucional esbarravam numa possível impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, para aqueles que argumentavam que uma lei seria, de plano, considerada inconstitucional. A decisão do Supremo retira qualquer consideração nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Retira qualquer óbice à atuação do Legislativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Qualquer óbice, mostrando, pelo contrário, que o que se entende é um imperativo, a regulação do que estamos a reconhecer de direitos fundamentais decorrentes dessa situação específica.

Portanto, isso é mais um convite, mais uma justificativa para que, de fato, eventuais dúvidas, situações peculiares dessas relações possam ser eventualmente disciplinadas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu concordo. A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente. Ao contrário.

ADI 4.277 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ao contrário, exige que esses espaços sejam ocupados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Se me permite, Excelência, a nossa decisão, na linha do pensamento de Vossa Excelência - espero traduzir bem -, é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)- Nada, ao contrário. Estamos todos de acordo, portanto, também nisso. E não me estendendo mais, mas cumprimentando Vossa Excelência, em primeiro lugar, depois a todos os demais Ministros pelas brilhantes argumentações e justificações, também me congratulo com a Corte pela posição hoje tomada, e tomada por unanimidade.

Encerrando a sessão, vou proclamar o resultado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, se vossa Excelência me permitir, eu só gostaria de fazer um apelo ao eminente Relator para que contemplasse, na ementa, como nós vínhamos até estabelecendo, a diversidade de fundamentos trazidos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - De fundamentos. Perfeito, sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O que ficou muito claro é que foram vários os fundamentos, convergentes, todos, mas vários.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Exatamente.