

A Legitimidade Jurídico-moral da União Homoafetiva: Uma Lacuna no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Pablo Jiménez Serrano

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL. Professor do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. Professor do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

Marlene Iusten Nowak

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho e professora de Direito Civil do Curso de Direito do UBM.

Bernardo Monteiro de Souza Araujo Porto

Graduando em Direito
Associação de Ensino Barramansense/Centro Universitário de Barra Mansa
Barra Mansa (RJ) – Brasil

Resumo

Neste ensaio colocam-se em discussão os limites que o positivismo jurídico e a dogmática jurídica impõe na resolução dos atuais dilemas que o jurista moderno procura enfrentar. Discutem-se as posturas que derivam das diversas interpretações da norma que legitimam decisões em conflito. Caracteriza-se o fracasso dos argumentos que sustentam a separação da moral do direito, negando-se, assim, a concretização dos direitos humanos e fundamentais, felizmente consagrados nas modernas legislações.

Palavras-chaves: Direito; Homoafetividade; Concretização de direito.

Resumen

En el presente ensayo se colocan en discusión las limitaciones que el positivismo jurídico y la dogmática jurídica imponen a la resolución de los actuales dilemas que el jurista moderno procura enfrentar. Se discuten las posturas que derivan de las diversas interpretaciones de normas que legitiman las decisiones en conflicto. Se caracteriza el fracaso de los argumentos que sustentan la separación de la moral del derecho, negándose, así, la

concretización de los derechos humanos y fundamentales, felizmente consagrados en las modernas legislaciones.

Palabras-claves: Derecho; Homoafectividad; Concretización de derechos.

Sumário: Introdução. 1 A analogia como método hermenêutico. 2 Uma interpretação para além do positivismo e da dogmática. 3 A legitimidade jurídico-moral da união homoafetiva. 4 A orientação humanista na resolução de conflitos: Princípios de Yogyakarta e legislação internacional. 4.1 Princípio da Afetividade. 4.2 A Dignidade da Pessoa Humana. 5 Estudo de casos. Conclusão. Referências.

Introdução

A existência de lacunas jurídicas é um problema presente nas legislações modernas. Ela pode ser definida como uma deficiência do direito vigente, oriunda do próprio desenvolvimento de uma parte importante da realidade jurídica: do fenômeno jurídico que, especificamente, se alberga na dimensão empírica ou sociológica do direito.

Podemos, assim, afirmar que todo e qualquer ordenamento jurídico é lacunoso, pois não há legislação capaz de satisfazer a ilusão da sua completude, perante o incessante avanço da ciência, dos fatos e dadas relações humanas.

Ora, se por um lado, inexistente um direito completo, por outro, as lacunas no ordenamento jurídico podem e devem ser preenchidas, pelos caminhos que orienta a função do direito (o funcionalismo jurídico) e em detrimento da estrutura do direito (estruturalismo jurídico).

Decerto, o ordenamento jurídico não deve continuar a ser visto como uma mera e única expressão normativa do Direito, mas sim como um instrumento capaz de tutelar, “um conjunto de relações jurídicas reguladas pela norma em sua dimensão (tentativa) de satisfação da justiça” (HERVADA, 2008, p. 283). Eis que a justiça há de ser concebida como um conceito que socialmente convencionamos e que, ao fazer parte do ordenamento, pode tornar possível o preenchimento de lacunas.

Consequentemente, o ordenamento tem capacidade e pode resolver as falhas que acompanham a legislação, causadas ou não pelo próprio legislador, frequentemente chamadas de omissão legislativa.

De fato, as relações homoafetivas e os reclamos que derivam do seu reconhecimento social e jurídico, não foram pensados pelos legisladores ao pensarem e promulgarem a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Não foi previsto, nem imaginado o fenômeno que acarreta o reconhecimento de direitos derivados dessas relações, ao serem equiparadas à entidade familiar e sua eventual proteção no âmbito do direito de família.

Mas o fato de que o legislador não tenha previsto tal reconhecimento não significa que os dispositivos do Código Civil e da Constituição Federal estão desatualizados, nem muito menos que não existam recursos para o reconhecimento do direito dos casais homoafetivos de constituírem uma entidade familiar.

Esta possibilidade torna-se evidente nas jurisprudências favoráveis ao reconhecimento e possível extensão deste direito aos casais homoafetivos que resultam do uso de métodos, como por exemplo, a analogia e a utilização de princípios fundamentais, para fundamentar as decisões num sentido crítico e valorativo, o que, de fato, permite o alargamento dos conceitos família e casamento.

A crítica reservada à função social do casamento e da família requerem de uma melhor compreensão desses temas na ciência do direito. Importando, também, lembrar que o juiz não se exime de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei e por isso recorrerá à analogia, conforme prescrito no art. 126 do CPC/73 e no art. 4 da LINDB), dispositivos que destacam a importância da analogia para o ordenamento brasileiro e a legitimidade do seu uso no empenho de resolver os dilemas jurídicos.

1 A analogia como método hermenêutico

A analogia como método hermenêutico de interpretação e de aplicação do Direito auxilia no alargamento de conceitos e normas, estendendo um princípio contido em uma regra legal a outra hipótese não prevista. Por meio da analogia não se cria um direito novo.

Observa-se que “interpretar uma lei implica desenvolver um processo onde se vinculam a razão, a sabedoria e a experiência ao conteúdo das relações jurídicas e das proposições prescritivas”. (JIMÉNEZ, 2015, p. 13)

Observamos que a semelhança não legitima a identidade das coisas, por esse motivo não correto presumir que duas coisas que têm entre si alguns pontos semelhantes possam então consequentemente ser idênticas. Todavia, para além do raciocínio principiológico é preciso considerar os objetivos benéficos da regulamentação e tutela de relações. É nesse

ponto que o interprete da lei faz uso de princípios (bem comum, boa-fé, dignidade, fim social etc.), aqueles presentes na essência da constituição, não poderia deixar de enumerar em seus primeiros artigos uma lista extensa de princípios fundamentais à vida digna, sendo os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação.

Uma postura positivista negaria o reconhecimento de inúmeras relações pela falta de amparo legal. Mas, a ausência de uma norma específica que proíba o casamento entre pessoas do mesmo gênero nos obriga pensar o direito a partir de normas gerais, consequentemente, “uma conduta que não é juridicamente proibida é permitida”.

Com efeito, a interpretação contrária “o que não é permitido juridicamente, não tem reconhecimento pelo direito” faz lembrar a teoria de Hans Kelsen (1998, p.1), pois, conforme o citado autor: “o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica. Como, porém, tal problema é de importância decisiva para a política jurídica”.

Assim sendo, a norma geral negativa foi originada de um direito altamente formalista, sendo que, fazer uma interpretação extensiva de normas e estender direitos aos não protegidos, não é o que a teoria positivista centrada na legislação defende. A pureza almejada pelo autor, nos seus estudos, fez dele um adepto de um reducionismo que interpreta o direito como um conjunto de normas dissociadas de qualquer outra interferência causada por outras ciências, como a sociologia, filosofia, história e política. Esse modo de pensar distanciou o direito dos possíveis questionamentos sobre o quão axiológico e teleológico o ordenamento jurídico poderia ser.

2 Uma interpretação para além do positivismo e da dogmática

É na obra de Tercio Sampaio Ferras Jr. que encontramos a melhor descrição da Tópica de Theodor Viehweg (VIEHWEG, 2008): “um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles” (NADER, 2011, p. 291). Fica claro que a utilidade da tópica seria na solução das eventuais crises que apareceriam no ordenamento jurídico.

Viehweg também apresenta as noções de zetética (zetein, que significa perquirir) e dogmática (dokein, que equivale a doutrinar). No primeiro, o discurso argumentativo é feito por questionamentos, nunca voltados para uma verdade absoluta e no segundo, a argumentação é baseada em conceitos já pré-estabelecidos como verdades inquestionáveis.

O método zetético é que mais se aproxima desta pesquisa, pois os questionamentos feitos são respondidos com o auxílio de outras ciências como a filosofia, sociologia, a antropologia e a psicologia. No caso da dogmática o fato de não aceitar questionamentos já a torna em sua essência reducionista, e como foi dito, em uma sociedade complexa que vive com mudanças exponenciais não pode reduzir o direito em apenas puras normas sistematizadas dissociadas da realidade fenomenológica.

Mas, negar a dogmática não é a solução e muito menos descrimina-la, na visão de Tercio Sampaio, os operadores jurídicos têm a sua atenção voltada para a pura norma, onde relevante é a ordem jurídica vigente, mas devem estar receptivos ao saber oriundo das investigações zetéticas.

A Tópica jurídica de Viehweg foi uma grande influenciadora na filosofia da pós-modernidade, com o aparecimento da Nova Retórica.

Influenciado pelas ideias de Viehweg, a doutrina de Robert Alexy (2001) nos apresenta uma verdadeira diferenciação entre regras e princípios, enquanto os princípios são mandados de otimização, as regras descrevem o que deve ser cumprido. Por meio de sua Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy sustentou a opinião de que a sentença judicial não é uma simples conclusão de um silogismo, assim como a aplicação das normas.

Uma grande contribuição do autor está no seu entendimento sobre os princípios, para ele, os seus valores intrínsecos fazem como que não haja uma hierarquia e muito menos preponderância (não há princípios absolutos). Em um possível conflito, a ponderação de interesses é o melhor método para se aplicar no caso concreto e de acordo com as circunstâncias o princípio que melhor se adapta. Esta solução não elimina os princípios do ordenamento jurídico.

De acordo com esse pensamento, é que a ciência jurídica crítica, buscando uma abordagem com função finalística, constrói o Direito a partir de princípios e valores humanos e universais. Assim como a zetética, a crítica supera o dogmatismo normativista no seu pensar fechado e trás de volta o pensamento do direito natural como uma forma valorativa de fundamentar a ciência do direito.

Ante ao exposto acima, a produção científica de Miguel Reale com a sua visão tridimensionalista do Direito e não meramente a ideia de um ordenamento centrado na norma, apresenta o tridimensionalismo composto dos elementos Fato, Valor e Norma, esses que se relacionam em uma dialética de complementaridade, mudando a forma como o homem vê a função social e operacional da norma, desde a sua criação até a sua aplicação no caso concreto.

3 A legitimidade jurídico-moral da união homoafetiva

O uso da arte de argumentar e interpretar as normas (regras e princípios) do ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de alcançar uma justiça baseada em valores principiológicos e não meramente em uma política liberal, descreve a forma como o judiciário reconheceu da união homoafetiva. A melhor forma de argumentar sobre a validade jurídica da união homoafetiva vem do fato de ter que se descrever sobre o propósito do casamento e suas virtudes.

A essência do casamento é o comprometimento entre o casal baseada em uma reciprocidade, companheirismo, intimidade, afeto, amor, fidelidade, respeito, carinho, família e não meramente a procriação.

É impossível pensar em um Estado Democrático de Direito onde a separação metodológica imposta pelo positivismo jurídico é rígida o suficiente para distanciar o mundo do Direito (o ser) e a realidade fática (o dever-ser). O estado reconhecendo a união homoafetiva como família é mostrar à sociedade que a união, entre duas mulheres ou entre dois homens, possui os mesmos valores intrínsecos que uma união entre um homem e uma mulher, sendo que a essência é a mesma.

Um dos métodos do Direito Constitucional Contemporâneo empregado foi a interpretação constitucional. Tendo em mente que as normas jurídicas em geral, assim compreendendo as constitucionais, possuem uma existência objetiva, ou seja, adaptam-se à realidade dos novos tempos, não podendo desvirtuar o espírito constitucional, a interpretação construtiva foi aquela que conseguiu ampliar o sentido do alcance constitucional, com a finalidade de incidir em uma hipótese que não foi prevista pelo constituinte originário.

Nos julgados analisados é possível ver duas posturas oriundas de duas interpretações distintas, a saber: a Sistemática e a Teleológica.

A primeira afirma que o ordenamento jurídico tem de possuir a harmonia proporcionada pela prevenção ou solução de conflitos normativos e a unidade constitucional que dita valores e fins, ou seja, a Constituição além de propiciar a unidade do ordenamento é um subsistema normativo.

A Segunda trata o Direito como um instrumento prático formado para realizar determinados fins sociais de dignidade e bem-estar. É possível analisar o art. 3º da Constituição de 1988, e perceber que, no caput, a norma indica as finalidades do Estado, constituindo os seus objetivos fundamentais em seus incisos, que devem ser interpretados em

todo o sistema jurídico brasileiro. Faz-se necessário dizer que a teleologia aplicável é a de servir aos valores e os Direitos Humanos Fundamentais protegidos constitucionalmente.

Independente dessas posturas, três princípios instrumentais de interpretação constitucional são possíveis de serem extraídos das jurisprudências analisadas, sendo eles:

a) O Princípio da supremacia da constituição, que é um dos pilares fundamentais do direito constitucional contemporâneo. Materialmente falando este princípio cria no ordenamento jurídico uma força normativa condicionando que nenhuma norma pode existir validamente se for incompatível com a constituição vigente, merecendo então, o controle de constitucionalidade.

b) O Princípio da unidade da constituição é uma especificação da escola de interpretação sistemática. Tratar a Constituição como uma unidade no sistema é reconhecer o seu caráter superior que impõe forças perante as normas infraconstitucionais, que devem ser interpretadas com harmonia.

c) O Princípio da interpretação conforme a constituição fez com que o interprete passasse a analisar o Código Civil primeiramente pela Constituição, realizando a função teleológica e axiológica na aplicabilidade da legislação ordinária.

A grande questão que pode ser observada é que do ponto de vista teleológico, como foi dito, a união homoafetiva também possui a mesma finalidade que uma união heterossexual, e quanto aos valores, o intérprete observou que a nossa Constituição de 1988 faz desaparecer qualquer discriminação quanto à orientação sexual e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

4 A orientação humanista na resolução de conflitos: Princípios de Yogyakarta e legislação internacional

Em novembro de 2006, em Yogyakarta na Indonésia, foi realizada uma reunião com especialistas em Direitos Humanos que, em nome da coalizão de organizações de direitos humanos, elaboraram uma lista com os chamados Princípios de Yogyakarta. Esses princípios jurídicos aplicáveis à legislação internacional foram concebidos pela comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos como uma forma de orientar os Estados signatários dos Direitos Humanos, com relação ao respeito à identidade de gênero e com base na orientação sexual.

A preocupação com os direitos e as liberdades públicas da Pessoa Humana, principalmente à voltada para liberdade e dignidade sexual, foi o motivo pelo qual esses

princípios foram reconhecidos e exteriorizados, com o intuito de lutar contra a intolerância social e religiosa que ainda assombram alguns Estados relutantes a pensar que a homoafetividade é imoral e contra a lei.

No sentido de tornar mais evidente e coerente para os Estados, sobre quais são as suas obrigações humanistas com a sociedade, foram adotados os seguintes Princípios/Direitos: Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos, à Igualdade e a Não-Discriminação, ao Reconhecimento Perante a Lei, à Vida, à Segurança Pessoal, à Privacidade, de não sofrer Privação Arbitrária da Liberdade, a um julgamento Justo, a Tratamento Humano Perante a Detenção, de não sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel, Desumano e Degradante, à Proteção Contra todas as Formas de Exploração, Venda ou Tráfico de Seres Humanos, ao Trabalho, à Seguridade Social e outras Medidas de Proteção Social, a um Padrão de Vida Adequado, à Habitação Adequada, à educação, ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde, contra Abusos Médicos, à Liberdade de Opinião e Expressão, à Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas, à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião, à Liberdade de Ir e Vir, de Buscar Asilo, de Constituir uma Família, de Participar da Vida Pública, de Participar da Vida Cultural, de Promover os Direitos Humanos, a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes e Responsabilização (“Accountability”).

Nas jurisprudências analisadas 6 dos 29 Princípios de Yogyakarta ficaram mais evidentes: Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos, à Igualdade e a Não Discriminação, à Vida, a um Padrão de Vida Adequado, a de Promover os Direitos Humanos e de Constituir uma Família.

4.1 Princípio da Afetividade

Este princípio, assim como o Direito a Felicidade, presente implicitamente no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art.1º, III da CF/88), tem natureza constitucional e é especialmente aplicável às relações privadas entre pessoas.

Não se pode afirmar que a família está passando por crise e que essa instituição está em decadência, mas sim por profundas mudanças, “como um organismo natural a família não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização”. (DINIZ, 2011, p. 49)

Alterações na sociedade fizeram com que a palavra família passasse a ter um espectro multifacetário, pois no passado a família só era identificada exclusivamente pela existência de casamento. Hoje a família é vista como uma filiação socioafetiva (ligando pessoas pelo afeto

e o amor) e não pelo vínculo do casamento, nem a diferença de sexo do parceiro ou o envolvimento de caráter puramente sexual.

Como a família é classificada como um organismo (natural e jurídico) é necessário dizer que ela em sua existência é complexa, justamente por ser composta por seres complexos como o Ser Humano. O núcleo desse organismo já não é mais o pai (patriarcal) e então a mãe mostra o quão capaz é para gerenciar a família, mas analisando a forma contemporânea, é possível constatar que na verdade não se trata de classificar quem está no núcleo ou quem detém o poder familiar, mais os papéis se sobrepõem, se alternam, se confundem ou mesmo se invertem, ou seja, a autoridade parental não é única e estática, mas sim múltipla e dinâmica.

A constituição de 1988 introduziu um novo conceito de família (art. 226, caput e seus incisos), a monoparental, constituída por um dos pais com os seus filhos, introduzindo no ordenamento jurídico a ideia de que família não é formada apenas de um par que tem por finalidade a proliferação. Também reconheceu como família a união estável entre um homem e uma mulher, dando validade jurídica à relação existente fora do casamento, ou seja, não submetido aos rigores formais do casamento civil.

Em nossa sociedade o afeto e o amor é que têm sido usados como parâmetros para se classificar as entidades familiares. É possível ver em diversos julgados como o afeto tem sido usado como justificativa para a concessão de direitos, como a união homoafetiva e os mais novos casos de poliafetividade e o possível reconhecimento de filiação pluriparental ou multiparentalidade.

Não cabe ao Estado impor o afeto, mas sim protegê-lo em suas diversas formas de manifestação nos relacionamentos.

Nas palavras do jurista Paulo Lobo, o princípio da afetividade é o princípio que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.” (LÔBO, 2011. p.70)

4.2 A Dignidade da Pessoa Humana

Pensar em um ordenamento jurídico no século XXI é pensar em uma vida digna, e dignidade é poder amar aquele por quem se apaixona.

No Estado Democrático de Direito brasileiro a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos basilares, pensando assim, por meio de uma exegese voltada aos Direitos

Humanos fundamentais, é possível observar julgados que usaram dessa interpretação para reconhecer o direito dos casais homoafetivos de poderem celebrar a união estável.

Fazendo uma análise do julgamento da ADI 4277 e do ADPF 132 é possível observar o quão importante foi o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Baseado apenas nesse princípio, o STF, na sua prerrogativa constitucional, reconheceu a necessidade de declarar que um casal homoafetivo poderia viver em uma união estável e desfrutar de todos os direitos e garantias que um casal heterossexual possui.

Mas afinal, o que é a Dignidade da Pessoa Humana?

O que conhecemos hoje como dignidade da pessoa humana foi o que no passado era chamado de direitos do homem, tendo como seu idealizador Kant. O Homem possui na sua qualidade de ser uma característica ontológica que outorga a ele sua dimensão de natureza racional onde reside a dignidade. Desrespeitar a dignidade é ir contra a própria condição de ser humano, ou seja, o desrespeito à sua condição de pessoa humana e se pensarmos a justiça como “a virtude da dar a cada um o seu direito” (HERVADA, 2008. p. 95), nada mais justo do que reconhecer o direito ao amor entre os homoafetivos, por que, por mais que seja dado relevância as questões referentes ao patrimônio do casal em uma possível separação, o afeto, o amor e a vontade de manterem juntos uma família, transcende por meio de uma ponderação principiológica toda e qualquer forma de discriminação. A liberdade de amar e ser amado são características formadoras da dignidade da pessoa humana.

Dito isso, é possível perceber que não é só por meio da teoria da justiça que é possível rebater a ideia dos positivistas, mas fazendo uso da teoria dos direitos humanos fundamentais, sendo a dignidade da pessoa humana o ápice de legitimidade à toda forma de amor.

5 Estudo de casos

Uma pesquisa documental permitiu, por meio de análise de casos, fundamentar os argumentos acima.

ADI 3300 MC/DF: Em fevereiro de 2006, esta ação direta de inconstitucionalidade foi declarada extinta por razão de ordem formal, pois, tal ADI pugnava pela inconstitucionalidade do art. 1º da lei 9278/96 (lei da união estável), mas como é possível vislumbrar no relatório do ministro Celso de Mello, que traz o entendimento de diversos doutrinadores civilistas, o art. 1º da referida lei sofreu derrogação pelo código civil de 2002 que passou a disciplinar a matéria da união estável em título próprio (Título III), no Livro IV Do Direito de Família (arts. 1723 a 1727 do CC/02) e esparsamente (1694 – obrigação alimentar CC/02).

Formalmente falando a ADI não fez o efeito desejado, mas quando se faz uma análise material, o ministro, em sua opinião, entende que há uma extrema importância jurídico-social da matéria e que talvez pudesse ser viável analisar o mérito em sede de ADPF. Mesmo extinguindo a ação, o ministro Celso de Mello apoia-se em valiosa hermenêutica construtiva e em princípios fundamentais para discorrer em uma conclusão que, em sua opinião, seria possível reconhecer a legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, revelando possíveis consequências positivas no plano do direito e no âmbito das relações sociais.

ADPF 178, que virou ADI 4277/DF: Em julho de 2009, a PGR Deborah Duprat, entrou com um ADPF de natureza autônoma, de número 178, com a finalidade de que seja declarada o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, adquirindo assim, os mesmos direitos e deveres que uma união heterossexual.

Nos termos da petição inicial desta ADPF, a procuradora afirmou que os atos do poder público que violaram os preceitos fundamentais são: o não reconhecimento pelo Estado brasileiro da união estável formada entre pessoas do mesmo sexo e mostrou o conjunto de decisões judiciais de tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça que negaram a união homoafetiva por interpretarem de forma errônea a constituição de 1988.

Na visão do presidente do STF, que no ano de 2009 era presidido pelo ministro Gilmar Mendes, tal ação não poderia ter sido impetrada como ADPF por faltar objeto específico e bem delimitado conforme descreve o art.1º c/c o art. 4º da Lei nº 9.882/99. Mas, conforme é possível extrair do art.4º §1º da mesma lei, é possível sanar a lesividade por meio de outro meio processual eficaz, a ADI, isso porque, a ADPF tem caráter residual caracterizado pelo princípio da subsidiariedade.

Com base na jurisprudência do STF (ADPF 72 QO/PA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 1º.06.2005 – inf. 390/STF) e a pedido subsidiário da Procuradoria-Geral da República (interpretação conforme a constituição do art. 1723 do Código Civil), foi conhecida e reautuada a ADPF como ADI, cujo o objeto é o art.1723 do Código Civil.

ADPF 132: Autuada em Fevereiro de 2008, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e tendo como relator o Min. Ayres Britto, tal ação tinha como objetivo cessar a lesão dado pelo descumprimento de preceito fundamental, pois na medida da interpretação dos incisos II e V do art. 19 e dos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-Lei 220/75 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), a interpretação era reducionista de direitos a pessoas de orientação homoafetiva. Outro descumprimento alegado foram as

decisões judiciais dos tribunais Estaduais, não só do Estado do Rio de Janeiro, pois, negavam a existência de entidade familiar e possível direitos e deveres aos casais homoafetivos.

Como dito anteriormente, o princípio da subsidiariedade foi usado também nesta ADPF, de número 132, para que seja conhecida como ADI, mas como a presente ação, assim como a ADI 4277/DF visa também a interpretação conforme a constituição do art. 1723 do código civil, com isso a coincidência entre as matérias, foram julgadas simultaneamente a ADI 4277/DF e a ADPF 132, conforme é dito no art. 77-B RI/STF.

Conclusão

Como resultado da presente pesquisa conclui-se que o positivismo jurídico e a orientação dogmática impõem sérios limites à eficácia à concretização de direitos.

Na resolução dos atuais e futuros dilemas que o jurista moderno irá enfrentar não cabe a orientação silogística ou dedutiva proposta pela tradição jurídica. Uma nova postura se impõe perante as diversas interpretações da norma que legitimam decisões em conflito a favor da lei e contra a justiça.

Portanto, consideram-se fracassados os argumentos que sustentam a separação da moral do direito, negando-se, assim, a concretização dos direitos humanos e fundamentais, felizmente consagrados nas modernas legislações.

O preenchimento de lacunas normativas é um exercício essencial e necessário do direito moderno. Esse exercício é possível se superadas as deficiências do direito vigente, oriunda do próprio avanço de pensamento jurídico, de seus problemas e relações.

A justiça e o próprio sentido humanista do direito há de superar a existência de um direito incompleto. A concepção funcional do direito é, de fato, a orientação que irá permitir a completude do direito.

O ordenamento jurídico não deve continuar a ser descrito como uma mera expressão de normas relacionadas sob os critérios de hierarquia, de validade e de coerência. Direito, nesses moldes, há de ser definido como um instrumento de concretização de valores e a justiça um conceito que torna possível o preenchimento de lacunas. Conclui-se, assim, que as relações homoafetivas e os reclamos que derivam do seu reconhecimento social e jurídico, podem encontrar respaldo nesse entendimento

Referências.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *A Natureza dos argumentos acerca da natureza do direito*. Tradução Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/129>. Acesso em 20 de maio de 2014.

_____. *Conceito e validade do direito*. Org. Ernesto Garzón Veldés [et al]; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. E notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Direito e poder*. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

CAFFÉ ALVES, Alaôr. As raízes sociais da Filosofia do Direito: uma visão crítica. In, *O que é a filosofia do direito?* Barueri, SP: Manole, 2004.

CALSAMIGLIA, Albert. "Postpositivismo", In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 21, Alicante, Instituto Miguel de Cervantes, 1998.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, volume 5: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O império do direito*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

GONZÁLEZ, Antonio José Muñoz. Abogado. *Webmaster de la Web Jurídica Iuris Tantum* (Espanha). Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999/2000, pp. 57-66.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madri: Trotta, 1998.

HART, H. L. A. *O conceito do direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HERVADA, J. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução por Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

IHERING, Rudolf von. *É o direito uma ciência?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

JIMÉNEZ SERRANO, Pablo. *Filosofia do Direito*. Campinas. SP: Editora Alínea, 2014.

_____. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2015.

_____. *Curso de Filosofia Jurídica*. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2015.

KANT Emmanuel. *Doutrina do Direito*. 4. ed. Col. Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone, 2013.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria geral do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. Filosofia do Direito e Princípios Gerais: considerações sobre a pergunta “O que é a Filosofia do Direito”. In, *O que é a filosofia do direito?* Barueri, SP: Manole, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 208, *apud*. Custódio da Piedade Ubaldo Miranda. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: R T, 1989.
LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORESO, José Juan. *El positivismo jurídico y la aplicación del derecho*. In, Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho, 27 (2004), p. 45 – 62.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA de Lima Junior, Oswaldo. Direito, Justiça e Ética: Qual a Moralidade. *Direito & Paz*. Ano XV. N.º 29, 2013.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Variações sobre a estrutura do Direito*. <http://www.miguelreale.com.br/artigos/varestedir.htm>. Acesso em 24, 05, 2010.

SIQUEIRA ABRÃO, Bernadette (Org.). *História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iuris, 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-Científicos*. Fabris, 2008.