

O Papel dos Princípios Diante da Lacuna Legislativa

Patricia Rodriguez Whately¹

INTRODUÇÃO: A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Passada a fase jusnaturalista, em que os princípios gozavam de pouca valia, sendo considerados uma esfera abstrata do direito cuja normatividade era nula e, superada a fase do positivismo, em que os princípios só teriam espaço quando houvesse um caso de lacuna legislativa e a única justificativa para a utilização dos princípios era que eles eram derivados das leis, chega-se ao pós-positivismo, onde os princípios são vistos com o máximo de normatividade.

A ideia de que os princípios derivam das leis é absolutamente superada, sendo construída de maneira inversa: agora são as leis que derivam dos princípios, reconhecendo-se o caráter destes de geração das normas.

Atualmente, considera-se que os princípios são, pela sua própria natureza, elementos-chave da normatividade da Constituição e desse modo vêm ganhando uma força extraordinária no que se refere à proteção da identidade da Constituição e à garantia de Justiça, justamente devido a seu alto grau de indeterminação, que permite aos princípios a se adaptarem a situações diversas e, a partir deles, ser elaborada uma variedade de regras.

DIFERENÇA ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

De acordo com Canotilho², distingue-se o princípio da regra pelos

1 Juíza de Direito em exercício na 35ª Vara Cível.

2 CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1124-1125.

seguintes critérios: grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação no caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, proximidade da ideia de Direito e sua natureza normogenética (os princípios se situam como fundamento para as regras).

Segundo a doutrina de Kelsen, o ordenamento jurídico pode ser visualizado como um complexo escalonado de normas de valores diversos, no qual cada norma ocupa uma posição intersistêmica, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos.

Nessa linha de raciocínio, uma norma só será válida caso consiga buscar seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, até que se chegue à norma última, que é a norma fundamental.

Desse modo, conforme já demonstrado, os princípios estão inseridos no conceito lato de norma jurídica, e, assim como Kelsen demonstrou que as normas estão escalonadas hierarquicamente, poderíamos facilmente deduzir que o mesmo ocorre com os princípios.

O sistema jurídico se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes.

Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores, e estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras.

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AO CASO CONCRETO: FILIAÇÃO HOMOPARENTAL

Por muitos anos a sociedade admitia apenas a família constituída através de um casamento civil e os filhos legítimos advindos desta união, relegando à própria sorte as uniões estáveis, os concubinatos e a prole extraconjugal.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, os filhos de uniões extraconjugais passaram a ter direitos idênticos aos filhos concebidos

na constância do casamento, revogando normas até então vigentes dispostas no Código Civil de 1916.

A união estável também passou a ser reconhecida como entidade familiar, contudo, a Lei Maior dispôs no art. 226, § 3º, que tal união é assim reconhecida entre homem e mulher.

Interpretando-se tal norma em sua literalidade, sem utilização de uma interpretação sistemática da Constituição, poderia se pensar que as uniões homoafetivas ficaram de fora do conceito da união estável e, portanto, sem a devida proteção jurídica.

Contudo, não se pode olvidar da força normativa dos princípios constitucionais.

No art. 1º da Constituição consta que a República Federativa do Brasil tem como um de seus princípios a dignidade da pessoa humana.

Já o art. 3º da Lei Maior dispõe que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pela leitura de tais normas principiológicas se denota que o art. 226, § 3º, da Constituição naturalmente não poderia excluir a união homoafetiva como espécie de união estável, já que não estaria construindo uma sociedade mais justa nem promovendo o bem todos se, em virtude de preconceito em relação a opção sexual de um grupo da sociedade (homossexuais), os excluísse do conceito de entidade familiar.

A mesma interpretação deve ser dada ao art. 226, § 7º, da Constituição, já que tal norma dispõe que “fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”.

Ou seja, apesar de tal norma mencionar “paternidade responsável”, também deve ser considerada incluída em tal disposição constitucional a maternidade responsável, nos casos de união homoafetiva.

Desse modo, quando o casal for constituído por duas mulheres seria possível que o filho destas fosse registrado em nome de ambas?

A norma infraconstitucional que rege a matéria, a Lei 6.015 de

1973, prevê em seu art. 54 que o assento de nascimento conterá o dia, mês, ano e lugar do nascimento, o sexo do registrando, o fato de ser gêmeo ou não, o nome e prenome da criança, a ordem de filiação de outros irmãos, os nomes, prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos e nome e prenome de duas testemunhas.

Portanto, segundo a lei, somente o filho nascido de uma união heteroafetiva poderia ser registrado com o nome de ambos os pais, na medida em que a norma supracitada menciona a exigência de nome e prenome paterno e materno.

Seria essa a interpretação mais adequada da norma, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana?

Insta destacar que também é necessário investigar a *mens legis*, ou seja, a finalidade da norma, a fim de verificar se, com a interpretação realizada, foi atendido o escopo da norma.

A norma que exige o registro do nascimento ocorrido em território nacional e exige que vários elementos ligados a esse nascimento constem do assento de nascimento visa a dar subsídios ao nascituro acerca de sua família e suas origens, garantindo assim sua identidade.

Por conseguinte, a fim de promover o bem da criança nascida em um lar homoafetivo, no tocante a sua identidade, bem como no que concerne a sua dignidade, não seria possível vedar a esta criança que, de seu assento de nascimento, não constasse o nome de ambos os pais, sejam eles hetero ou homossexuais.

No Estado de São Paulo, foi apreciada demanda cujo pedido consistia em ver reconhecida a dupla maternidade, já que o óvulo pertencia a uma das companheiras (mãe biológica), enquanto a outra teve tal óvulo fertilizado *in vitro* e implantado em seu útero (mãe gestacional), dando à luz a criança.

O processo de nº 0203349-12.2009.8.26.0002 correu sob sigilo de justiça perante a 6ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro e o juiz Fabio Eduardo Basso reconheceu o direito das mães, que viviam firme, estável e pública união afetiva em ter ambos os nomes

constantes do assento de seus filhos.

No caso em comento, a inseminação artificial foi realizada por meio de fertilização *in vitro* dos óvulos de uma das conviventes com sêmen masculino de doador anônimo, formando embriões posteriormente transferidos para o útero da outra convivente.

Destaque-se que a mãe gestacional já tinha tido sua condição reconhecida e o que as companheiras buscavam era que o nome da mãe biológica também constasse do assento de nascimento dos menores.

O juiz constatou o vínculo afetivo que ambas possuíam com as crianças e entendeu que tal vínculo era preponderante sobre qualquer eventual discussão sobre qual delas deveria ser coroada ‘MÃE’.

De acordo com o magistrado, o fato estava consolidado, e as chances de insucesso e frustrações eram idênticas às do casal heterossexual e seus filhos, ou daqueles que sozinhos se dedicam à sublime condição de pai ou mãe, *verbis*:

“Os temidos e ocasionais constrangimentos, próprios da vida em sociedade e a atingir qualquer de nós sem distinção, por razões iguais ou diferentes, mas sempre sem nobreza, além da improvável insurgência das crianças, na fase adulta, com a filiação a elas atribuída, não afetarão ou modificarão a situação consumada, o estado imutável das coisas. (...) Ainda assim, dar força jurídica à realidade, assegurar todos os encargos e direitos inerentes ao poder familiar, ao parentesco, é nada mais que o justo com este núcleo familiar.

Quando a técnica conhecida e permitida melhora e até contraria a natureza, não cabe ao Direito ficar indiferente ou resistente. Duas genitoras, como exhibe o caso e nas suas especificidades, não se pode estranhar ou deixar de ver. (...). Alicerça a solução e pelo que por si e em si diz, o princípio da dignidade da pessoa humana. Igualmente, a liberdade, o direito a se ter filhos e de planejá-los de maneira responsável. Ainda, o dever da não discriminação e igualdade, às várias formas de família e aos filhos que delas se originem e, conseqüentemente, o

direito ao estado de filiação e ao nome, reciprocamente entre pais e filhos, não só para a perfeita e própria identificação, mas também daqueles e da célula familiar de que derivam. Ao final certo que respeitados, na hipótese, os superiores interesses dos menores de idade.”

CONCLUSÃO

As velozes mudanças ocorridas no seio da sociedade moderna não são acompanhadas pelo Poder Legislativo, de modo que é impossível a este prever todos os conflitos sociais que possam vir a existir e estabelecer regras para sua solução.

Tal solução tampouco seria adequada, uma vez que a velocidade das mudanças poderia deixar as normas produzidas ultrapassadas, retirando seu poder normativo.

Ademais, quando uma regra é concretizada em uma lei, ela deriva de comportamentos praticados repetitivamente pela sociedade e aceitos por sua grande maioria.

Ocorre que não se pode esquecer a minoria - que pratica comportamentos muitas vezes não aceitos pela maioria e, portanto, que jamais serão albergados pela lei -, que igualmente merece proteção jurídica, mormente quando tais comportamentos estão em consonância com os princípios que funcionam como diretrizes gerais do sistema.

Tal é o caso da união homoafetiva que desafia dos operadores do Direito a interpretação das normas à luz dos princípios inculpidos na Lei Maior, promovendo assim o bem de todos sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. ◆