

## AS LACUNAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

CONSTITUTIONAL GAPS AND THE LAW AS INTEGRITY: ANALYSIS OF A CASE

\* Bruno Amaro Lacerda

\*\*Juliana Martins de Sá Müller

**Resumo:** Este artigo discute a possibilidade de reconhecimento de lacunas constitucionais a partir de uma visão do Direito como integridade. A proposta é pensar a relação entre lacunas e integridade a partir de uma controvérsia jurídica bastante conhecida, a referente à viabilidade constitucional das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, reconhecidas pelo STF na ação direta de inconstitucionalidade nº 4277. O intuito é mostrar que as decisões proferidas, incluindo a do STF e as de outros Tribunais que o precederam no exame da questão, foram erroneamente justificadas com o recurso à ideia de preenchimento de uma lacuna, escapando assim aos limites de uma argumentação judicialmente adequada.

**Palavras-chave:** Lacunas; Integridade; Ativismo judicial.

**Abstract:** This paper discusses the possible recognition of constitutional gaps and loopholes, using the perspective of law as integrity. The objective of this study is to deliberate about the connection between constitutional gaps and integrity using a famous legal controversy: the constitutional viability of same-sex unions, decided by the Brazilian Supreme Court on the Direct Unconstitutionality Action No. 4277. Therefore, what we aim to show is that, while examining the issue, the rulings of the Supreme Court's and other courts were falsely justified based on answers for the constitutional gap, which escaped the limits of appropriate judicial reasoning.

**Keywords:** Gaps; Integrity; Judicial activism.

**Como citar:** LACERDA, Bruno Amaro; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 102-118, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p102. ISSN: 2178-8189.

\* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto III da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: brunoalacerda@ig.com.br.

\*\* Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: julianamartinsmuller@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, em seu artigo 226, §3º, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, equiparando-a ao casamento para fins de proteção jurídica. Posteriormente, ela foi regulamentada pela Lei 9.278/96 e reafirmada pelo artigo 1.723 do Código Civil de 2002. Os pares homossexuais, não abrangidos por essas leis, clamaram então por igualdade de tratamento e começaram a buscar o reconhecimento jurídico de suas uniões, com a questão chegando até o Supremo Tribunal Federal.

Em 05 de maio de 2011, o STF deu provimento ao pedido aduzido na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Dentre os argumentos utilizados estavam o respeito à liberdade individual e o direito fundamental à igualdade. Mas, antes da decisão do Supremo, os tribunais brasileiros já vinham enfrentando o problema. Diante do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, os juízes necessitavam de um critério seguro para prolatarem decisões justas. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), repetidas vezes (como se pode ver nos processos de números 70003967676, 70030880603 e 70018971804), solucionou os casos que lhe chegaram com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito (como prescreve o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), o que indica que tratavam a questão como uma lacuna, mais especificamente uma lacuna da Constituição.

Isso suscita um problema de teoria do direito: pode-se falar na existência de lacunas constitucionais? Sustenta-se comumente que os conteúdos que faltam na Constituição foram omitidos pelo poder constituinte originário conscientemente: seriam, assim, lacunas no sentido político e não no sentido normativo, e por essa razão os juízes não estariam autorizados a supri-las. Deste modo, tais omissões não deveriam ser consideradas propriamente lacunas, pois estas só se dão infraconstitucionalmente.

Além disso, a Constituição é a norma que determina as competências dos magistrados e, se fosse aceita a existência das referidas lacunas, a adoção dos critérios da LINDB daria aos juízes um poder normativo equiparado ao do constituinte derivado. Deste modo, preencher o que é considerado ausente na Constituição é uma pretensão que, como procuraremos mostrar, não cabe ao Judiciário, mas ao Legislativo, na sua condição de reformador do texto constitucional.

Para sustentar esse argumento, parte-se da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Justifica-se a escolha desse marco teórico por sua colocação de que o direito deve ser íntegro, tanto no seu processo de criação quanto no de aplicação. A integridade impõe coerência de princípios em ambas as situações, determinando que o Estado atue sempre balizado por um conjunto moral único e coerente. Com base na ideia de integridade pode-se também distinguir os argumentos de política dos argumentos de princípio, sendo que o direito deve se pautar nestes e não naqueles, inclusive no que tange à colmatação de lacunas. A pergunta que se coloca, portanto, é: as razões invocadas pelo Judiciário nas soluções dadas à questão das uniões entre pessoas do mesmo sexo atendem às exigências de integridade do direito?

## 1 A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA E A QUESTÃO DAS LACUNAS

A ciência do direito não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda, influenciando na realidade: tem caráter tanto informativo quanto diretivo. Seu objeto de estudo é o próprio ser humano que, por seu comportamento, entra em conflitos, cria normas para solucioná-los, decide-os, renega sua decisão etc. A cientificidade do direito apresenta-se, a partir disso, como zetética ou dogmática. As questões zetéticas têm função especulativa, acentuando o aspecto pergunta; dessa forma, conceitos básicos, premissas e princípios estão sempre abertos à dúvida. As questões dogmáticas, por sua vez, têm função diretiva e acentuam o aspecto resposta; as premissas são, ao menos temporariamente, inquestionáveis; por isso, diz-se que a dogmática jurídica é dependente do princípio da inegabilidade dos pontos de partida.

Ferraz Júnior (2003, p. 91) afirma que a ciência do direito envolve sempre um problema de decidibilidade dos conflitos sociais e, nesse intuito, articula-se em três diferentes modelos. Ao primeiro dá-se o nome de analítico, tendo em vista que encara a decidibilidade como relação hipotética de conflitos e decisões, determinando suas condições de adequação; pressupõe o homem como um ser dotado de necessidades, as quais revelam interesses que devem ser sistematizados por regras. O segundo modelo é chamado empírico, pois vê a decidibilidade como busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético; o ser humano aparece como um ser dotado de funções, adaptando-se às exigências de seu ambiente, e a ciência, nesse caso, é pensada como um sistema explicativo do comportamento humano controlado

por normas. Por fim, o terceiro modelo recebe o nome de hermenêutico, uma vez que analisa a decidibilidade a partir do ângulo de sua relevância significativa, tratando da relação entre a hipótese de conflito e a de decisão pelo viés do seu sentido; o homem é então tomado como um ser cujo agir tem um significado e a ciência do direito se assume, diante disso, como atividade interpretativa.

Assim, a interpretação tem extrema relevância para o direito, pois as normas só adquirem sentido quando interpretadas. O instrumento utilizado pelo jurista é a linguagem e, por isso, a determinação de seu sentido impõe que seja escolhido um significado em detrimento dos demais, sendo estes neutralizados. Portanto, o jurista é responsável não só por conhecer o texto, mas também por delimitá-lo, precisando sua força e alcance. Existem diversos problemas de indeterminação normativa e cabe àqueles que atuam no Judiciário resolvê-los. Para Hans Kelsen (2003), essa indeterminação pode ser intencional ou não-intencional. A primeira diz respeito à vontade do legislador, que pode deixar certas questões em aberto, e a segunda ocorre por ser a linguagem humana plurívoca e, assim, comportar várias interpretações.

Antes de Kelsen, buscava-se uma teoria dogmática da interpretação, marcadamente mecanicista. Esta posição não ganhou força com sua obra, pois ele se colocou de forma contrária a uma teoria objetiva da interpretação, por não acreditar num meio de se chegar a uma interpretação única, mais correta que as demais. Ele explica que a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Para ele, o direito a ser aplicado forma uma moldura que guarda em seu quadro as várias possibilidades de interpretação a serem escolhidas pelo órgão aplicador. A escolha que elege a possibilidade considerada mais adequada dentre as demais na norma-quadro é um fato que combina uma operação de conhecimento jurídico com um ato de vontade do aplicador do direito.

Esse conhecimento e a escolha que o sucede não podem ser pensados apartados do objeto que se deseja interpretar/aplicar. Raul Canosa Usera afirma que a matéria objeto de cada interpretação é o que efetivamente determina, dentre as possibilidades existentes, o caráter do trabalho hermenêutico que sobre ela recai. Cada tarefa interpretativa tem, assim, suas especificidades (CANOSA USERA, 1988, p. 55).

Enfocando a interpretação constitucional, deve-se ressaltar que as disposições da Constituição regulam situações eminentemente políticas. Isso confere personalidade ao texto fundamental e justifica sua compreensão por meio de uma dogmática específica, diferente da utilizada nos demais ramos do

direito. O que não implica dizer que a hermenêutica constitucional se enquadre na interpretação intuitiva: seu viés político não faz sucumbir a juridicidade da interpretação (CANOSA USERA, 1988, p. 56).

Tem-se, assim, uma interpretação especializada, porque o objeto interpretativo é de caráter especial. Canosa Usera enumera duas características que marcam essa especialidade: a) a Constituição é fundadora do Estado e estabelece o modo de funcionamento do ordenamento jurídico; b) ela tem eficácia normativa vinculante e necessária abstração sobre as demais normas do ordenamento. Deste modo, devido ao seu grande campo de atuação, há que se levar em conta, para sua melhor compreensão, a ideologia constitucionalmente adotada.

Com o movimento de constitucionalização, todos os ramos do direito se voltaram para a Constituição, que passou a ser o norte de todo o sistema jurídico. Sabendo-se que ela é o centro do ordenamento, há que se discutir, então, em que este consiste. A noção de ordenamento foi introduzida pelos positivistas e refere-se a um conjunto de normas, embora não se limite a isso. Ferraz Júnior (2003) descreve o ordenamento jurídico como um sistema cuja forma combina elementos normativos e não-normativos. Ele é um sistema dinâmico, sem conteúdos pré-fixados. A dinamicidade é proporcionada por uma norma que dispõe sobre a forma de criação das outras normas, permitindo a evolução do sistema. A esse ordenamento são atribuídas três características: a unidade, a coerência e a completude, objetivando-se que ele seja coeso, sem antinomias e completo.

Sua unidade é fornecida pela norma fundamental, pressuposto que todos devem respeitar. A coerência, por sua vez, ocorre quando o ordenamento é livre de antinomias, que se dão quando há normas versando de forma contrária sobre dada situação, no mesmo âmbito de validade. Quanto à completude, ela diz respeito ao ordenamento sem lacunas, havendo uma norma para cada caso ou um meio de suprimir-lhe a falta. Essa característica relaciona-se à concepção do ordenamento como um sistema dinâmico, tendo em vista que o sistema evolui conforme interessa à sociedade e aos seus padrões normativos.

As lacunas, assim, são problemas jurídico-políticos, caracterizados por um descompasso entre a produção normativa estatal, o litígio jurisdicionalizado e a dinâmica social. As relações sociais e seus conflitos, objetos de análise da ciência do direito, estão em contínua transformação, o que não é acompanhado pelo exercício estatal de positivação das normas.

Começa-se a falar em lacunas a partir da centralização do poder nas mãos

do Estado, pois este traz a onipresença do legislador e seu domínio na produção de normas, deixando de lado formas não estatais de criação do direito, como os costumes. Nesse contexto, o Legislativo passa a ter de observar os anseios da população, mas sua produção normativa é dissonante quando comparada ao rápido avanço social. Portanto, à medida que a legislação envelhece, torna-se deficiente e apresenta lacunas.

Há que se observar que “lacuna” e “silêncio da lei” não são expressões sinônimas. Quando o legislador não inclui, intencionalmente, certa disposição em lei, tem-se aí um silêncio eloquente (LARENZ, 2001, p. 363), o que não deixa de ser uma forma proibitiva ou, ao menos, não permissiva de direitos.

Deve-se falar em lacuna somente quando falta ao ordenamento uma regra que não foi deixada ao “espaço livre do direito” (LARENZ, 2001, p. 364), situação esta que se dá quando a ordem jurídica renuncia conscientemente a uma valoração para deixá-la aberta à moral individual. Por mais que possa ser duvidosa a delimitação do que está contido nesse espaço livre e o que constitui a esfera de necessária regulação jurídica, essa distinção é relevante, pois somente o que falta no segundo âmbito é que pode ser chamado propriamente de lacuna.

Há várias espécies de lacunas, como as intencionais e as não intencionais, as manifestas e as ocultas, e as iniciais e as posteriores. Mas se destacam dois tipos fundamentais, citadas por Zitelmann como autênticas e não autênticas, as quais Larenz nomeia como lacunas normativas e lacunas de regulação e a maioria da doutrina chama de próprias e impróprias.

As primeiras dizem respeito à incompletude de determinada norma, que acontece quando, a partir da lei, não pode ser encontrada uma decisão. É uma lacuna do sistema ou de parte dele. Esse tipo de lacuna pode ser eliminada pela aplicação das leis vigentes e é facilmente colmatada por meio da atuação do intérprete.

Já as segundas vinculam-se à falta de uma almejada regulação para uma questão específica. Há um fato típico previsto em lei, mas a solução ligada a ele não é a desejável. Como ensina Norberto Bobbio, esse tipo de lacuna deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal. Para que possam ser eliminadas, necessitam da formulação de novas normas e só podem ser completadas pela ação do legislador (BOBBIO, 1994, p. 140). Todo sistema jurídico é permeado por lacunas ideológicas, uma vez que o ordenamento positivado não é perfeito e, como dito, sua produção não acompanha os anseios sociais, situação que faz com que inconformidades desse tipo apareçam com frequência.

A partir dessa classificação infere-se o que é realmente uma lacuna: a lacuna autêntica, normativa, própria. O outro tipo, que diz respeito à incompletude do sistema comparado a um sistema ideal, traz ausências e incompletudes ideológicas, com as quais os juristas não deveriam se preocupar, pois trazem em seu bojo questões estritamente políticas.

Se a lei contiver lacunas próprias, a faculdade de desenvolver os direitos compete indiscutivelmente ao Judiciário, que deve se utilizar da dogmática hermenêutica para preenchê-las. O ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, deixa claro que o juiz não pode se escusar de resolver um caso devido à ocorrência de uma lacuna. O artigo 4º da LINDB dispõe que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Com isso, reconhece-se que o ordenamento não precisa ser preventivamente completo, pois é completável (BOBBIO, 1994, p. 119). Ressalte-se, mais uma vez, que a utilização da teoria da interpretação pelo Judiciário para a supressão de lacunas diz respeito apenas aos casos em que se tem efetivamente uma lacuna, ou seja, não se aplica às chamadas lacunas ideológicas.

Voltando ao campo constitucional, pode-se falar em lacunas, tendo em vista que, nesse ponto, o sistema é especializado? Para responder a essa indagação, faz-se necessário abordar o marco teórico escolhido.

## 2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

O direito é um fenômeno social de prática argumentativa, cujo objetivo é solucionar conflitos. Para isso, diz Dworkin (2003, p. XI), ele deve ser entendido de modo a garantir um equilíbrio entre a jurisdição e a justificativa para sua prática, o que se dá por meio de uma interpretação construtiva. Esta consiste em impor um propósito ao objeto, a fim de torná-lo o melhor possível. Para que se cumpra essa tarefa, há que se levar em consideração sua história, pois esta exerce uma espécie de coerção sobre as interpretações disponíveis.

Sendo o direito um conceito interpretativo, deve-se considerar que seu aplicador avalia o procedimento de aplicação numa perspectiva de construção institucional de princípios morais. Dada a importância dos aspectos morais, Dworkin procura demonstrar a relação entre direito e moral colocando o primeiro como um departamento da segunda, embora sejam substancialmente distintos. Observando essa complementaridade e partindo do fato de que o

escopo central do direito é a justificação das decisões institucionais, ele elabora a concepção do direito como integridade. Proposta que passa, necessariamente, pela análise crítica das correntes convencionalista e pragmatista.

O convencionalismo apresenta uma visão retrospectiva do direito, apresentando-o preso aos precedentes, dependente de convenções jurídicas, formas normativas pré-estruturadas e com grande rigidez interpretativa. Os convencionalistas entendem que o direito se encerra nas convenções preestabelecidas pelo legislador, resumindo-o à aplicação de tais convenções ao momento presente.

A tentativa do convencionalismo de se apoiar nos precedentes, reduzindo a ideia de direito às decisões do passado, esvazia-se quando o juiz tem diante de si um caso em que a lei é silente. As convenções não conseguem abarcar todas as situações fáticas. Por mais imaginativo que seja o legislador (ou o juiz que fixou o precedente), o direito por convenção não possui solução completamente estruturada para os novos conflitos, uma vez que estes surgem constantemente. Nessa situação, as decisões acabam sendo tomadas de forma discricionária, sendo possível ao juiz criar um novo direito em um caso no qual não havia direito algum, utilizando-se, para esse fim, de padrões extrajurídicos.

Já o pragmatismo situa-se no outro extremo, negando que as decisões encontrem justificação nos precedentes. Traz consigo certo ceticismo jurídico, uma vez que desconsidera a existência de pretensões juridicamente tuteladas. O direito é interpretado em consonância com os resultados, tendo como foco as consequências das decisões, devendo estas melhorar o futuro da comunidade. Os pragmatistas, ao decidirem um caso, entendem que devem se ater aos objetivos e alcançá-los por qualquer método eficaz, evidenciando que nos casos de aplicação do direito os meios não tem relevância, pois o que importa são apenas os resultados. Esta concepção nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, mas sustenta que, por vezes, os juízes agem “como se” esses direitos existissem, pois, em longo prazo, esse modo de agir servirá melhor à sociedade.

Essas duas concepções ignoram que um Estado de Direito é guiado, antes de tudo, por princípios. Dessa forma, tanto o pragmatismo, ao instrumentalizar os direitos, quanto o convencionalismo, ao defender uma rígida obediência à convenção, desconsideram a existência de um conjunto coerente de princípios que devem endossar as decisões, acabando por não levar os direitos a sério.

A integridade, por sua vez, surge como uma alternativa aos problemas apontados nas duas vertentes, tendo em seu cerne a questão da coerência de princípios. Cabe ressaltar que, segundo Dworkin, os princípios têm grande



importância para a justificação das decisões, pois dizem respeito a um padrão que deve ser observado por exigência de uma dimensão moral. Eles diferenciam-se da política, uma vez que esta se dá por meio de um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado de modo geral, como uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

As decisões judiciais devem se basear em argumentos de princípio, ou seja, argumentos que justificam uma decisão mostrando que ela respeita direitos de uma classe de indivíduos. O direito como integridade vê a coerência de princípios como fonte dos direitos, supondo que as pessoas têm direitos e que estes extrapolam a extensão explícita das práticas políticas tidas como convenções<sup>1</sup>. Não se nega, com isso, o respeito às decisões do passado nem a importância de se pensar as consequências da decisão. O direito como integridade vê as afirmações jurídicas como opiniões interpretativas que combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a prática jurídica como uma política em desenvolvimento.

Em meio ao cenário da coerência de princípios, tem-se o Estado atuando de modo a observar a moral institucional com a qual está comprometido. Isso porque o conjunto único e coerente de princípios que o permeia advém de uma comunidade personificada, para a qual o direito está referido. A integridade não descobre nem inventa o direito, não pretende recuperar o passado nem projetar o futuro. Seu objetivo é interpretar o direito presente com base nos princípios eleitos pela comunidade política, um ente que possui princípios e responsabilidade moral próprios, que não se confundem com as concepções particulares do grupo dominante. Ela é reflexo de uma necessária personificação do Estado, sendo uma espécie de ente distinto de seus cidadãos. Tal personificação política permite tratar o Estado como uma pessoa autônoma, moralmente comprometida com os princípios que a informam, uma vez que é instruída pelos valores compartilhados pela sociedade.

Tendo em vista que essa comunidade é quem determina quais princípios devem ser atendidos na justificação das decisões estatais, é pressuposto que ela esteja fundada em três pilares, a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, virtudes que vão tornar as proposições jurídicas substancialmente válidas e justificadas. A justiça apresenta-se como uma questão de resultados, tratando da conformidade que deve existir entre as consequências concretas das decisões e a moral pública; a equidade proporciona a cada cidadão o mesmo grau

---

<sup>1</sup> DWORKIN, 2003, *passim*.

de influencia política nas decisões tomadas pelo Estado; e o devido processo legal adjetivo é responsável por definir os procedimentos nos quais se dará o exercício democrático.

Cabe dizer que essas três virtudes se atrelam à integridade a partir do momento em que esta passa a ser vista também como um ideal político, dado o compromisso com a coerência de princípios e a importância da comunidade fraterna para a legitimidade política. Assim, a concepção íntegra de justiça impõe que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu Legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. Quanto à integridade da concepção de equidade, ela exige que os princípios morais necessários à justificativa da autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. Por fim, a ideia de devido processo legal adjetivo determina que os procedimentos previstos sejam obedecidos nos julgamentos, objetivando-se alcançar o equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito (DWORKIN, 2003, p. 203).

Além dessas três exigências, a integridade traz ainda outras duas, que podem ser divididas em integridade na legislação e integridade no julgamento. Isso porque a integridade é um ideal de construção e um método de interpretação, em busca, essencialmente, da coerência de princípios, que deve estar presente tanto na criação quanto na aplicação do direito.

A integridade na legislação diz respeito aos que criam o direito por meio das leis, objetivando que o mantenham coerente com os princípios da comunidade personificada. Dessa forma, pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente. Afirma Dworkin que nenhuma interpretação competente da prática política pode ignorar tal princípio. A integridade no julgamento, por sua vez, relacionando-se aos aplicadores do direito, requer a estes que façam cumprir a lei guardando coerência com os mesmos princípios. Ela vincula-se à integridade legislativa, uma vez que, havendo uma legislação íntegra, é mais palpável a integridade em âmbito jurisdicional.

Dworkin (2003, p. 215) aponta ainda que uma sociedade que aceita a integridade em seus dois vieses (jurídico e legislativo) se torna um tipo especial de sociedade. Assim, defende que a legislação formal tem um compromisso subjacente com uma concepção pública mais fundamental de justiça, fazendo com que a obrigação política deixe de ser apenas uma questão de obedecer às decisões da comunidade. Tem-se, então, como consequência, a noção de

fidelidade ao sistema de princípios, em que cada cidadão passa a reconhecer sua responsabilidade para com a comunidade a qual pertence.

A importância da moral institucional e do reconhecimento de pertença à comunidade são tão grandes que o juiz deve se guiar pela moralidade política mesmo que ela vá de encontro às suas convicções pessoais. Não se trata de afastar as decisões da análise subjetiva do julgador, mas de limitar essa análise pelos princípios norteadores: justiça, equidade e devido processo legal adjetivo.

O direito, enfim, é um conceito interpretativo. Uma atitude, ao mesmo tempo interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido; contestadora, tornando todos os cidadãos responsáveis por guardar os princípios com os quais sua sociedade se compromete; construtiva, ao colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, sem perder a boa-fé em relação ao passado; e fraterna, uma vez que expressa a união da comunidade apesar dos interesses individuais muitas vezes divergentes (DWORKIN, 2003, p. 492).

### **3 A INTEGRIDADE E A DINÂMICA DO ORDENAMENTO: ANÁLISE DE CASO**

Como visto na Introdução, a Constituição, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, posteriormente garantida também por lei. Em relação aos casais do mesmo sexo, o impasse girava em torno da expressão “entre o homem e a mulher”, presente no texto constitucional. O STF, na ADI citada, baseou-se no direito à igualdade e no respeito à liberdade individual, mas não se referiu propriamente à temática das lacunas.

As instâncias inferiores, antes do julgamento do STF, quando tiveram que solucionar casos similares, faziam-no por meio de um critério hermenêutico diverso. O TJ/RS analisou e julgou a questão algumas vezes, tendo proferido decisões nas quais considerava que a expressão constante do texto constitucional indicava uma lacuna. No julgamento da Apelação Cível nº 70009550070, por exemplo, a relatora alegou em seu voto que:

A argumentação dos recorrentes, de que inexistia lei especial a tutelar os relacionamentos homoafetivos, não encontra respaldo no ordenamento jurídico. A ausência de regramento

específico não quer dizer ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC) (DIAS, 2007, p. 6).

A própria Maria Berenice Dias, relatora deste recurso, diz expressamente em um artigo doutrinário que, em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir a lei valendo-se de tais critérios: “Enquanto a lei não vem, entretanto, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal” (DIAS, 2007, p. 194).

Esse entendimento, contudo, não é adequado. É verdade que é papel do Poder Judiciário desenvolver a aplicação do direito nos casos em que a lei apresenta lacunas. Ao se falar dessas ausências normativas, porém, é necessário que se tenha em mente que o conceito ao qual se remete é o de lacunas próprias, autênticas, que são as relacionadas à incompletude de uma norma ou parte do sistema. Não se alude às lacunas impróprias, que se apresentam de forma ideológica, pois, como visto, em face destas não cabe a colmatação judicial.

A teoria dworkiniana não trata especificamente do preenchimento de lacunas, tema mais típico da tradição romano-germânica, mas explica o que é o direito e como ele deve ser aplicado. Há uma racionalidade nessa aplicação, que não é mero ato de vontade, como pensava Kelsen. A aplicação íntegra do direito garante a segurança jurídica e evita que o juiz se transforme em uma espécie de legislador, o que feriria a separação dos poderes. É, portanto, uma teoria normativa, apta não apenas a identificar a lei (ou o precedente), mas também a justificá-la moralmente do melhor modo possível. Sua principal preocupação é afastar a possibilidade de edição, por parte do juiz, de novas regras criadas pós-fato, desconsiderando, desse modo, os direitos individuais pré-existentes. As decisões judiciais devem se preocupar com esses direitos e não com a delineação de um bem comum, tarefa que deve ficar a cargo da política. Aqui, há que se observar que a política tem como base a implantação de um bem coletivo e não o respeito a algum direito já garantido. Em meio a esse cenário, observa-se que as lacunas próprias são facilmente solucionadas pela utilização de princípios coerentemente arranjados. Em relação às lacunas impróprias, contudo, não cabe preenchimento judicial, pois se trata de uma questão de política, que deveria ser solucionada pelo poder competente, no

caso o Legislativo.

Dworkin (2003, *passim*) aponta que a virtude da integridade deve estar presente na aplicação do direito e também em sua criação, indicando que nas questões atinentes ao Legislativo ele também deve ser íntegro. Dessa forma, o Judiciário se põe diante do silêncio da lei completando-a apenas nos casos que realmente lhe couber, devendo as lacunas ideológicas ser supridas sem sua atuação, quando isso se fizer necessário.

É papel fundamental do direito, como um sistema de prerrogativas e responsabilidades, guiar e restringir o poder do Estado. Uma vez que este decida em que medida vai reconhecer um direito, deve aplicar integralmente essa decisão. Todavia, o Estado é dividido em três distintos poderes, que devem atuar harmonicamente e limitarem-se uns pelos outros. Nessa divisão, que pode ter se modificado no último século, mas não se diluiu, é papel específico do Poder Legislativo a instituição de um direito, não cabendo a mesma função ao Judiciário.

Sendo duas funções do mesmo Estado, isso pode parecer mera questão procedimental, mas não custa lembrar que, para que o conteúdo de uma determinada decisão estatal seja observado, o procedimento também precisa sê-lo. Destaca-se aqui o princípio do devido processo legal adjetivo, com o qual Dworkin defende um procedimentalismo aprofundado, sem desmerecer sua importância frente aos demais princípios.

Ao Judiciário, por meio da Corte Suprema, cabe a guarda da Constituição. Em termos constitucionais, a interpretação das normas, principalmente no tocante à questão das lacunas, dá-se de um modo um pouco diferenciado. Isso se deve ao fato de que as disposições constitucionais são eminentemente políticas, exigindo, para serem corretamente compreendidas, que se leve em conta a base ideológica na qual se fundam. Casos não regulamentados na Constituição são tidos como omissões legislativas não abarcadas pelo conceito de lacuna própria. Aqui, há que se falar em silêncio eloquente da Constituição.

O constituinte optou por deixar de fora da Carta Maior disposições, as quais, por essa razão, não podem ser supridas pelos juízes. Não se pode criar direitos discricionariamente, pois isso violaria a exigência de integridade. Como dito, não cabe em relação à questão a justificativa de supressão de lacuna pelo Judiciário, pois isso só pode ocorrer nos casos em que se tem efetivamente uma lacuna em sentido jurídico, o que não se aplica às chamadas lacunas ideológicas. Além disso, tratando-se de âmbito constitucional, a atuação jurisdicional há de ser limitada, uma vez que a Constituição é a norma que confere poderes

aos magistrados. E esses poderes giram em torno da interpretação dos direitos existentes, não sua da criação.

Portanto, nos casos em que a Constituição é silente, temos uma questão ideológica. Sendo essa ideologia não mais condizente com a sociedade a que se refere, pela mudança dos valores comunitários, deve ser efetuada uma reforma constitucional, a fim de se atender aos novos anseios da comunidade personificada.

Deste modo, resolver a questão das uniões entre pessoas do mesmo sexo suprimindo uma lacuna política não cabia ao Judiciário, mas ao Legislativo, em sua condição de poder constituinte derivado. As decisões do TJ/RS não foram, assim, baseadas em boa teoria do direito. Na decisão do STF, os juízes também atuaram como legisladores, criando direitos não previstos no texto constitucional e ferindo a separação de poderes, ação insustentável perante a exigência de integridade.

Também não valeria aqui o argumento de que se trata de uma mutação constitucional, expressão utilizada pelos constitucionalistas para designar a alteração de sentido de uma norma sem a correspondente modificação do seu texto. A mutação decorre de ação judicial e visa reler a norma em função das novas demandas sociais. Ocorre que mesmo a doutrina mais favorável a ela admite seus limites. Luís Roberto Barroso, por exemplo, diz: “Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador” (BARROSO, 2011, p. 150-151). É justamente o que parece ter ocorrido no caso em questão, no qual o STF interpretou a expressão “entre o homem e a mulher” como abarcando os sentidos “entre o homem e o homem” e “entre a mulher e a mulher”.

## CONCLUSÃO

Discutimos aqui os limites da atuação interpretativa do Poder Judiciário, principalmente no que refere ao preenchimento de lacunas em âmbito constitucional. Observou-se que a Constituição deve ser interpretada sempre com referência à ideologia que a garante, observando-se sua inevitável dimensão política. Analisou-se também o conceito de lacuna, mostrando que existem dois tipos fundamentais, as próprias e as impróprias. As primeiras dizem respeito a um silêncio do legislador que não está abarcado pelo espaço livre do direito e devem ser colmatadas pelo aplicador através de uma interpretação

balizada por um conjunto coerente de princípios. As segundas são lacunas ideológicas, que aparecem quando se confronta o ordenamento tal como é com o ordenamento tal como deveria ser. Estas não devem ser apreciadas pelo Judiciário, pois importam em questões políticas e não trazem questões de direito.

De nada adiantaria, contudo, estudar as lacunas sem referi-las a um conceito de direito. Para tanto, utilizou-se a teoria da integridade de Ronald Dworkin, uma vez que ela destaca o papel do aplicador do direito e permite que se avaliem as decisões estatais com base em um conjunto lógico e coerente de princípios informadores de uma moral institucional. Assim, as decisões tomadas devem revelar as ideologias e os anseios da chamada comunidade personificada. Esse marco teórico destaca a relevância da substância moral nas escolhas da comunidade e enfatiza a importância das decisões serem remetidas a princípios, não só pelo Judiciário, mas também quando se trata de questões legislativas. A integridade, fundada em ambos os casos na coerência dos princípios, destaca-se como fonte de direitos. Por fim, permite delimitar o que são decisões políticas e o que são decisões jurídicas, estabelecendo os limites de atuação dos poderes.

A partir da fixação desses conceitos, foram analisados os argumentos aduzidos nas decisões judiciais sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo. As instâncias inferiores, especialmente o TJ/RS, quando discutiram essa questão (antes da pacificação pelo Supremo), utilizavam-se do argumento de lacuna na Constituição sobre a matéria. Defendeu-se aqui que este posicionamento não foi acertado, pois não há que se falar em lacunas em sentido jurídico na Constituição. Além disso, é a Carta Maior que determina a competência dos juízes. Se estes pudessem supri-la alegando lacunas, não seriam integrantes de um poder constituído, mas teriam efetivamente um poder constituinte não previsto pelo direito.

Portanto, ao decidir pela equiparação de tais uniões às uniões estáveis, o STF adotou uma posição política que extrapolou sua função de guardião da Constituição. A modificação poderia ter se dado através do Legislativo (como constituinte reformador), mas não pela ação do Judiciário. Não se está, assim, afirmando que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não possam ou não devam ser protegidas juridicamente, mas apenas que isso não deveria ter sido deslindado pelas vias do ativismo judicial, pois é necessário manter a separação de poderes, se realmente quisermos preservar o direito como algo íntegro.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 06 de junho de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70009550070**. Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias. Julgado em 17/11/2004. Disponível em: <[CANOSA USERA, Raul. \*\*Interpretación constitucional y formula política\*\*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=homoafetividade+lacuna&tb=jurisnova&partialfields=%20tribunal%20de%20Justi%20ca%20a%20do%20RS.%20TipoDecisao%20Aac%20C%20B3rd%20A3o|TipoDecisao%20Amonocr%20A1tica|TipoDecisao%20Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.</p></div><div data-bbox=)

DIAS, Maria Berenice. Direitos humanos e homoafetividade. In: **Revista de Direito do Cesusc**, n. 2, 2007, p. 181–195.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2001.

**Como citar:** LACERDA, Bruno Amaro; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 102-118, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p102. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 18/06/2015

Aprovado em 25/01/2016