

## RESUMO

Pela análise do acórdão do Supremo Tribunal Federal (na ação direta de inconstitucionalidade nº 4277), que atribui às uniões homoafetivas, igual tratamento jurídico que o destinado às uniões estáveis heteroafetivas, busca-se demonstrar, no presente artigo, o efetivo reconhecimento – pela corte constitucional brasileira - de que as relações sociais, especialmente na pós-modernidade tecnológica, se encontram em permanente transformação, fato que não pode ser desprezado pelos tribunais e pelo sistema jurídico oficial, pois resultaria em insegurança social decorrente do descompasso entre o sistema normativo formal, que ainda não disciplina expressamente essas relações, e a realidade ética-moral.

**Palavras-chave:** Ordenamento Jurídico. Fontes do Direito. Costume. União Homoafetiva. Jurisprudência. Sociedade da Informação.

## ABSTRACT

By the analysis of the Supreme Court's decision (in the direct action of unconstitutionality no. 4277), that gives, to the homoafectives unions, the same legal treatment using to the heteroafectives unions, we try to show, in this article, the effective recognition – by the brazilian constitutional court - that the social relations, especially in post-modernity technologic are in constantly changing, a fact that can't be ignored by the courts and by the official legal system, because it could result in social insecurity caused by the mismatch between the formal regulatory system, which still doesn't regularize these relations explicitly, and the ethical-moral reality.

**Keywords:** Legal System. Sources of Law. Custom Homoafective Union. Case. The Information Society.

\* Professor de Direito na FMU, Mestrando em Direito da Sociedade da Informação na mesma instituição e advogado militante em São Paulo.

\*\* Professor de Direito na FMU e pesquisador, orientador e professor no Programa de Mestrado em Direito da mesma instituição. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP.

## 1. Introdução

Os Estados democráticos de direito, na atualidade – como o Brasil – cujas sociedades são amplamente influenciadas pela tecnologia e pela ampla possibilidade de acesso e divulgação da informação, estão sustentados por ordenamentos jurídicos positivados – produzidos e reconhecidos pelo poder estabelecido - que, muitas vezes, diante das rápidas e constantes transformações sociais, não refletem e não acompanham os anseios, os desejos, os comportamentos, a realidade ética, moral e jurídica da sociedade que teoricamente representam, mas, pelo contrário, até os contrariam e os negam.

Ordenamento jurídico esse, em descompasso com o real comportamento sociológico, com a efetiva prática ética e moral das pessoas, e até mesmo, muitas vezes, com a interpretação e aplicação desse mesmo ordenamento, pelos técnicos, juristas e operadores do direito em geral, conduz à negação, ou ao desconhecimento e/ou desconsideração dos fatos por detrás dos códigos (estes, muitas vezes omissos, lacunosos, ou mesmo contrários à realidade). Isso resulta, não raro, em insegurança jurídica e, na maior parte das vezes, em injustiça, falta de democracia e autoritarismo.

Não há como negar, portanto, a força do comportamento social reiterado, longo e com convicção de obrigatoriedade (costume jurídico) – especialmente nesta sociedade pós-moderna e tecnológica – como inevitável e relevante fonte de Direito na sociedade contemporânea. Nesse diapasão, há que se esperar que o Poder Judiciário – responsável último por garantir a eficácia e efetividade das normas jurídicas regradoras dos comportamentos sociais nas sociedades democráticas de direito – atue, na sociedade em constante transformação, como intérprete dos comportamentos e anseios sociais, como guardião dos princípios orientadores da vida social, interpretando as normas positivadas estatais vigentes de forma a adequá-las às práticas e aos costumes sociais já incorporados ao dia a dia das pessoas, garantindo, assim, a maior coincidência possível entre o “ser” e o “dever ser” da norma.

Assim, neste artigo, partimos da análise específica do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4277 – através do qual a corte máxima concluiu por atribuir às uniões homoafetivas o mesmo tratamento jurídico (em âmbito constitucional e infraconstitucional civil) destinado às uniões estáveis heteroafetivas – para, ao final, concluirmos que tal decisão refletiu, efetivamente, a realidade da sociedade constantemente modificada, isto fazendo, contudo, não através da pura e simples aplicação e interpretação do ordenamento jurídico escrito positivado, mas, ao contrário, sendo esse sistema ainda omissos no tratamento, e reconhecimento, dessa nova relação jurídica, através da admissão de que há comportamentos praticados e aceitos, pela sociedade – no caso a homoafetividade - que, mesmo ainda não previstos ou disciplinados formalmente, existem e representam práticas - sob o ponto de vista ético, moral, e mesmo jurídico - aceitas e admitidas, se não por todos, ao menos por parte significativa do conjunto das pessoas que vivem no Estado, merecendo eles, então, disciplina e regramento jurídico próprio, seja através de normas escritas positivadas, seja pelos costumes jurídicos não escritos, que, em certas situações – como a aqui debatida – mesmo contrariando ou divergindo das normas que compõem o próprio direito estatal escrito, representam condutas observadas e socialmente aceitas.

## 2. A Sociedade e o Direito.

O Direito é inerente a todas as sociedades humanas, assim como a política, de modo que a vida em sociedade não se revela possível sem que haja instituições políticas e regras jurídicas, regras de Direito (escritas ou não escritas), que disciplinem essa convivência coletiva. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 25)<sup>1</sup>, indagando sobre a causa da relação entre sociedade e direito, vão

<sup>1</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**; 26ª edição. São Paulo; Malheiros, 2010, p. 25.

afirmar que é devido à função ordenadora que o Direito exerce na sociedade, “isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros”.

Tais regras jurídicas, por sua vez, devem estar estruturadas de forma a possibilitar a melhor aplicabilidade e efetividade possível às situações concretamente verificadas, garantindo-se a segurança jurídica e o devido regramento das condutas humanas. Assim, a vida em sociedade é organizada por meio de regras que disciplinam o modo de agir, que fixam limites à liberdade de cada um, que estabelecem proibições, permissões e sanções aplicáveis quando da concretização prática ou do descumprimento da hipótese normativa.

No entanto, é preciso saber de antemão que é necessário dar atenção a outros modos de juridicidade em operação que não apenas aqueles representados pelos modelos estatais, tal como a lei. Assim, na verdade, como os antropólogos jurídicos alertam, “o Direito é menos um objeto de contornos imutáveis do que uma maneira de pensar as relações sociais”<sup>2</sup>.

Essa advertência parece-nos importante para compreender a verdadeira dimensão da decisão do Supremo Tribunal Federal, objeto deste ensaio. Vale dizer que, se por um lado a doutrina jurídica dogmática vai argumentar que o costume relativo à homoafetividade só se consolida efetivamente como Direito em razão do fato de o Estado o ter reconhecido por meio da decisão do STF, é necessário lembrar, por outro lado, que nem todo costume para ser Direito passa ou precisa passar por esse crivo da oficialidade, nem significa igualmente dizer que tudo o que passa pelo Estado, torna-se, por isso, automaticamente Direito.

O ambiente e a realidade da sociedade da informação mostram à exaustão que a tendência crescente é que grande parte das relações e soluções jurídicas prescindam da intervenção estatal. Isso não equivale dizer que elas se dão fora do mundo do Direito. Muitas das vezes parece mesmo prudente e adequado

evitar a intervenção do Estado, sempre na perspectiva de um relacionamento entre sujeitos de direito baseado na responsabilidade e na participação dos envolvidos, o que reclama, portanto, responsabilidade e ética.

Nessa perspectiva é possível lembrar a propriedade das observações feitas por Bronislaw Malinowski a respeito do Direito e que parecem muito pertinentes para a sociedade da informação enquanto “conjunto de obrigações consideradas corretas por um grupo e reconhecidas como dever pelo outro, mantido em vigor por mecanismo determinado de reciprocidade e publicidade inerente à estrutura de sua sociedade”<sup>3</sup>. Ele acrescenta que essas regras são elásticas e têm certa amplitude. Não apresentam apenas penalidade pelas falhas, mas prêmios pelo excesso no seu cumprimento, encontrando-se o seu rigor na avaliação racional de causa e efeito. Malinowski lembra também que a norma jurídica, nesses termos, constitui-se apenas em um aspecto da vida social, um lado de sua estrutura, mais do que um arranjo social, independente, fechado. Escrevendo em 1926 e referindo-se a um povo melanésio, nem por isso, deve ser tomado como uma visão relativa ao passado ou aos povos tradicionais exclusivamente. Muito pelo contrário, suas observações podem servir, muito adequadamente, para a complexidade da sociedade globalizada do presente, que em grande medida se adéqua mais a essa configuração de Direito do que àquela da teoria clássica que o definiu, sobretudo enquanto um sistema especial de normas estatais, que prevê e define possíveis formas de contravenção e provê barreiras e reparos associados. É mais produtivo pensar o Direito na sociedade da informação como resultado da configuração de obrigações que impossibilitam os sujeitos de direito de esquivarem-se à sua responsabilidade sem sofrer por isso no futuro. Esse “sofrer no futuro” não significa necessariamente ser punido pela mão forte do Estado, que na maior parte das relações encontra-se ausente, mas pelas consequências de múltiplas ordens, inclusive moral, que a sua não observação do Direito, pode vir a lhe acarretar.

<sup>2</sup> Norbert Rouland. *Anthropologie Juridique*. Paris; Puf, 1990, p.48

<sup>3</sup> Bronislaw Malinowski. *Crime e Costume na Sociedade Selvagem*. 2ª. ed. Brasília; UnB, 2008, p. 49.

### 3. O Direito Escrito e Não Escrito.

As regras que disciplinam o modo de agir das pessoas na sociedade, portanto, muitas vezes, não são estabelecidas pelo poder estatal, mas sim resultam de práticas e comportamentos verificados no interior da sociedade que, mesmo não clara ou expressamente previstos nas normas jurídicas estatais, são aceitos e praticados pelas pessoas, uma vez que decorrerem da própria prática coletiva. Ou seja, as normas e regras jurídicas que disciplinam o modo de vida coletivo podem, por vezes, ser fixadas através de procedimento legislativo formal e expressamente estabelecido e, por outras, surgir em decorrência da prática reiterada, repetitiva, convicta e longeva de determinado comportamento, mesmo não legalmente disciplinado, tal e qual na hipótese das uniões homoafetivas, objeto desta análise.

Por normas jurídicas não há que se entender, portanto, apenas as regras advindas do poder estatal, mediante processo legislativo apropriado e formal, mas, também, regras surgidas naturalmente no seio da comunidade, das práticas costumeiramente aceitas e observadas, e isso a despeito de a ideologia revolucionária burguesa sustentar o discurso segundo o qual a lei acabaria por banir a jurisprudência e que o costume deveria conformar-se à sua condição de fonte de Direito de segunda categoria. No entanto, a prática social, sobretudo nos tempos atuais, tempos informacionais, demonstra, exatamente, o contrário. Isto é, que a ação dos indivíduos e grupos sociais produz Direito. Também produz Direito a ação dos operadores jurídicos, especialmente a dos juízes. Nessa perspectiva, a jurisprudência é outra fonte essencial de produção de Direito, como confirma o caso em análise. O costume, assim, tem enorme importância como fonte de Direito, sobretudo nos campos mais sensíveis, nos quais se busca antes a composição de interesses confrontados na perspectiva da responsabilidade dos envolvidos, do que a submissão a uma decisão estatal. É o caso do direito internacional e do direito negocial, para ficarmos apenas nesses dois exemplos evidentes. Isso revela aspectos importantes da atual sociedade que é denominada de

sociedade da informação ou globalizada. Nesse novo ambiente, a vida social não é mais regulada apenas pelo direito positivo, ficando isso evidente com o

papel crescente que ganham os contratos com relação às leis, a extensão dos mecanismos de arbitragem e de mediação e, sobretudo a neutralidade crescente da lei em domínios tão importantes quanto a vida familiar ou o comportamento sexual, sem mencionar o enfraquecimento das normas, mais fácil de observar, nos domínios mais individuais de comportamento, como alimentação e vestuário<sup>4</sup>.

É exatamente o que Ferdinand Lassale<sup>5</sup>, já em meados do século XIX, tentou demonstrar quando traçou a distinção entre a Constituição real da Constituição “de papel”, ao dizer

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel dizendo “esta árvore é uma figueira”. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição constante da árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era, e quando desses frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos.

Na continuação da exposição do seu raciocínio o autor afirma que o mesmo acontece com as Constituições: “De nada servirá o que se escrever em uma folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos de poder”. O que se tenta revelar, então, é que de nada adianta ordenamento

<sup>4</sup> Alain Tourraine. **Igualdade e Diversidade. O sujeito democrático.** Bauru; Edusc, 1998, p. 91. .

<sup>5</sup> Ferdinand Lassale, O que é uma Constituição? Versão para e-book, Edições e publicações Brasil, São Paulo, 1933, obtido em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>, acesso em 13/04/2012.

jurídico formal, estatal, fundado em Constituição estável e formalmente válida, se o comportamento jurídico dos indivíduos não guarda correlação com as normas jurídicas positivadas. Tal situação revela claro descompasso entre fato e norma e impõe na interpretação e aplicação do Direito a adoção de técnica que encontre em outras fontes, especialmente no costume, a regra que dê disciplina e segurança jurídica a essas relações ainda não legalmente tratadas. É necessário reconhecer, portanto, a impossibilidade de vida em sociedade sem regras de convivência, ou seja, sem Direito, este que surge em virtude das próprias inter-relações sociais estabelecidas, dos próprios costumes e valores fundamentais, assim reconhecidos pelas pessoas, independentemente de lei, de “folha escrita”.

#### 4. O Costume Jurídico e seu Reconhecimento pelo Estado.

Representa, assim, o costume popular, a força dos comportamentos sociais, importante fonte produtora de Direito, fonte essa que subsidia e complementa o conjunto de normas jurídicas formalmente produzidas pelo Estado, normas que, embora em grande número e complexidade, ainda assim são insuficientes para disciplinar, por completo, todas as hipóteses, todas as situações, toda a realidade das relações jurídicas ocorrentes na sociedade. Ou seja, na sociedade da informação, transformada pela tecnologia e pelo acesso ao conhecimento, o ordenamento jurídico positivo, formal e estatal, por não ser tão rápida e facilmente alterado, transformado e adaptado, entre outras razões, acaba por se revelar insuficiente como regulador e disciplinador das novas modalidades de comportamentos sociais, razão pela qual, aos operadores do direito, especialmente os juízes e os próprios tribunais, atentos a isto, impõe-se a adoção de técnica jurídico-interpretativa que, partindo do reconhecimento dessas lacunas, admita a busca, em outras fontes de direito – tais como o costume – de meios de preenchê-las, dando disciplina ao caso concreto que, até então, não possuía normatização jurídica formal.

Assim, RizzatoNunes<sup>6</sup>, afirma:

Ao contrário da lei – que é imposta de cima para baixo, do estado para a sociedade, expressa de forma geral e abstrata, para poder atingir todas as pessoas e todos os setores da sociedade – o costume jurídico surge no e do próprio seio da coletividade.

Ele é fruto da prática social individualizada, caso a caso; nasce obrigatório porque as partes envolvidas assim o entendem e se auto-obrigam; provém da convicção interna de cada partícipe de sua objetivação em fatos sociais particulares, que obriga a todos os que neles se envolverem. Formado com essa convicção de obrigatoriedade, pode-se tê-lo como legítimo e atualizado.

É o costume jurídico, portanto, fonte de direito eminentemente popular, social, informal, que surge no seio da sociedade, diante da rotineira e repetitiva prática coletiva com convicção de obrigatoriedade, mas que, embora apresente força social, ainda, não encontra regulamentação formal no ordenamento jurídico estatal. A lei funciona, então, como revelação e reconhecimento de prática social já existente, e também como instrumento de disciplina e regulamentação das relações jurídicas daí decorrentes, além de sancionador do inadimplemento.

Ao contrário da lei, contudo, o costume jurídico, embora possua força e eficácia social, se ainda não formalmente admitido e reconhecido pelo poder estatal, pouca segurança jurídica acaba por oferecer às pessoas e às relações jurídicas que representa, uma vez que o eventual desrespeito, por um lado, dessa prática social reiterada, e com convicção de correção, não encontrará, de outro, no ordenamento jurídico – mesmo porque se trata de fonte de direito não escrita, desprovida de sanção – a previsão de penalidade substitutiva, reparadora do direito subjetivo violado. Mas isto, observando-se a questão sob o ponto de vista oficial, pois, sob

<sup>6</sup>Rizzato Nunes. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**, 10ª edição. São Paulo; Saraiva, p. 145:

outro prisma, a desobediência ao costume implica, de modo geral, na sanção social, moral, sob múltiplas formas, que, em muitos casos, já é suficiente para conformar a maioria dos comportamentos que representa.

Assim, embora poderoso instrumento de convicção social, o costume jurídico somente passa a ter força efetiva de lei positiva, ou seja, diante do poder público, e, portanto, dotar-se de sanção social e jurídico-oficial – mesmo que lei popular, não produzida através de procedimento legislativo estatal formal – quando passa a ser reconhecido e admitido, também, pelos organismos estatais responsáveis pela elaboração, aplicação e interpretação das normas jurídicas vigentes. Nesse sentido, continua Rizzato Nunes<sup>7</sup>

É necessário dizer que a autoridade pública e, em especial, o Poder Judiciário, exerce papel importantíssimo na aplicação do costume. Isso porque muitas vezes sua existência torna-se mais clara após uma decisão judicial que o reconhece.

A decisão do Poder Judiciário, por ser escrita, publicada e ter avaliado o problema ou não da existência do costume, colabora sobremaneira na caracterização deste, posteriormente.

Note-se, todavia, que a decisão judicial não transforma em norma escrita o costume jurídico. Ele continua sendo o que é – norma jurídica não escrita – só que com o reconhecimento de sua existência pelo Poder Judiciário. Ressalte-se que o Judiciário “reconhece” o costume, mas não o “estabelece”, isto é, o costume já existia, precedia a decisão. O Judiciário não o cria; apenas o acata expressamente.

Justifica-se, e explica-se, portanto, mesmo pela dogmática jurídica, a admissão do costume jurídico como fonte efetiva de criação de Direito, pelo fato de o ordenamento jurídico positivado – advindo do poder estatal – ser incapaz de dar disciplina rápida, completa e plena a todas as relações jurídicas advindas da sociedade. Nesse sentido a dogmática vai admitir como necessária, por vezes, a

utilização de outras fontes jurídicas – que não a lei estatal - para disciplinar todas essas relações, especialmente as novas situações surgidas em virtude da tecnologia e da constante e rápida transformação dos comportamentos diante dessa nova realidade. É exatamente o que afirma Maria Helena Diniz (ano 2011, p.329)<sup>8</sup>:

Deveras, a lei, por mais extensa que seja em suas generalizações, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, nunca poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social que necessitam de uma garantia jurídica, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo. Por isso, ante a insuficiência legal, é mister manter a seu lado, quando for omissa e quando impossível sua extensão analógica, as fontes subsidiárias do direito que revelam o jurídico.

A prática consuetudinária, da qual resulta o costume, é, em regra, uma fonte de cognição subsidiária ou supletiva e da mais alta relevância.

No caso brasileiro, o próprio ordenamento positivado – conjunto de leis oriundas de procedimento legislativo formal – traz previsão expressa de utilização do costume como meio de preenchimento das lacunas e omissões da lei, conforme previsão constante do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de direito brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 12.376, de 2010) que dispõe: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Admitindo, portanto, o próprio ordenamento jurídico, a utilização do costume como fonte de produção de normas de comportamento social, inevitável concluir que, reconhecendo, formalmente, o poder judiciário – responsável pela interpretação e pela

<sup>7</sup> Idem, p. 146

<sup>8</sup> Maria Helena Diniz. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica.** 22ª edição – São Paulo; Saraiva, 2011, p. 329.

aplicação das normas jurídicas – a existência e validade do costume, assume ele, então, posição exatamente igual à ocupada pelas normas jurídicas originárias do Estado – positivadas – implicando, assim, seu desrespeito, nas mesmas sanções e penalidades aplicáveis à hipótese de inobservância das normas positivadas, elaboradas mediante procedimento legislativo estatal próprio.

Na sociedade informacional assume, então, o costume jurídico, diante das rápidas e constantes transformações sociais, relevante posição de fonte criadora e confirmadora de direitos, origem primeira das regras aplicáveis às novas relações jurídicas daí originadas. A lei, então, quando elaborada, ou mesmo a decisão judicial, quando reconhece tal costume, nada mais representariam do que a efetiva confirmação – agora por parte dos poderes formalmente estabelecidos – de que o comportamento, até então apenas disciplinado por costumes aceitos pelas pessoas, merece e deve, também, ser reconhecido e disciplinado pelo ordenamento jurídico, mesmo porque revela a realidade jurídica da coletividade. A estrutura estatal, então, ao reconhecer dado comportamento social – seja legislativa, seja judicialmente – e, efetivamente, valorá-lo juridicamente, nada mais faz do que revelar uma realidade já vivenciada, já observada pelas pessoas.

Trata-se do reconhecimento de que as pessoas, vivendo em sociedade, ou mais, vivendo em sociedade cuja ordem jurídica é de natureza social, democrática e informacional, alicerçada em princípios e direitos humanos e sociais fundamentais constitucionais, têm a capacidade – e efetivamente o fazem – de auto-regular seu dia-a-dia e suas relações daí estabelecidas, independentemente da aplicação de regras formais e estatais que, muitas vezes, nem mesmo existem ou, ainda que existentes, não são reconhecidas como válidas pela população.

Thomas More<sup>9</sup> vai mais longe ao entender injustificado o excessivo número de leis, que, em assim sendo, resultaria, nas sociedades que adotam tal complexo

ordenamento positivo, em verdadeira desorganização e confusão jurídica.

Na Utopia, as leis são pouco numerosas; a administração distribui indistintamente seus benefícios por todas as classes de cidadãos. O mérito é ali recompensado; e, ao mesmo tempo, a riqueza nacional é tão igualmente repartida que cada um goza abundantemente de todas as comodidades da vida. Alhures, o princípio do teu e do meu é consagrado por uma organização cujo mecanismo é tão complicado quanto vicioso. Há milhares de leis, e que ainda não bastam, para que um indivíduo possa adquirir uma propriedade, defendê-la e distingui-la da propriedade de outrem. A prova é o número infinito de processos que surgem todos os dias e nunca terminam.

Resumindo: leis, assim chamados os atos reguladores de comportamentos sociais estabelecidos pelo poder estatal, embora possam ser importantes em certos casos para garantir – ao prevê-la expressamente - a sanção na hipótese de inadimplemento, são incapazes de disciplinar a infinidade de relações jurídicas surgidas da vida em coletividade, lacunas essas, então, que são preenchidas, também, pelos costumes, mediante a utilização dessas regras comportamentais, convictas e longevas, observadas pelas pessoas, independentemente do Estado, independentemente de lei. Ademais, é preciso considerar que a extrema importância atribuída à lei decorre provavelmente do próprio discurso oficial (do Estado) que visa associar a idéia da supremacia da lei à de ordem e condição do bem geral, visando justificar sua reivindicação do monopólio do uso da força e da violência em nome da sociedade.

## 5. O Costume Contra Legem

Representa, assim, o costume popular, importantíssima fonte produtora de regras de comportamentos, fonte essa que segundo os próprios postulados do discurso oficial “subsidiária e complementa” o regramento jurídico produzido pelo Estado, compondo,

<sup>9</sup> Thomas Moore. **Utopia** – 1ª. Edição. São Paulo; Folha de S. Paulo (Coleção Folha: Livros que mudaram o mundo); 2010, p. 33.

então, ambas as fontes de direito – estatal e não estatal – o complexo mosaico de normas reguladoras da vida em sociedade. É necessário ficar claro, no entanto, que não nos situamos dentre aqueles que atribuem ao costume apenas esse papel subsidiário e complementar dentre as fontes de Direito, como o discurso mais conservador e pró-Estado sustenta. Para nós, ao contrário, especialmente na sociedade da informação, o costume destaca-se talvez como a principal e mais legítima fonte de Direito dentre todas. No entanto, tendo em vista o caso em estudo e a importância de o judiciário brasileiro ter se posicionado claramente pelo reconhecimento do costume como produtor de relações jurídicas, e de direito, continuaremos a análise e o estudo admitindo o raciocínio expressado pela corte e pela dogmática jurídica sem maiores polêmicas quanto ao fato de ser essa visão, do nosso ponto de vista, conservadora e por vezes dissonante da realidade sociológica e das práticas jurídicas contemporâneas.

Assim sendo, há situações – especialmente nesta sociedade contemporânea influenciada pelo constante, veloz e ininterrupto avanço tecnológico e científico – em que o ordenamento jurídico formal estatal, por não conseguir, com a mesma rapidez e agilidade, acompanhar, e efetivamente disciplinar, as novas relações jurídicas advindas da nova realidade social, oferece regras de comportamento – para disciplinar as novas relações - que, por ultrapassadas, claramente não correspondem à realidade, e não refletem a convicção das pessoas quanto à correção ou validade jurídica desse novo comportamento social. Trata-se de verdadeiro descompasso entre a realidade dos fatos e o comando normativo oficial. Aí, então, também se justifica a utilização do costume – mesmo contrário ao ordenamento jurídico estatal – como fonte jurídica disciplinadora das relações novas ainda não expressamente tratadas pela lei. A este costume – contrário ao ordenamento estatal positivado, mas em conformidade com os anseios e convicções da sociedade – é que a doutrina denomina *contra legem*. É costume, como outro qualquer, mas, embora contrário ao ordenamento legal vigente, conforma-se, exatamente, com a prática social convicta e reiterada, e é reconhecido e aceito como

obrigatório, senão por todos, por parte significativa do conjunto social. Serpa Lopes<sup>10</sup>, delimitou, claramente, o campo de atuação, validade e aplicabilidade do costume contrário à lei:

Uma lei pode impor tudo menos a sua irrevogabilidade, e, embora ela prescreva, como medida de segurança, que a sua revogação só se pode dar em razão de outra lei escrita, a realidade, entretanto, é mais forte do que os preceitos, e a realidade, através de um costume reiterado, enraizado nos dados sociológicos, em harmonia com as necessidades econômicas e morais de um determinado povo, é demasiado poderosa e capaz, portanto, de romper os diques de uma norma, justa em regra, mas que, excepcionalmente, pode-se converter num mero artifício, respeitada, à semelhança de um filho que seguisse o paganismo paterno, somente para manter a tradição, e não escutando um apelo de sua própria consciência.

Ou seja, dentre as modalidades de costumes jurídicos admitidos pela doutrina dogmática, e aptos, segundo ela própria, a produzir regras de conduta – costume *secundum legem* (que guarda exata conformidade com a lei), costume *praeter legem* (utilizado para preenchimento das lacunas, omissões da lei) e costume *contra legem* (costume que contraria a lei, mas representa prática jurídica socialmente aceita) – o costume *contra legem* tem, pela sua igual potencialidade de norma jurídica como os demais, a capacidade de se impor, sobrepor-se, e opor-se à lei, levando-a ao desuso, ou mesmo revogando-a, isto em virtude da realidade social que representa não mais identificar-se, ou melhor, não mais corresponder à realidade social verificada quando da criação da lei, tratando-se de prática já admitida socialmente, embora não disciplinada, ou mesmo não reconhecida pela ordem jurídica estatal.

<sup>10</sup>. Serpa Lopes, Miguel Maria. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Vol. 1, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1959, p. 80

Não se trata, nessa ótica, de, por um lado, privilegiar o costume como fonte de Direito - incluído o costume contrário à lei - e, por outro, negar a efetividade da lei, como regra de conduta, na sociedade da informação. Mas sim reconhecer que as relações surgidas da vida em sociedade, especialmente nesta sociedade globalizada, tecnológica e informacional, muitas vezes, diante das rápidas e constantes transformações, mesmo que não encontrem disciplina formal pelo ordenamento estatal, não deixam de encontrar disciplina jurídica, o que se dá, originariamente, então, através do costume, do comportamento observado pela coletividade, diante dessa nova situação, e isto tudo, antes da vigência da lei, ou mesmo sendo esta vigente, mas impondo comportamento diverso. Ou seja, a formalização, pelo poder estatal, da disciplina legal de determinado comportamento social, muitas vezes, quando ocorre, revela o reconhecimento pelo Estado de que aquela conduta humana já é efetiva e largamente praticada e difundida no seio da própria coletividade, representando a lei - que porventura vier a existir, então - nada mais do que a confirmação da validade jurídica desse comportamento, bem como sua relevância como instituto jurídico. Contudo, há ocasiões em que a modificação, ou inovação, do regramento estatal, por diferentes razões, entre elas em virtude da burocracia exigida para tanto, não acompanha, na mesma velocidade, a transformação dos comportamentos no interior da comunidade, resultando em práticas sociais que, embora não formalmente disciplinadas pelo Estado (e, portanto, na perspectiva estatal são encaradas como carentes de disciplina jurídica formal) são tratadas e regulamentadas através do próprio entendimento coletivo acerca daquela conduta, da convicção de tratar-se de conduta a ser observada e seguida.

Aliás, como já aqui se disse, há quem entenda que a profusão de leis, o inchaço do ordenamento jurídico estatal, acaba por trazer insegurança e confusão jurídica, exatamente resultado inverso do que se poderia supor ou esperar. Ademir Buitoni<sup>11</sup> confirma isto:

Até hoje, no Brasil e no direito ocidental, de um modo geral, cultivamos a ilusão do normativismo. Continuamos a achar que tudo precisa ser regulado, que as leis devem, permanentemente, ser reformadas, que os Códigos devem ser atualizados e que a ordem jurídica deve ser modernizada, sem o que não seria possível chegar ao desejado nível de justiça social, de equilíbrio econômico e de bem-estar para o povo.

No entanto, com a edição de normas e mais normas, o resultado tem sido uma verdadeira inflação legislativa, que vem complicando e burocratizando o funcionamento do Estado. Os próprios operadores do direito acabam tendo dificuldades para lidar com tanta complexidade legislativa, o que, não raro, é motivo de profunda angústia para advogados, juizes, promotores... e para todos aqueles que buscam ser justos no exercício da profissão jurídica. Na verdade, apesar de tanta produção legislativa, parece que o direito positivo foi esgotando, neste começo de século, sua função regulamentar, sem ter produzido a paz e o bem-estar entre os homens. O positivismo jurídico não vem resolvendo as grandes questões do nosso tempo, pois os problemas são complexos e globais, exigindo que seja ultrapassada a mera racionalidade lógico-formal, que vem caracterizando o direito posto objetivamente. Com certeza, o ser humano também tem um inconsciente, desejos subjetivos e emoções que não se reduzem à pura racionalidade.

E, finaliza:

Assim, se a lei, de um lado, reduz a complexidade, através da regulamentação, de outro se torna simplista, mutilando a realidade, sempre mais ampla do que a lei.

<sup>11</sup>Ademir Buitoni. "A ilusão do normativismo e a mediação". *Revista do Advogado, AASP – Associação dos Advogados de São Paulo* – Setembro/2006 - n° 87 – p. 109.

## 6. As Uniões Homoafetivas e a Decisão do STF na ADIN4277.

Com relação às uniões homoafetivas, embora, por um lado, representem prática social aceita e admitida pelo menos por parte da sociedade, por outro, ainda não encontram tratamento e disciplina formais no ordenamento jurídico, ou, pelo contrário, encontram, nesse mesmo ordenamento, normas jurídicas que, na verdade, desconhecem ou mesmo impedem que se identifique tal relação como relação amparada pelo Direito e, portanto, de natureza jurídica, geradora de direitos e obrigações. Impossível, contudo, não reconhecer, essas relações, como relações aptas a produzir consequências de relevância jurídica entre os envolvidos e com repercussões jurídicas mais amplas, portanto, como relações que interessam ao Direito como um todo e que igualmente devem interessar ao ordenamento jurídico oficial.

Importante, então, nesse aspecto, que o Poder Judiciário, na posição de intérprete oficial das relações sociais nos Estados democráticos, e enquanto poder responsável por garantir a segurança jurídica, ao se deparar com situações, ou melhor, relações jurídicas, tais como as uniões entre pessoas de mesmo sexo – que representam práticas ou comportamentos sociais ainda não expressamente regulamentados pelo ordenamento jurídico formal, mas já plenamente praticados no seio da sociedade – assumam posicionamento ativo na interpretação do Direito e no estabelecimento da regra aplicada a esses casos, reconhecendo que a prática social convicta e reiterada é apta a produzir efeitos jurídicos, independentemente da existência de prévio reconhecimento através de procedimento legislativo formal. É este, também, o entendimento de Maria Berenice Dias<sup>12</sup>:

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não previstas expressamente na Constituição

Federal e na legislação infraconstitucional, fazem jus à tutela jurídica. A ausência de regulamentação impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do direito das famílias. A natureza afetiva do vínculo em nada o diferencia das uniões heterossexuais, merecendo ser identificado como união estável.

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.

Assim, a recente decisão do STF, na ADI 4277, equiparando as uniões homoafetivas – desde que, duradouras, estáveis e públicas - às uniões estáveis heteroafetivas, revela, claramente, o reconhecimento, por aquela corte, de uma prática social que, mesmo não formalmente disciplinada pela estrutura legal vigente, para a qual o ordenamento ainda não prevê consequências jurídicas – aliás, ele é expresso no sentido de atribuir efeitos jurídicos apenas às uniões entre pessoas de sexos distintos - é aceita e naturalmente admitida por boa parcela das pessoas, isto por tratar-se de conduta verificada já há longo período e cuja validade é igualmente reconhecida, com convicção

Clara, portanto, a aceitação pelo STF, no julgamento da mencionada ADI 4277, da validade de um comportamento que, mesmo ainda não disciplinado pela lei, ou até, por ela vedado, é efetivamente verificado, praticado e aceito na sociedade – se não por todas as pessoas, ao menos por considerável parte delas - representando, então, uma relação, um costume, um instituto jurídico capaz de produzir efeitos jurídicos tais e quais os produzidos pela lei estatal. Contudo, analisando-se o ordenamento jurídico formal, expresso, verifica-se, claramente, uma evidente negação, ou melhor, uma clara desconsideração das relações homoafetivas

<sup>12</sup>Maria Berenice Dias. “A família homoafetiva e seus direitos”. *Revista do Advogado -AASP – Associação dos Advogados de São Paulo*, nº 91, de maio de 2007, p. 105:

enquanto relações jurídicas passíveis de produzir direitos ou obrigações. Ele é expresso no sentido de apenas atribuir efeitos jurídicos às uniões heteroafetivas. É que: a) a Constituição Federal no § 3º, do artigo 226, reconhece como união estável apenas aquela havida entre um homem e uma mulher; b) a lei nº 9.278/96, que regulamenta o referido § 3º do art. 226, define, expressamente, como entidade familiar, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família e; c) o Código Civil (lei 10.406/2002), em seu artigo 1.723, é expresso ao reconhecer como entidade familiar apenas a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Então, como é possível admitir-se decisão, da própria corte constitucional, que dá, aos referidos dispositivos legais, significação absolutamente estranha àquela que o texto expresso da lei objetivava apresentar? A resposta está no fato de a referida corte ter reconhecido, para dar referida interpretação à lei, a existência de comportamentos sociais que, embora muitas vezes ainda não disciplinados pela lei, o são pela convicção das pessoas acerca daquela conduta, fato esse que obriga o poder judiciário a dar à lei ainda omissa, ou mesmo à lei divergente do referido costume, interpretação em conformidade com os princípios fundamentais constitucionais, que se irradiam por todo ordenamento jurídico, fornecendo as luzes necessárias para aplicação do Direito, mesmo não escrito, mesmo que contrário ao direito positivado.

Do voto proferido na referida ADI 4277, pelo eminente ministro relator Carlos Ayres Brito, ao falar sobre o substantivo preconceito, pode-se extrair a confirmação de que referido tribunal, para análise desse caso sobre uniões homoafetivas, admitiu, expressamente, a utilização do costume social como fonte criadora de direito, de regras de conduta:

Mas é preciso lembrar que o substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, preconceito é um conceito

prévio. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, juízo de valor não autorizado pela realizada, mas imposto a ela. E imposto a ela, realidade, *a ferro e fogo* de u’a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Donde René Descartes emitir a célebre e corajosa proposição de que “Não me impressiona o argumento de autoridade, mas sim, a autoridade do argumento”, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que “O rei não pode errar (*The king can do no wrong*)”. Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de Fernando Pessoa, três séculos depois da proclamação cartesiana: “O universo não é uma idéia minha./ A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha.”

Ou seja, o ingresso da norma no ordenamento jurídico, após atendimento de toda a burocracia e formalismo legislativos exigidos, não significa que essa regra de conduta tenha atingido um grau de sacralidade tal que impeça qualquer alteração, modificação ou mesmo qualquer nova interpretação de seus objetivos ou de suas determinações. Muito pelo contrário! A norma estatal positiva não é infalível por sua condição de produto estatal, ela não é eterna, não é imutável, ela é, na verdade, produto cultural representativo de uma época e de uma dada sociedade que, entretanto, nesta era informacional e tecnológica, deve sofrer mutações, e efetivamente sofre especialmente em sua interpretação, isto em virtude da igual mutação

da sociedade, transformações essas influenciadas pelos novos costumes, pelos novos comportamentos.

## 7. Considerações Finais

O tema discutido tem enorme importância e consequências por si mesmo. O fato de pessoas do mesmo sexo constituir família, casar, ou seja, compor entidade familiar, ter filhos e gozar de todos os demais direitos decorrentes dessa relação jurídica, inclusive o direito de receber socialmente igual tratamento ao dispensado às famílias constituídas por homem e mulher, já é, por si só, razão para merecer discussão e análises jurídicas tendo em vista o seu caráter revolucionário em relação a uma ordem e a uma moral conservadoras que vigoram há muito tempo nos regimes jurídicos ocidentais, sobretudo no sistema oficial de Direito.

Terem sido reconhecidos os mesmos direitos aos casais do mesmo sexo que aos casais de sexos diferentes revoluciona padrões de comportamento para além do tema sexual em si, ao tema da família e aos temas afiliados a eles, isso porque se expõe com flagrante clareza a própria natureza do Direito, que deixa de se expressar simplesmente por meio da norma estatal, para se revelar em toda a sua clareza nos próprios fatos sociais.

Revela também que a sociedade da informação afastou-se das concepções liberais e revolucionárias de democracia. A globalização torna simultâneo o que nesse pensamento anterior era visto como sucessivo e exige concepções mais elaboradas de Direito com o abandono da tradicional definição positivista “como ordem coativa constituída à base de normas, as quais formam uma unidade que não apenas reserva para si o monopólio da força nas relações sociais, como igualmente regulamenta as relações fundamentais para a convivência e supervivência dos grupos sociais”<sup>13</sup>.

Com a decisão comentada confirma-se assim o que José Eduardo Faria<sup>14</sup> já afirmava em 1986, que os novos paradigmas exigem a busca de um Direito enquanto conjunto de

regras em movimento (um direito *in fieri*) e continuamente reformuladas, inclusive por forças extralegislativas e extraestatais. Isso, evidentemente, desloca o próprio objeto da Ciência Jurídica do conjunto de regras estatais, instituído em dogmas, para os próprios fatos sociais. Assim, na sociedade da informação, à luz do que a própria decisão do Supremo Tribunal Federal enfocada revela, deve-se perceber que o Direito não pode ser tomado apenas enquanto normas e soluções estatais de conflitos. Na verdade, ele se trata menos de um objeto de contornos imutáveis do que uma maneira de pensar as relações sociais.

<sup>13</sup> José Eduardo Faria. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica**. São Paulo. Edusp, 1986, p. 168

<sup>14</sup> Idem

## REFERÊNCIAS

---

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo; Malheiros, 2010
- DIAS, Maria Berenice. “A família homoafetiva e seus direitos”. **Revista do Advogado, AASP - Associação dos Advogados de São Paulo**, n° 91, maio de 2007, p. 105
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica**. 22ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e violência simbólica**. São Paulo; Edusp, 1986.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Versão para e-book, São Paulo; Edições e publicações Brasil, 1933.
- LOPES, Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 1959
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. 2ª. ed. Brasília; UnB, 2008, tradução de Maria Clara Correa Dias.
- MOORE, Thomas. **Utopia**. 1ª. Ed. – São Paulo: Folha de S. Paulo (Coleção Folha: Livros que mudaram o mundo), 2010
- NUNES, Rizzato. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 10ª ed.. São Paulo; Malheiros, 2011
- ROULAND, Norbert. **Anthropologie Juridique**. Paris; Puf, 1990
- TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e Diversidade. O sujeito democrático**. Bauru; Edusc, 1998, tradução de Modesto Florenzano.