

A DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA COMO UMA LACUNA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

THE DEFINITION OF FAMILY AS A GAP IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Carlos da Fonseca Nadais*

Resumo: Nesse curto *paper* veremos a complexidade da análise das lacunas jurídicas, ao classificá-las e apontar, tanto na teoria como na prática, possíveis soluções. Para tanto, utilizaremos como parâmetro de estudo o caso concreto de concessão do benefício da pensão por morte para o companheiro remanescente de um casal homossexual, cujo parceiro, servidor público, houvera falecido. A celeuma se estabelecerá, pois o INSS se via impedido de conceder tal benefício pelo artigo 127 da Lei 8.112/90 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União), entendendo que o conceito de *casal homossexual* não se enquadrara na noção de “entidade familiar” contida na definição do art. 226, §3º, da Constituição Federal. A questão será debatida sob a perspectiva da possibilidade da aplicação, pelos magistrados, da analogia como forma de supressão da lacuna de norma específica, numa construção argumentativa que efetivamente possa levar a um resultado ‘justo’, na acepção mais aberta do termo. Afinal, com dito por Carnelutti, na obra *Discurso sobre o direito*, “as leis valem pelo que contém de justiça, assim como as moedas valem ou deveriam valer pelo tanto de metal nobre que entra na composição delas”.

Palavras-chave: Sistema jurídico. Incompletude. Lacunas jurídicas. Ideologia.

Abstract: In this short paper we will see the complexity of the legal gap analysis, to classify them and to point out, both in theory and in practice, possible solutions. For this purpose, we use as parameter for evaluating the case for granting the benefit of death pension for the spouse remaining a homosexual couples, whose partner, public servant, there had died. The stir will settle, because the INSS is via prevented from granting this benefit by Article 127 of Law 8.112/90 (which provides for the legal system for civil servants of the Union), understanding that the concept of homosexual couples does not will fit on the notion of "family entity" contained in the definition of art. 226, § 3º, of the Brazilian Federal Constitution. The issue will be discussed from the perspective of the possibility of implementation by the magistrates, the analogy as a form of suppression of the gap of a specific rule, a construction argument that can effectively lead to a result 'fair' within the meaning of the term more open. After all, as said by Carnelutti, the work *Discourse on the right*, "the laws are worth it contains justice as well as the coins are worth or should enforce both the noble metal in the composition of them."

Keywords: Legal system. Incompleteness. Legal gaps. Ideology.

1 INTRODUÇÃO

Alguns autores consideram o sistema jurídico como completo, sem lacunas e antinomias, como os denominados antitéticos, “sustentando que o sistema jurídico forma um todo orgânico e bastante para disciplinar todos os comportamentos humanos”; outros,

*Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Mestre em Direito pela Universidade Ibirapuera (UNIB). Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Especialista em Administração (FEA/USP). Especialista em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG). Especialista em andamento em Gestão Pública Municipal (UTFPR). Graduando em Ciências Contábeis (FEA/USP). Graduado em Filosofia (FFLCH/USP). Graduado em Direito (UNIBAN). Professor na Graduação e Pós-graduação nas disciplinas "Direito do Trabalho"; "Direito Empresarial" e "Filosofia do Direito". Advogado atuante na esfera do Direito do Trabalho, Direito Empresarial, Direito Civil e Direito Tributário. Membro efetivo da Comissão de Direito da Moda - OAB/SP. Relator da 20ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP.

“admitem a existência de vácuos ou lacunas nos ordenamentos, que por mais perfeito que sejam, não podem prever todas as situações de fato” (DINIZ, 1997, p. 23)

Se, por um lado, ao juiz não é lícito denegar a justiça, como no disposto do artigo 126 do Código de Processo Civil, o que poderia ser tomado como a efetividade da completude do sistema jurídico, por outro, utilizando esse mesmo argumento, o juiz não cria norma, somente aplica o direito; logo, chegamos à incompletude do sistema, apontando para o comando do artigo 127 do mesmo *Codex*. (SOUZA, 1993, p.179)

Tomando, entretanto, quaisquer desses dois posicionamentos, temos que a atuação do magistrado na solução dos casos concretos, permite a evolução do sistema jurídico e sua adaptação à realidade social (DEL VECHIO, 1952, p. 277):

É sabido que todo sistema jurídico prevê e determina de certa maneira a sua própria renovação normal, ou seja, as possibilidades de modificação e integração do próprio sistema. Enquanto não se trata de modificar, mas propriamente de completar o sistema, tal trabalho é confiado ordinariamente ao juiz, o qual é autorizado, e por vez mesmo obrigado, a fundamentar sua decisão (que não pode omitir em caso algum) sobre uma das denominadas fontes subsidiárias.

Um ordenamento jurídico, como conjunto de elementos normativos e não normativos, pode ser tomado como um sistema e, portanto, exige coerência e consistência para que opere perfeitamente. Entretanto, pela complexidade e dinamismo das relações sociais, encontra situações em que inexiste norma precisamente aplicável ao caso concreto apresentado ao magistrado.

A norma deriva da realidade social, e da contingência das relações sociais (DINIZ, 2003, p.29), em uma sociedade em velocidade de modificação cada vez mais acelerada, a produção legislativa pode não acompanhar esse ritmo. Essas situações são denominadas de **lacunas jurídicas**.

Propomos uma análise dessas lacunas tomando como parâmetro uma situação concreta: um casal homossexual (i), cujo parceiro, servidor público federal, falece, deixando o outro que pleiteia o benefício da pensão estatuída no artigo 127 da Lei 8.112/90.

O INSS se vê impedido de conceder o benefício requerido, argumentando com o dispositivo supracitado, pois o parceiro remanescente não comprovou a qualidade de sua “união estável como entidade familiar”, requisito legal indispensável. O parâmetro utilizado pelo INSS, como definição de “entidade familiar”, foi extraído do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal (união estável entre o homem e a mulher).

1.1. O mito da completude do sistema jurídico

Segundo Norberto Bobbio (2011, p.115), um ordenamento jurídico é completo “quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente”. Desse modo, a incompletude do ordenamento jurídico é uma ficção prática, pois o juiz possui ferramentas com a integração das normas para construir uma solução para quaisquer problemas que lhe são apresentados. Assim, o ordenamento jurídico é completo e se basta em si mesmo.

Hans Kelsen (2007, p.199) afasta a ideia da existência de “lacunas” no sistema jurídico, por consagrá-lo como unitário, fechado, completo e, conseqüentemente, autossuficiente, entendendo que, quando a norma jurídica não veda tal conduta, ela é permitida, ou seja, o que não é proibido é negativamente permitido.

Para Norberto Bobbio (2011, p.116), a incompletude do sistema só se confere a “um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem aquela que o permite”.

Hodiernamente, numa sociedade pós-moderna, constituída de uma multiplicidade de indivíduos e, conseqüentemente, elevada complexidade de relações sociais, revelam que o dogma da completude é um ideal racional, a realidade nos inclina a tratar o ordenamento como incompleto.

Entretanto, como bem posto por Luiz Sérgio Fernandes de Souza (1993, p.168), “a dinâmica social, rica em experiências, exuberante na criação de novas possibilidades, não tardou a demonstrar a ilusória universalidade do direito, nestes termos concebido.”

Karl Engisch (1988, p. 277) também traduz muito bem essa concepção de incompletude do sistema jurídica, conceitua lacuna como “uma imperfeição insatisfatória dentro da totalidade jurídica, representando uma deficiência do sistema jurídico.”

Cabe, entretanto, perceber a aporia (dificuldade lógica, sem solução) na discussão da completude ou incompletude do sistema jurídico. Para Maria Helena Diniz (1997, p. 115) o sistema jurídico é

lacunoso o direito porque, como salientamos, a vida social apresenta nuances infinitas nas condutas compartilhadas, problemas surgem constantemente (...), mas é concomitantemente sem lacunas porque o próprio dinamismo do direito mobiliza a solução que serviriam de base para qualquer outra decisão.

2. CLASSIFICAÇÃO DAS LACUNAS JURÍDICAS

Calcando-se na tridimensionalidade do Direito posto por Miguel Reale (fato, valor e norma), Maria Helena Diniz (1997, pp. 87 a 90) classifica as lacunas pelas interações desses três elementos:

a) lacunas normativas (norma): como a **ausência de uma norma específica** regulando um determinado **fato**, relacionado a um **valor**.

b) lacunas ontológicas (fato): Por vezes temos a **norma**, **fato** e **valor**, entretanto há alteração no mundo social (evolução tecnológica, por exemplo) e a **norma** que rege tal **fato** perde sua eficácia social, assim temos a **ausência de uma norma eficaz**.

c) lacunas axiológicas (valor): Há outras situações que também temos fato, norma e valor, entretanto a **norma** aplicável ao **fato**, mas se aplicado produzirá uma solução insatisfatória ou injusta, ou seja, a norma não corresponde aos **valores** do mundo real. Assim temos a **ausência de uma norma justa**.

Tragamos, então, o caso concreto à apreciação dessa qualificação, apresentando as normas objeto do fato em questão: o reconhecimento da relação estável homossexual (i) ao direito da proteção do Estado (ii) pertinente ao direito à pensão por morte parceiro remanescente.

Pelo viés da *concessão do direito* à percepção da pensão por morte do companheiro, sob união estável, temos os artigos 215 e 217 da Lei nº 8.112/90;

Art. 215 Lei 8.112/90. Por morte do servidor (iii), os dependentes (iv) fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42.

Art. 217 Lei 8.112/90. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar (v);

Pelo viés da aquisição desse mesmo direito a norma pertinente a ser observada é o artigo 226, do Constituição Federal, mais precisamente em seu parágrafo terceiro.

Art. 226 CF/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (vi).

§ 3º Para efeito de proteção do Estado (vi), é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher (vii) como entidade familiar (viii), devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O cerne da questão está na definição de entidade familiar – (v) e (viii) – posta na Constituição Federal como “união estável entre homem e a mulher” (vii), excluindo de plano a união estável entre dois homens, ou duas mulheres.

Não há então a perfeita subsunção do fato social, a união estável homoafetiva (i), à norma positivada, entidade família, – (vii) e (viii), – para que se dê guarida ao direito pleiteado, a proteção do Estado – (ii) (vi). Logo, à vista das classificações acima, temos, *prima facie*, a existência de uma **lacuna normativa**.

Cabe, entretanto, ressaltar que podemos também trata-la como uma **lacuna axiológica**, posto a presença de um elemento relevante: os valores sociais à época da elaboração da norma. Assim, retomando argumentação da existência de uma “dinâmica social” com “exuberante na criação de novas possibilidades”, as pretensões sociais se alteram, ou seja, *a norma não corresponde aos valores do mundo real* (atual), e a aplicação da “letra fria da lei” não possibilita uma solução justa ao caso apresentado, ou seja, a norma não se comporta como uma *norma justa*.

Essas são também denominadas de **lacunas ideológicas**, pela inexistência de uma norma justa que dê uma solução adequada à uma atual pretensão, ou seja há uma “confrontação entre o que é um sistema jurídico real e um sistema ideal, na medida em que, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais (...) acarretam um ancilosoamento do direito.” (DINIZ, 1997, p. 84 e 85)

3. SOLUÇÃO DAS LACUNAS JURÍDICAS

Pois bem, retomando a queda do dogma da total completude do sistema jurídico, não necessariamente caímos, automaticamente, no dogma da total incompletude. Vimos que o sistema jurídico é multiforme, incompleto e aberto; e que a existência de lacunas. A próxima questão então é a solução dessas lacunas.

A lacuna é um problema do sistema (jurista) não de jurisdição (magistrado). O juiz não resolve o problema da lacuna, apenas a supre no caso concreto em julgamento. Sob o ponto de vista de um sistema dinâmico, vimos que as lacunas podem ser de natureza normativa, axiológica e ontológica, compete-nos então encontrar **critérios para seu preenchimento**.

Os critérios aplicáveis à solução das lacunas são eminentemente normativos, que estão descritos nos artigos 4º e 5º da LINDB, e nessa ordem, posto serem normas especiais de ordem pública, *in verbis*:

Art. 4º. LINDB. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia**, os **costumes** e os **Princípios Gerais de Direito**.

Art. 5º. LINDB. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do **bem comum**.

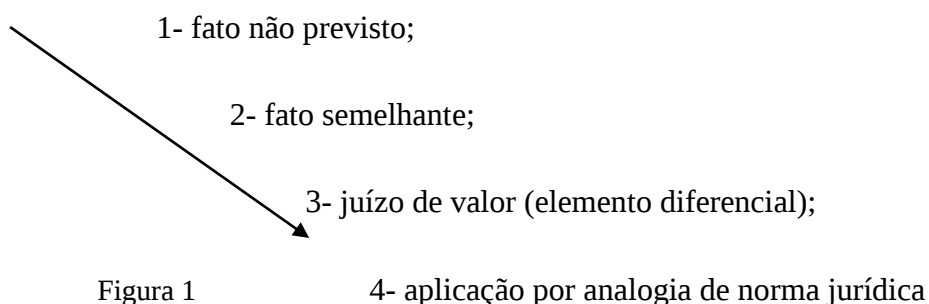
Do mesmo modo, temos na lei processual civil, mesmo direcionamento, haja vista o disposto nos artigos 126 e 127 no código de processo civil, *in verbis*:

Art. 126, CPC. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à **analogia**, **aos costumes** e aos **Princípios Gerais de Direito**.

Art. 127, CPC. O juiz só decidirá por **equidade** nos casos previstos em lei.

3.1. Analogia

Temos por analogia “um recurso técnico que consiste em se aplicar, a uma hipótese não prevista pelo legislador, a solução por ele apresentada para um outro caso fundamentalmente à não prevista” (NADER,1997, p. 227). É um procedimento indutivo, porque se trabalha com a lógica dialética, fazendo juízo de valores. A sistemática pode ser assim apresentada, fundada na *igualdade jurídica*¹ e *similitude fatos*:



Trazemos, para corroborar com o conceito apresentado, as lições de Arruda Alvim (2014, p.323) sobre analogia:

Trata-se de técnica de autointegração do Direito, porque decorre de uma lógica interna, que se contém no próprio ordenamento jurídico, não se servindo o aplicador da lei de elementos situados fora dele. É o próprio ordenamento jurídico que, através de princípio lógico, permite seja encontrada a solução para um determinado caso que o sistema positivo não resolve expressamente.

Ao aplicar-se a analogia, entretanto, alguns elementos imprescindíveis devem estar presentes (DINIZ, 1997, pp. 160 e 161): **a)** o caso sob judice não esteja previsto no ordenamento jurídico; **b)** o caso não contemplado tenha com o caso previsto, pelo menos uma

relação de semelhança; **c)** o elemento de identidade entre os casos não seja qualquer, mas sim essencial, ou seja, não de mera semelhança aparente.

Se falhar a analogia, o aplicador ou intérprete terá que se arvorar na norma consuetudinária: o costume.

3.2. Costume

Temos o costume, como “uma forma típica de fonte do direito (...). Baseia-se, nesses termos, na crença e na tradição, sob a qual está o argumento de que algo deve ser feito, e deve sê-lo porque que sempre foi.” (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 241).

Maria Helena Diniz (1997, p.189) explica que uma gama consistente de juristas sustenta que o costume jurídico tem, em seu bojo, dois elementos imprescindíveis, quais sejam, o *uso continuado* e a *convicção jurídica*.

Já Arruda Alvim (2014, p. 323) sustenta que o costume precisa conter dois elementos, um exterior e outro interior, pois vejamos:

Como elemento exterior, entende-se o fato de que o costume tem que se constituir num hábito, num uso, isto é, tem que se traduzir na vida através de determinados atos, constante e sistematicamente praticados. O elemento interior do costume é de percepção mais ou menos delicada, e é denominado *opinio necessitatis* (correspondente ao porquê do agir habitual, que se expressa na conduta submetida ao costume). A *opinio necessitatis* poderia ser descrita como a correspondência do comportamento exterior a uma convicção individual coincidente com o coletivo, ou seja, que a prática do mesmo decorre de uma necessidade jurídica, tal como se fosse lei escrita. Quem assim age está convencido de que está obedecendo regra de direito, e, bem assim, sendo este, também, o modo de pensar da sociedade onde existe o costume.

O costume pode ser desmembrado em três espécies distintas (SIQUEIRA JR, 2003, p. 187; NADER, 1997, pp.185-186):

a) *secundum legis*, apesar de alguns autores não considerá-lo como costume, caracteriza-se pela prática social que corresponde a lei, ou seja, um costume previsto em lei (art. 569, I e art. 599, *caput* do CC);

b) *praeter legem*, consagrado no art. 4º da LINDB, é aquele que se aplica no caso de lacuna no ordenamento jurídico, ou seja, surge no silêncio da lei.

c) *contra legem*, constitui-se na prática de um costume que afronta a lei, como, por exemplo, o costume acaba por suprimir a lei, pondo-a em desuso.

O costume *contra legem*, especificamente, não é aceito no ordenamento jurídico brasileiro sendo, aceito somente o costume *preater legem*, ou seja, quando a lacuna na lei, e *secundum legis*, entretanto cabe apontar a posição de Maria Helena Diniz, que o admite em casos excepcionais, posição corroborada por Paulo Hamilton Siqueira Jr (2003, p. 188), quando, por exemplo, a norma se descola da realidade social, pois "abstraindo o homem da sociedade, uma norma assim configurada, alhear-se-ia de sua própria finalidade e se suas funções e passaria a ser pura idéia, criação cerebrina e arbitrária" (DINIZ, 1997:209).

3.3. Princípios Gerais de Direito

Resta-nos então avançar para os Princípios Gerais de Direito tidos como “a estrutura do sistema jurídico que responde pela organização das diversas cadeias normativas, garantindo a ideia de unidade e completude” (DINIZ, 1997, p. 189) , como "cânones que não são ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico (DINIZ, 2011, p. 488)

No mesmo diapasão versa a definição de Tércio Sampaio Ferraz Junior (1994, p. 247) que assevera que os Princípios Gerais de Direito, “na sua forma indefinida, compõe a estrutura do sistema, não seu repertório.”

Assim podemos então afirmar que os Princípios Gerais de Direito são normas de valores genéricos, que apontam critérios intrínsecos do ordenamento jurídico, ou seja, pressupostos lógicos inerentes às normas, como fundamento para solução do magistrado, no caso da ausência de norma aplicável.

3.4. Equidade

Resta-nos, então, o uso da equidade como fator último para solução dessa antinomia, como dispõe o art. 127, do CPC, *in verbis*, *O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

A equidade tem papel de “adaptar a norma jurídica geral e abstrata às condições do caso concreto. Equidade é a justiça no caso particular.” (NADER, 1997, p. 134).

Aqui nos parece que reside uma tensão relevante, pois saímos da esfera vinculada para uma discricionária, posto que a concepção de justiça é extremamente complexa. Assim, a equidade deve, a nosso ver, ser utilizada com máximo zelo e na justa medida para a solução

do caso concreto específico, que, *a priori*, não deverá reverberar automaticamente em casos por mera similitude.

Nosso entendimento converge, *in totum*, com de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2010, p. 98) que aponta a problemática a essa solução:

Este aparente conflito de princípios [concepção pessoal do aplicador x neutralidade ao decidir] não pode ser explicado se aceitarmos a decisão jurídica (qualquer que ela seja, inclusive discricionária) como mera opção entre alternativas, mediante a qual o decisor elege uma solução ótima. (...) As regras de preenchimento (analogia, equidade, Princípios Gerais de Direito, indução simplificadora, etc.) tornam-se aqui verdadeiras “normas” permissivas para a “criação” do direito pelo próprio aplicador.

Cabe aqui então a tarefa do jurista em colocar os problemas e propor soluções viáveis, tanto ao legislador quanto ao aplicador, pois como dito por Paulo Nader (1997, p. 142), “o ideal para homem é desfrutar de segurança e justiça e um dos grandes desafios que se apresentam ao legislador é justamente em atender esses dois valores em uma conjugação harmônica”.

Um exemplo clássico da utilização da equidade judicial, em que “a lei, explícita ou implicitamente, permite ao órgão jurisdicional a solução de um caso concreto por equidade” (DINIZ, 2011, p. 496), é a estabelecida no art. 1.740, II do CC, que determina que cabe ao tutor, quanto à pessoa do menor, “reclamar do juiz que providencie, **como houver por bem**, quando o menor haja mister correção”.

Cabe, então, exemplificar o uso da equidade como elemento norteador da solução numa lide, na esfera tributária, pela cobrança de IPVA de uma motocicleta, vendida sem devida comunicação ao DETRAN/SP, em que o proprietário foi declarado interditado, e não teria discernimento suficiente para apontar o vendedor. Na omissão da norma excludente de responsabilidade tributária pertinente, o magistrado aplicou a equidade, amparada pelo art. 108 do CTN, que “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: a analogia; os Princípios Gerais de Direito tributário; os Princípios Gerais de Direito público; **a equidade.**”

TRIBUTÁRIO. IPVA. ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. PERDA DA PROPRIEDADE. LACUNA LEGISLATIVA. INTEGRAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA **EQUIDADE**. 1. Proprietário de veículo automotor interditado. Cobrança de tributo sobre veículo do qual o curador não tem notícia. Lacuna legislativa. **Necessidade de integração da legislação tributária**. 2. O IPVA é tributo que incide sobre a propriedade de veículos automotores. Autor que não é mais proprietário do bem.

Impossibilidade de produção de prova, na forma da legislação vigente, em decorrência de incapacidade absoluta. *Necessidade de proteção do incapaz*. Recurso provido, em parte. (TJSP. Apelação nº 005439-07.207.8.26.0629, 9ª Câmara de Direito Público. rel. DÉCIO NOTARANGELI. j. 02/09/2012).

4 APLICAÇÃO DESSES CRITÉRIOS À LACUNA JURÍDICA NO CASO CONCRETO

No caso que tomamos como paradigma, não há norma vigente que acoberte o pleito do companheiro remanescente, denominada ***lacuna normativa***, e não nos inclinaremos ao exame sob o aspecto de uma *lacuna axiológica*. A utilização dos critérios, supra destacados, devem ser realizados na sequência em que estão descritos na norma, tanto pelo art. 4º da LINDB, quanto no art. 126 do Código de Processo Civil, e ainda subsidiariamente o art. 127 do mesmo *Codex*.

Por analogia o caso da concessão do benefício previdenciário demanda uma construção mais detalhada, mas de fácil entendimento, calcada na própria Constituição Federal, mas, precisamente, no art. 1º, II e III; 3º, I e IV; e 5º, caput, I, que transcrevemos *ipsis literis*:

Art. 1º CF/88. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania (a);

III - a dignidade da pessoa humana (b).

Art. 3º CF/88. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária (c);

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (d).

Art. 5º CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (e), garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos (f) e obrigações, nos termos desta Constituição;

Transversalmente temos o art. 201, inciso V, da Constituição Federal que discorre sobre os beneficiários da pensão por morte de segurado da previdência social:

Art. 201 CF/88. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro (g) e dependentes (h).

Inicialmente vemos que a República Federativa do Brasil, é constituída por um Estado Democrático de Direito, e cujos **fundamentos** são, dentre outros, os princípios da cidadania (a) e da dignidade da pessoa humana (b).

Por *cidadania* (a) temos que “quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”. (DALLARI, 1998, p.14)

A *dignidade da pessoa humana* (b) é um princípio construído pela história. Consagra um valor que visa proteger o ser humano contra tudo que lhe possa levar ao seu menosprezo, tal como “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.” (SILVA, 2004, p.105).

Logo esses princípios versam sobre inclusão social de todos os indivíduos, cabendo ao Estado proteger tais valores, pois são neles que estão fundados os pilares da República Federativa do Brasil.

No artigo 3º da Constituição Federal temos os **objetivos** da República Federativa do Brasil. Se por um lado os fundamentos são a base e a origem, os objetivos apontam a direção em que tais fundamentos devem convergir.

Ao Estado cabe, paralelamente à justiça (c), promover a *igualdade* humana, porém sem ofender a *liberdade* das pessoas. Para que as injustiças sociais possam ser superadas é preciso que exista solidariedade. Nesse contexto percebe-se perfeitamente a tríade da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Assim a justiça, aqui, tem um caráter fraterno, de solidariedade com o semelhante.

Por outro viés, temos que o bem comum deve ser distribuído a todos sem preconceitos de quaisquer formas de discriminação (d). Aqui está consagrada, formalmente, a igualdade, relacionando assim apenas alguns exemplos de preconceitos inaceitáveis. A igualdade formal se funda em que “não há no mundo duas opiniões iguais, dois fios de cabelo iguais, dois grãos de areia iguais. A mais universal das qualidades é a diversidade” (MONTAIGNE, 2002, p. 15)

O art. 5º da Constituição Federal traz-nos o primado da igualdade jurídica (e) reforçando que homens e mulheres têm iguais direitos (f), nos termos da Constituição.

Assim temos que a a Constituição Federal, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e na cidadania, objetivando uma sociedade mais justa e solidária, e o bem comum, não pode se submeter a quaisquer tipos de preconceitos e discriminações, tanto mais entre homens e mulheres, perfazendo a total isonomia jurídica.

Desse modo, o disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal não pode limitar direito de proteção pelo Estado – (ii) e (vi) – por discriminação – (d) (e) e (f) – contrariando os fundamentos da República Federativa do Brasil, como dignidade da pessoa humana e cidadania – (a) e (b) interpretando restritivamente a entidade familiar - (v) e (viii) para ser formada somente por um homem e uma mulher (vii).

A Magna Carta erigiu o primado da igualdade entre homem e mulher –(e) e (f) – não podendo quaisquer normas, mesmo a nível constitucional, estabelecer quaisquer discriminação, inclusive por opção sexual.

Cabe, então, ao contribuinte da previdência social do INSS o direito que seu companheiro, dentro da união estável homoafetiva, perceba o benefício da pensão por morte, entretanto, tal construção não é compatível com a situação do servidor público, pois esse está sobre a égide do estatuto do servidor público e por norma específica, Lei nº 8.112/90.

O *primeiro requisito* para utilização da integração por analogia foi cumprido, que é fato não previsto em norma positivada.

O *segundo requisito* que é a similitude entre fato que não tem norma contemplada e o fato que está disposto em norma positivada.

Através de uma construção lógica que extraiu elementos de diversos dispositivos normativos, fazendo um paralelo entre a norma, ou conjunto de normas, que indicam a intenção do legislador no caso paradigmático, e a similitude da norma que coteja caso similar o caso equiparando, sem norma positivada.

Há norma positivada para benefício do INSS aos casais heterossexuais, que permitiu a construção do benefício aos casais heterossexuais. No primeiro caso o que se persegue é a proteção do companheiro, casado ou em união estável. O princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto permeia nos dois casos, independente da opção sexual dos casais. Esse é o valor maior envolvido nas duas situações que deve obter a proteção do Estado (vi).

Perfeitamente suprido o *terceiro requisito* cabe agora o movimento de integração entre as normas, patrocinada pelo primado da igualdade jurídica – (d), (e) e (f) – e do princípio da dignidade humana (b).

Concebendo, então, a igualdade de direitos entre o parceiro remanescente de união estável, numa relação hetero ou homoafetiva, cujo companheiro, segurado da previdência social, falece, cabe, então, em ambas situações, a concessão do benefício da pensão por morte.

Toda construção foi feita com base na analogia entre duas normas, pertinentes a esferas diferentes, mas que se apoiavam, em sua gênese, em preceitos idênticos, que permitiu a solução no caso concreto, e a construção de uma jurisprudência para casos semelhantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebemos como o Direito, por mais que evolua, a velocidade das mudanças de paradigmas de relações sociais, numa sociedade tão complexa, como a atual, ainda não contempla solução e percepção de todos os fatos a que se submete.

A integração das normas é ferramenta cada vez mais utilizada pelos operadores do direito na construção de soluções aos problemas que a realidade social apresenta. O sistema jurídico permite ser chamado de fechado e estático ou aberto e dinâmico, ou até mesmo uma combinação desses elementos.

A solução das lacunas no sistema jurídico, como demonstrado, deve ser o mote da análise. Foi o que esse pequeno *paper* se propôs. Fazemos nossas as sábias palavras de Maria Helena Diniz (1997, p. XIII), no prefácio de sua obra, que assevera que:

Escrever sobre lacunas é, deveras, um empreendimento ousado, impõe um certo risco, uma vez que a própria noção de lacuna é imprecisa e a abordagem desse tema requer o estabelecimento de premissas que, em si mesmas, são também discutíveis. Por isso não espante o leitor em não encontrar, nestas páginas, respostas definitivas ao problema.

Esperamos que essa pequena empreitada, pelo menos, faça o leitor se debruçar mais sobre o tema e desenvolver, quem sabe, caminhos menos difíceis.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

¹ Funda-se na *igualdade jurídica*, porque a mesma norma pode ser aplicada tanto no fato previsto e quanto no fato não previsto.

BRASIL. **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Discursos sobre o direito**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. São Paulo: Habermann, 2009.

DEL VECHIO, Giorgio. **Direito, estado e filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **O conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste, 1988.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2007.

MONTAIGNE, Michel de. **Os Ensaios**. Tradução de Rosemary Costhek Abilio. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito: de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Lições de Introdução ao Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: RT, 1993.