O MÍNIMO ÉTICO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Artigo apresentado ao Curso de Direito para fins de publicação
Prof. Fernando Amarante Barcellos Filho

Cataguases
2011

“(...) é preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão (...). Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis.”

EXUPÉRY, Antoine de Saint. O Pequeno Príncipe.

RESUMO

Este trabalho foi idealizado com o escopo elucidar as relações entre família. Para tanto utilizamos preceitos relativos ao conteúdo ético que passou a impregnar toda a seara Jurídica. Nosso intento é, pois, revelar que o conceito de família é bem maior do que um preceito meramente jurídico, mas sim, alcança seu significado através de uma construção social. Desse modo, não é dado ao Direito oprimir a família nas suas diversas formas, mas sim reconhecer a pluralidade de entidades familiares que se formam no seio da sociedade. Portanto, a Norma Jurídica deve ser inclusiva e contemplar a diversidade. Deve-se, pois, acatar todas as espécies de família existentes na sociedade, sem quaisquer discriminações, pois não é dado ao Estado a prerrogativa de proibir as diversas formas de afeto.

(Entidades familiares, diversidade, pluralismo, norma).

This work was conceived with the aim to elucidate the relationship

between family. To use both content-related ethical precepts that began

to pervade the entire harvest Counsel. Our intention is therefore to reveal

that the concept of family is much larger than a purely legal precept, but

achieves its meaning through a social construction. Thus, it is given the

right to oppress the family in its various forms, but recognize the plurality

of entities that form in the family within society. Therefore, the rule of law

must be inclusive and encompass the diversity. One should therefore

accept all kinds of family in society without discrimination because the

state is not given the authority to prohibit various forms of affection.

(Entities family, diversity, pluralism, rule).

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. BREVE ANÁLISE DO TEMA

3. DIREITO E UMA FILOSOFIA DE VALORES – POSITIVISMO ÉTICO
4. INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA E CONFORME À CONSTITUIÇÃO – CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS
5. FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
6. CONCLUSÃO
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz consigo o escopo de elucidar como, hodiernamente, a família é reconhecida no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a possibilidade de se ter a união homoafetiva, a união poligâmica como espécies do gênero entidade familiar.

Trabalharemos o critério principiológico do caso em comento para defender a possibilidade de pessoas do mesmo sexo ou várias pessoas se unirem em laço familiar e frisar que inexistente impedimento para tanto.

Cabe ressaltar que o Direito não pode fechar seus olhos para a realidade sociológica e, portanto, deve atender as necessidades que o caso concreto apresenta. Nesse sentido, verificamos que as novas espécies de entidades familiares estão urgindo por sua regulamentação e, nesse sentido, o Direito não tem o poder de extirpar tal realidade.

Sabemos que o novo sempre provoca certo receio, mas é imprescindível que as concepções pessoais não sejam motivo de rechaçar ou reprovar a diversidade. Não estamos defendendo, pois, uma obrigação para que todos comunguem dos mesmos ideais, mas ao contrário, estamos em defesa da liberdade do indivíduo se relacionar e formar sua família com quem ele bem entender. O que há demais nisso? O reconhecimento das novas entidades familiares como família não se trata apenas de direito, mas sim de justiça. O indivíduo não pode ser tolido do seu direito inalienável de formar sua família com as pessoas que bem entende.

Já está ultrapassada aquela fase em que a família tinha que ser estabelecida através de um modelo patriarcal, onde homem e mulher se uniam nos laços do matrimônio, sendo aquele o responsável direto pela unidade familiar. O entendimento de que a família só era aquela derivada do casamento está ultrapassada, muito embora o casamento ainda seja uma das muitas formas para se formar uma família.

Nesse sentido, ressaltamos que nosso anseio é para que se reconheça o que já existe!

2. BREVE ANÁLISE DO TEMA:

Antes de adentrar diretamente no nosso entendimento sobre o tema, faz-se mister elaborarmos um breve histórico de como a família vem se construindo através dos tempos.

O conceito de família, se traçarmos sua evolução através do tempo e do espaço, pode ser considerado mutável, pois que sempre está sofrendo as influências do contexto social, político econômico em que está inserida.

Coube ao direito romano o papel de estruturar os alicerces da família ocidental conferindo-lhe “*unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe*”. É o ideário da família patriarcal e aristocrática, girando em torno do seu chefe, o *pater familias*, que detinha o poder absoluto sobre todos os demais componentes. Podemos perceber que esta família ainda estava bem presente no código civil de 1916. É importante ressaltar que o vínculo de consangüinidade não era fator indispensável, sendo considerados membros da família todo conjunto de pessoas submetidas ao poder do *pater familias*, englobando nesse grupo não apenas descendentes e esposa, mas também os escravos.

A família medieval manteve uma característica da família romana, qual seja, a sua estruturação sob a autoridade de um chefe, permanecendo, desta forma, o modelo patriarcal. É certo que a autoridade paterna, apesar de preservada sua importância e superioridade, não se equiparou a todo poderio que detinha o *pater familias*, uma vez que deixou de existir a dependência absoluta dos filhos que passaram a desfrutar de maior liberdade.

Com o influxo da Revolução francesa, nos anos de 1789, sob a influência do direito natural, o individualismo jurídico tentou dar nova fisionomia à família, combatendo sua característica eminentemente patriarcal e proclamando a conveniência de organizá-la em bases igualitárias e de se privá-la de qualquer função política.

Cabe ressaltar que também essa espécie de família ainda sofria com certa influência da igreja e, sobretudo, dos burgueses, que zelavam pela manutenção da regra da indissolubilidade do casamento, que servia aos interesses da burguesia e da igreja, na medida em que possibilitava um maior acúmulo de riquezas e impedia que o patrimônio se dissipasse permanecendo sempre no seio da mesma família, além de exercer papel fundamental no modelo de produção vigente, com a divisão sexual do trabalho. Assim, a família era entendida como uma unidade produtiva, uma vez que a quantidade de pessoas que a compunha se traduzia em força de trabalho e em maiores condições de sobrevivência para o grupo.

Com esse entendimento foi elaborado no Brasil o Código Civil de 1916. Em sua concepção, a indissolubilidade do vínculo matrimonial era regra, admitindo-se nos casos em que o matrimônio se revelasse totalmente fracassado a possibilidade do desquite, em que se mantinha o vínculo conjugal, mediante causas específicas e por mútuo acordo. Os atos de infração aos deveres do casamento, como o de fidelidade recíproca, eram causa de dissolução pelo desquite, aplicando-se sanções ao cônjuge culpado, como pagamento de pensão de alimentos, perda do uso do nome, para a mulher; perda do direito de guarda dos filhos menores.

Em todos esses tempos se mostra evidente o influxo da igreja ao tutelar a família e, portanto, não se pensava em novas formas de entidades familiares que não fossem estabelecidas pelo casamento. Portanto, falar união homoafetiva, de união poligâmica, dentre outras entidades familiares, nesses tempos, onde não se admitia sequer a união estável, era inimaginável.

Contudo, no decorrer do século XX, inúmeras transformações sociais mostraram este modelo legal de família não conseguia mais se sustentar diante da dinâmica dos fatos.

Entre estes grandes eventos transformadores, podem-se citar as duas grandes guerras mundiais que despertaram na sociedade, e conseqüentemente no mundo jurídico, o sentimento de solidarismo e respeito à dignidade da pessoa humana, consagrados nas declarações de direitos do homem e nas constituições modernas, e o processo de urbanização e a industrialização, o qual fez com que a família deixasse de exercer seu papel de unidade produtiva, reduzindo a necessidade da grande prole. Cabe salientar também que a revolução feminista trouxe grandes influxos para o modelo familiar do século vinte.

Assim, a família deixa de ser uma unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos e se transforma em um núcleo onde o que se importa é o companheirismo e afetividade, refletindo mais o interesse de seus membros, agora dotados de mobilidade e autonomia na busca da realização pessoal, do que os seus próprios interesses.

3. DIREITO E UMA FILOSOFIA DE VALORES – POSITIVISMO ÉTICO:

Em análise da obra “Fundamentação Ética e Hermenêutica – alternativas para o direito” – fomos conduzidos a um pensamento de que o Jurista deverá atentar para valores não meramente jurídicos do Direito, mas o fundamento de validade da norma jurídica, justificadora da existência do estado, deve levar em conta a função ético-social do Direito e,

nesse sentido, cabe ressaltar que os atos do Estado devem sempre atentar para preceitos de justiça que repercutirão na diminuição da exclusão social.

O mínimo ético a ser observado nesta seara caracteriza um conjunto de condições fundamentais sem as quais a pessoa não tem condições de viver. Valores como educação, saúde, lazer, dignidade, dentre outros, são imprescindíveis para o desenvolvimento humano e, portanto, devem ser primazia do Estado.

Segundo os autores “o mínimo ético constitui o alicerce possibilitador da sustentação da experiência convivial sendo composto da mesma substância cooperativa e mutual que integra o Estado, o direito e a moral”.¹

Dentro desta seara, entende-se que o Estado, ao regular as relações de família, também deverá estar atento ao mínimo ético e permitir, deveras, que as várias espécies de família sejam atendidas e reconhecidas pelo Direito.

Antes, contudo, devemos fazer uma análise histórica da migração entre positivismo e pós-positivismo. Aliás, adotaremos aqui a visão de positivismo e positivismo ético.

Após duas grandes Guerras mundiais, degradação ambiental, exploração do homem pelo homem e outras catástrofes legitimadas pelo Direito, os pensadores desta ciência perceberam que se fazia necessário uma mudança de paradigma onde o Direito deixaria sua posição de ciência pura, para que se correlacionasse com outras áreas do conhecimento, sobretudo com a ética. Houve, pois, a partir do século XX uma releitura metodológica que gerou repercussões na seara interpretativa da Ciência Jurídica. O positivismo, como elaborado por Kelsen, em sua teoria pura do direito, ainda está intacto no que se refere a sua estrutura formal. Contudo, foi-se verificando o intento de se impregnar uma nova ordem de valores na ciência Jurídica e, portanto, o conteúdo positivista ganhou novos paradigmas para nortear a produção e aplicação da Ciência Jurídica.

O positivismo clássico foi imprescindível para dar ao Direito um olhar cientificista e, assim, estruturar uma ciência por meio de uma forma própria, como conseguimos observar na doutrina elucidada por Kelsen, que pretendeu uma ciência pura do

¹ ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. GONÇALVES, Marcus Fabiano. Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito, Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002, p. 35

Direito fundada em uma norma fundamental de onde todas as outras retiram seu fundamento de validade. Assim, há um pensamento sistemático onde as regras derivariam uma da outra e sua validade estaria resguardada por dois aspectos. O primeiro é o fato de que retirou de uma norma superior a sua validade e o segundo se dá por essa norma ter observado o procedimento para existir no plano Jurídico.

Importa ressaltar que aqui não se vislumbra o conteúdo dessa norma, não se pretende verificar se tal norma é justa ou injusta, moral ou amoral, pois esses campos não seriam o objeto dessa ciência. O estudo do Direito tem por objeto as normas. O que se pretendeu foi a formulação científicista do Direito e não há como refutar que esse caráter científico-positivista foi de suma importância para a elaboração da Ciência Jurídica.

Contudo, foi sendo verificado que o Direito não tinha um caráter meramente procedimental, mas agregado a isso deveríamos ter uma dimensão valorativa. Seria fundamental se agregar um conteúdo ético no caráter metodológico-procedimental que foi desvelado pelo positivismo jurídico. A Ciência Jurídica não se funda apenas em uma forma, mas também necessita de um conteúdo para que possa servir de instrumento para o homem, e, nesse sentido, esse conteúdo deveria ter inculcido em si os ideários do justo e do ético. Portanto, a ciência jurídica não necessitaria ser avaliativa. Assim, temos o entendimento de que “o procedimento só se justifica, portanto, se tiver como horizonte que seu aperfeiçoamento e cumprimento esmerado resultará em escolhas notadamente axiológicas, substanciais, principiológicas.”²

Nesse sentido, uma nova hermenêutica jurídica se inaugura a partir do advento dessa releitura ética do positivismo. Um pensamento metodológico-interpretativo fundado na

² SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 19 de Junho de 2006.

filosofia dos valores ganha espaço para a solução do caso em concreto. Com isso, remeteu-se ao estudo da tópica³ para que se elaborasse um novo paradigma para o estudo do Direito.

Contudo, a aplicação pura e simples dessa técnica interpretativa não se mostrava salutar para a resolução dos casos, pois passava por inúmeras objeções doutrinárias, como, por exemplo, o caso de se afastar a unidade intrínseca do ordenamento jurídico, tudo em virtude de se buscar intensamente a resolução do caso isolado em detrimento da apreciação do Direito como um sistema estruturado de normas.

Assim, para que fosse aplicado esse pensamento tópico no método interpretativo que hodiernamente se inaugura, fez-se necessária a relativização dos conceitos de hiper-valoração do caso concreto. Nesse sentido, a equidade se torna um instrumento fundamental para que se ultrapasse a problematização existente na dicotomia doutrina-prática e, nesse sentido, a tópica se torna um tronco de onde se ramificam inúmeros outros métodos interpretativos.

Esse novo método de interpretação é efetivado ao mesmo tempo em que a doutrina e a lei entregam aos princípios uma acentuada importância. Saliente-se que a norma, nesse contexto, é formada por regras e princípios. Esse novo paradigma para a seara jurídica nos é orientado como sendo o pós-positivismo⁴.

Essa nova escola traz os princípios como norma e dá a eles aplicabilidade direta para a resolução dos casos práticos, entregando ao Direito não apenas uma razão procedimental, mas também uma razão valorativa. Margarida Maria Lacombe Camargo nos leciona que:

³ “A insuficiência do positivismo explica o advento da tópica na medida em que lhe foi possível abranger toda a realidade do direito, valendo-se, conforme ressaltou Kriele, de normas positivas, escritas ou não escritas, em vinculação com as regras de interpretação e os elementos lógicos disponíveis”, in BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Ed. Malheiros, 12ª edição, São Paulo. Pág.450.

⁴ É certo que nós preferimos a denominação positivismo ético, pois ele não quis significar que o positivismo está acabado, mas apenas passou por uma releitura.

“o direito, como as demais ciências do espírito, corresponde a um acontecer, que cabe ser interpretado segundo os valores que comandam sua ação, tanto interna quanto externamente. (...) A existência do direito conforma-se, assim, a uma tradição cultural determinada, mas que não pode ser encarada sob uma perspectiva reducionista, uma vez que admite valores universais válidos também para outras épocas e outros lugares”.⁵

A autora nos orienta acerca da existência de uma co-relação entre positivismo e moral, posto que coloca valores axiomáticos atemporais ao mesmo tempo em que nos traz uma visão tradicional de norma jurídica.

A normatividade dos princípios tem sua origem em estudos da Filosofia e Teoria Geral do Direito que buscaram a intercessão do Direito Natural e Direito Positivo. A antinomia que existia entre as duas escolas de pensamento supracitadas não permitia a aliança entre segurança jurídica e justiça e, nesse sentido, o Direito não se firmava em nenhum desses dois ideários, mas oscilava ora em um, ora em outro. O que era segurança jurídica por muitas das vezes era injusto e o que era justo não trazia consigo segurança.

O novo pensamento de agregar princípios ao caso concreto visa trazer a segurança jurídica justamente no fato de se haver a resolução justa do caso concreto. Assim, segurança jurídica e justiça não são mais dois pilares dicotômicos para o Direito, mas um é decorrente do outro.

Importante ressaltar que esse pensamento foi trazido tanto no Direito de tradição romanística quanto no anglo-americano, pois conforme assevera Bonavides:

“Assim como Müller, na Alemanha, rompe com a tradição de Kelsen, Hellinek, Laband e Gerber, já Dworkin, no mundo anglo-americano, levanta à cátedra de Harvard contra a de Oxford, onde até então a filosofia jurídica de Hart conservava inatingível a inspiração positivista de Bentham a Austin”.⁶

⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação (uma contribuição ao Estudo do Direito)*. Ed. Renovar, 3ª edição, Rio de Janeiro. Pág.20.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Malheiros, 12ª edição, São Paulo. Pág.248.

Nesse cenário, o Direito passa por uma reconstrução de valores éticos que descendem agora dos princípios e ganham vitalidade em um novo método de interpretação. Nesse ponto, encontramos a solução para a necessidade de “dizer o bom direito” de molde a aliar doutrina e prática.

Se o positivismo nos trouxe a contribuição de dar cientificidade ao Direito, trazendo-nos uma estrutura completa, coerente, sistemática e unitária, o pós-positivismo trouxe o ideário valorativo e uma racionalidade argumentativa-hermenêutica para a efetivação da ciência Jurídica.

Entre o positivismo duro e o positivismo ético não temos profunda dicotomia, mas apenas uma releitura que se deu na medida em que o direito passou a ser vislumbrado não como ciência justificada apenas pelo seu caráter procedimental, mas também pelos seus fundamentos éticos. Agora temos que a Ciência Jurídica é, além de uma ciência procedimental, uma ciência fundada em um conteúdo valorativo.

A influência do pós-positivismo no direito é verificada por Canotilho⁷ que nos orienta no sentido de que houve uma queda do centralismo estatal, posto que foi inaugurado o ideário de que existem inúmeros outros sub-sistemas que atuam ao lado do Estado, onde, nesta atuação, todos exercem influências reciprocamente. Daí se passa a verificar que a Constituição (norma Jurídica) também sai do centro normativo e deixa de ser dirigente para ser reflexiva, tendo em vista que apenas passa a estabelecer processos informadores e mecanismos que reduzem as interferências entre inúmeros sistemas autônomos da sociedade (econômico, jurídico, social, cultural, artístico). Nessa linha, vê-se que a norma perde sua força e passa-se a conceber a relativização do papel da lei (de fonte estatal), pois que se

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

admite a existência de outros sistemas equivalentes funcionais reguladores alternativos de direito, como o caso do mercado, no plano econômico, os contratos, no plano inter-privado (...) entre outros.

Com esse contexto, o autor nos orienta três direções em que o Direito se encontra:

* Des-oficialização: trata-se de uma relativização de supremacia estatal, onde se admite que existem outras fontes para a construção do Direito que não as normas advindas do Estado. Esse cenário ressalta a relativização do papel da lei.

* Des-codificação: vislumbra um ideário onde existe o refluxo jurídico que retira dos códigos a organização superior do Direito advindo das leis.

* Des-legalização: tem por paradigma a admissão de outras normas que não as advindas do Estado. Admitem-se, pois, que os sujeitos ou outros sistemas sejam também elaboradores de normas a serem seguidas.

O julgador, que antes tinha apenas a função de aplicar a lei ao caso concreto pelo critério de subsunção, nesse novo contexto ganha ares de intérprete que alia a idéia do direito ao ideal do justo e ético. Esse cenário contribuiu para a elaboração e sedimentação do que foi propugnado pelo pós-positivismo.

Resta claro que no positivismo clássico vivemos o império da Lei, onde existe o mito de que ela é a expressão superior da razão e garantidora da segurança jurídica e do Direito, pautando-se nos aspectos de caráter científico, emprego da lógica formal, anseio de completude, coerência e unidade, pureza dogmática, racionalidade e neutralidade do intérprete.

Contudo, o pensamento crítico do Direito rompe com determinados paradigmas firmados pelo positivismo Clássico, ou positivismo duro, para dar vazão a um pensamento ético do Direito, onde se começa a verificar uma interdisciplinaridade entre as correntes de pensamento como filosofia, lingüística, direito, psicanálise, sociologia entre

outros e o Direito passa a ser um instrumento para se alcançar a justiça na pacificação de litígios.

Desse modo, houve um deslocamento do poder do legislador para o julgador, pois é este, com sua sensibilidade no caso concreto, que irá dizer o Direito justo e ético. Saliente-se que uma visão não necessariamente refuta a outra, mas ambas podem coexistir, ou seja, pode-se haver de forma equilibrada, um emprego da lógica formal e racional, mas também com o emprego de um pensamento ético. Assim, temos que o Direito terá seu fundamento quando ele retira a validade de seu caráter procedimental e de sua característica valorativa simultaneamente.

Dentro desse contexto, também se permite elaborar um novo conceito de família que descende não apenas da lei, mas sobretudo da sociedade, pois é ela quem dá ensejo a formação das entidades familiares e, portanto, cabe ao direito apenas reconhecê-las como família.

Não se deve afastar o texto do contexto, como já foi visto acima, mas devemos aliar o conteúdo normativo da regra ao fato social que nos é trazido, sem nos esquecermos do juízo de valor que deverá incidir sobre o fato para a elaboração da norma. Nesse cenário é imprescindível a justificação do direito como sendo, também, fato, valor e norma.

Certo é que, como o direito tem o escopo de regular a conduta humana e, portanto, se trata de uma ciência elaborada para satisfazer os anseios humanos, ele deve estar atento às relações no mundo dos fatos, para não haver a dissociação completa da norma jurídica e do contexto fático vivido.

Ademais, observado a circunstância fática, sobre o fato o operador do direito exercerá um juízo de valor, pois como pode ser verificado, após a releitura ética do positivismo, o direito não é mais uma ciência avalorativa.

Após ter havido o juízo de valor que incidiu sobre determinado fato, é que vamos verificar a elaboração e aplicação da norma jurídica. Portanto, deve-se haver equidade para a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, pois, do contrário, o Direito não estará exercendo seu mister. Assim se justifica, pois, o reconhecimento das novas entidades familiares existentes hodiernamente como família. O tema se trata de um fato social ao qual o Direito não poderá olvidar.

4. INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA E CONFORME À CONSTITUIÇÃO – CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS:

Conforme já foi verificado no tópico supra, uma nova hermenêutica jurídica se inaugura a partir do advento de uma releitura ética do positivismo.

Nesse cenário, os princípios saem de uma posição de elementos integradores da norma para serem erigidos também à norma jurídica.

Ademais, a partir de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, norma que é o fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico e que trouxe a lume inúmeros direitos individuais e, por tais motivos, é conhecida como a Constituição Cidadã.

Dentro desse novo contexto, entendemos que há inúmeros motivos para que as novas formas de entidades familiares sejam regulamentadas enquanto espécies do gênero Família, senão vejamos:

Logo em seu preâmbulo, a Constituição, através dos legisladores reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, expõe que “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

É sabido que apesar de não ter efetivo valor normativo, o preâmbulo constitucional orienta-nos para a leitura de todo o conteúdo programático constitucional. Seguindo esse entendimento, resta nítido que a Constituição pretende instituir um Estado democrático de direito para uma sociedade plural e sem preconceitos. Nesse sentido, a regulamentação das novas entidades familiares seria a consagração de tais preceitos.

Lado outro, a constituição, em seu artigo primeiro, prevê que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Ora, para que tal postulado não seja apenas previsão constitucional e se materialize na prática, faz-se necessário encontrarmos mecanismos não excludentes e, portanto, não se haver por discriminada as uniões que caracterizem novas espécies do gênero família. Como se falar em dignidade da pessoa humana se o Estado não admite que essa pessoa tenha uma vida em família com quem ela melhor entende? Isso é uma afronta, tanto ao princípio da liberdade quanto ao da

dignidade da pessoa humana.

Mais evidente se mostra a necessidade de se regulamentar as uniões ora em comento como espécies de entidade familiar quando nos deparamos com a seguinte norma:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

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

Tal preceito nos impõe que não apenas aceitemos, mas também promovamos, por exemplo, a união homoafetiva e a família poligâmica como entidades familiares. Esse é, pois, um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Reitera nossa assertiva a disposição do caput do artigo 5, que nos leciona: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, 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”.

Distinguir as novas espécies de família das outras espécies de família já consagradas é uma afronta ao princípio da igualdade, esculpido como direito fundamental. Ademais, das liberdades, a mais inalienável e a liberdade de se relacionar e formar sua família com quem melhor lhe aprouver. Dessa forma, o Estado não pode interferir na formação da família do indivíduo, mas sim reconhecê-la e dar respaldo jurídico para tanto.

5. FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Com o significativo movimento da sociedade que não mais acatava o casamento como única forma de constituir família, bem como o movimento de laicização do Estado, novas formas de entidades familiares foram contempladas pelo Direito pátrio e tal ideário chegou ao seu ápice com a Constituição Federal de 1988.

O pluralismo das entidades familiares foi contemplado, seja explícita, seja implicitamente pela constituição Federal. As formas de convívio familiar se libertaram das antigas normatizações que as tratavam taxativamente, e passaram a ser mais um conceito no campo da ética, da vontade e da afetividade. Hodiernamente o núcleo familiar é aquele onde pessoas se juntam pelos laços do afeto com o escopo de formar uma família.

Com esse novo paradigma para a família, o Estado, o Direito e a sociedade devem reconhecer as novas uniões familiares como entidades familiares, desde que estas atendam a todos os critérios para tanto. Não nos é lícito fechar os olhos frente a essa realidade apenas por questões pré-concebidas ou preconceitos de ordem religiosa.

Ademais, a constituição inaugura o direito de família, conceituando como núcleo familiar aquelas relações de afeto entre as pessoas e cujo intento é de se formar uma unidade familiar, senão vejamos:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (...)”.

De acordo com a norma supramencionada, temos a exemplificação de três espécies do gênero entidade familiar, senão vejamos:

Família derivada do casamento: Essa espécie preza a união matrimonial entre homem e mulher que se unem pelos laços do afeto para formar uma família.

Família derivada da União Estável: Que preza a relação entre homem e mulher, que não querem se casar, mas mantém uma relação de afeto com o escopo de formar uma família.

Família monoparental: Família formada por duas ou mais pessoas sejam elas do mesmo sexo ou de sexos opostos, que se unem pelos laços do afeto com o intento de ser uma unidade familiar.

Pelo que foi demonstrado na norma constitucional, a família não se constitui apenas por pessoas de sexos opostos, mas os requisitos que são imprescindíveis para a formação de uma família são: O afeto e o *animus* de se formar uma unidade familiar. Preenchidos tais requisitos a união homoafetiva, a família poligâmica e demais outras espécies do gênero família também tem de serem consideradas família e serem regulamentadas como tal.

Cabe salientar que o rol das espécies de família descritas na norma constitucional é apenas exemplificativo e, portanto, não se trata de *numerus clausus*. Nesse sentido, o legislador ordinário poderá regulamentar as novas espécies do gênero família sem sequer ter a necessidade de se modificar a norma constitucional.

Em nome da moral e dos bons costumes a sociedade nos impõe certos padrões de comportamento a serem seguidos, nos apresentando perfis totalmente conservadores e estigmatizados. Tudo o que não se enquadra em determinado perfil é excluído. Surgem estereótipos a serem seguidos, sendo considerados “anormais” quem não os seguir, ocasionando o preconceito e uma visão limitada.

O preconceito é arma e fere a dignidade humana. Direitos são desrespeitados, busca-se a ordem jurídica justa, mas a lei não consegue de forma alguma acompanhar o acentuado desenvolvimento social dos dias de hoje, excluindo dessa forma muitos fatos dignos de regramento. Nesse caso, os vínculos pessoais são os mais afetados com a constante evolução, da mudança de valores e dos conceitos de moral e pudor.

São muitas as lacunas, mas tenta-se encontrar a solução nos direitos fundamentais elencados na Constituição, cabendo à jurisprudência interpretações para efetivar direitos que, em regra, poderiam estar previstos na própria legislação e que parte da sociedade consagra. Certo é que no campo da família, não se pode deixar o conservadorismo imperar e ocorre a marginalização do que só deveria ser amor.

Ignorar situações existentes há muito tempo dentro da nossa sociedade é ferir a busca de uma sociedade justa e igual em termos de liberdade e respeito ao próximo. Não importa a forma de amar, e sim o amor, pois relações entre pessoas baseiam-se em companheirismo, cumplicidade e responsabilidades. Portanto, o trabalho de pesquisa mostrou o Direito como um instituto de ciências humanas na sua essência e totalidade; o Direito que vê o homem e não apenas suas obrigações e patrimônio. Visa-se, pois, um ideário humanista para um Direito

que deve atender as expectativas humanas. Nesse sentido, não há que se discriminar as novas espécies de entidades familiares que emergem no seio de nossa sociedade.

Luiz Edson Fachin defende que ao se admitir a união homoafetiva, o legislador daria "a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente à pessoa humana".⁸

Além disso, O próprio STJ enfrentou a controvertida com relação à pluralidade das entidades familiares ao decidir uma questão decorrente de união concubinária e, analisando um caso de seguro de vida cuja a beneficiária era a “concubina”, conforme se vê: (R. Especial nº 100.888-BA, DJ de 12.03.2001).

“HOMEM CASADO. SITUAÇÃO PECULIAR, DE COEXISTÊNCIA DURADOURA DO DE CUJUS COM DUAS FAMÍLIAS E PROLE CONCOMITANTE ADVINDA DE AMBAS AS RELAÇÕES. INDICAÇÃO DA CONCUBINA COMO BENEFICIÁRIA DO BENEFÍCIO. (...)

II - Inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts. 1.474, 1177 e 248,IV, da lei substantiva civil, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o de cujus, a particular situação dos autos, que demonstra espécie de "bigamia", em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do direito.

III – Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária.”

Desse modo, resta evidente que os tribunais e a doutrina já vêm flexibilizando o entendimento de entidades familiares, atendendo aos preceitos da pluralidade.

Ademais, a doutrina assevera o entendimento de que “Nas sociedades bem reguladas o melhor direito é aquele no qual o sistema judicial funciona pouco justamente porque a espontaneidade moral funciona o suficiente, pois assim pode operar”.⁹

Por fim cabe ressaltar que o STF já se posicionou, em decisão recente, favoravelmente à União homoafetiva, o que já assinala uma mudança de paradigma no pensamento que vinha sendo tomado há algum tempo. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

⁸ Luiz Edson Fachin, Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo, *RT* 732/48.

⁹ *ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. GONÇALVES, Marcus Fabiano. Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito, Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002, p.107*

(ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o STF salientou os aspectos de tal união, reconhecendo como espécie do gênero entidade familiar.

6. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, restou evidente que não é dado ao Estado ignorar a existência de uma pluralidade de entidades familiares existentes no seio da sociedade. Mais do que uma construção jurídica, o conceito de família é uma construção social e, portanto, não é dado ao Direito a prerrogativa de discriminar qualquer que seja a forma de família.

Cabe ressaltar que o Ordenamento Jurídico pátrio dá importância à pluralidade e a diversidade. Nesse sentido, não nos cabe uma interpretação restritiva quando se trata de conceituar as diversas formas de entidades familiares.

Ademais, deve-se ressaltar que a família é o núcleo basilar de toda a sociedade e, portanto, ela deve ser protegida pelo Ordenamento Jurídico em todos os seus aspectos.

No momento social em que o legislador contempla a desvinculação entre as pessoas quando não há mais o afeto, facilitando o divórcio, não se debatendo culpa na separação, tudo em nome de se preservar a dignidade da pessoa humana, é inaceitável que o mesmo não facilite também a união entre as pessoas que guardam afeto entre si.

Nesse sentido, o presente estudo teve o escopo de demonstrar que no Estado Democrático de Direito não se mostra justo, ético e razoável que as diversas entidades familiares não recebam resguardo do Estado e sejam marginalizadas.

Deveras salutar seria que o Ordenamento Jurídico não fosse excludente quando o mesmo propugna o ideário da diversidade. Há, pois, de se admitir a diversidade do afeto. Entendimento contrário seria um contrasenso.

Portanto, a Norma Jurídica deve ser inclusiva e contemplar a diversidade. Deve-se, pois, acatar todas as espécies de família existentes na sociedade, sem quaisquer discriminações, pois somente assim conseguiremos uma sociedade livre, justa e fraterna.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito*, Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*. Ed. Malheiros, 4ª edição. São Paulo.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Ed. UnB, 10ª edição. Brasília.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Malheiros, 12ª edição, São Paulo.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Celso Bastos Editor

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação (uma contribuição ao Estudo do Direito)*. Ed. Renovar, 3ª edição, Rio de Janeiro.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DE MORAES Maria Celina Bodin, *A União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Uma análise sob a Perspectiva Civil-Constitucional*, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, jan/mar 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo*, *RT* 732/48.

SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 19 de Junho de 2006