

A EVOLUÇÃO ÉTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Renata Cristina Araújo Magalhães*

Sumário

1. Introdução. 2. O Direito de Família em face do novo Código Civil brasileiro. 3. A natureza dinâmica do Direito de Família. 4. A interpretação das normas jurídicas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

O presente estudo tem como objetivo realizar uma breve análise reflexiva acerca da evolução da instituição familiar, do ponto de vista jurídico, conferindo ao leitor uma visão crítica acerca do assunto, cuja relevância destaca-se na atualidade.

Tal evolução não se esgota com as modificações promovidas pelas leis extravagantes e pela Constituição Federal, mas se faz sentir a cada dia, pelo trabalho hermenêutico desenvolvido em nossos Tribunais, o qual deverá intensificar-se ao entrar em vigor, em 11 de janeiro de 2003, o novo Código Civil brasileiro.

Concluindo, a concepção jurídica da instituição familiar evoluiu para priorizar os laços de afeto e valores constitucionalmente consagrados, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade dos indivíduos perante a lei, em detri-

* Aluna do curso de graduação de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

mento de uma estrutura patriarcal e moralista que estagnava o Estado Democrático de Direito.

1 INTRODUÇÃO

A forte inspiração individualista do atual Código Civil brasileiro, refletida na consagração de princípios que visam a garantir a estabilidade das relações de direito privado e a minimizar os riscos negociais, cedeu espaço, no decorrer do século XX, a uma normatização voltada a reequilibrar o quadro econômico-social decorrente da ordem liberal dominante nesse período, a qual demandou intensa proteção dos direitos humanos e sociais.

Uma crescente intervenção estatal passou, assim, a perpetuar-se na esfera privada, acarretando, no âmbito jurídico, a aprovação de leis extracodificadas ou excepcionais, destinadas a disciplinar os novos institutos do Direito.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, as leis extravagantes assumiram a inafastável função de reger os institutos jurídicos segundo princípios constitucionalmente consagrados, a fim de conferir-lhes eficácia e viabilizar a consecução dos objetivos socioeconômicos definidos pelo Estado.

No âmbito do Direito de Família, deu-se a formação de uma nova concepção acerca desta instituição, cuja feição jurídica passou a ressaltar sua importância social, a valorização de princípios de ordem pública e uma tutela voltada a garantir a dignidade e realização pessoal dos seus membros, transformações que trouxeram importantes reflexos no campo da hermenêutica jurídica.

Nota-se uma mudança no objeto da tutela jurídica do Estado que, anteriormente à Constituição Federal de 1988, objetivava a máxima proteção da paz doméstica e enaltecia a família fundada no casamento para, posteriormente, considerá-la como instrumento destinado a viabilizar a dignidade da pessoa humana.

Dentre os princípios de ordem pública que passaram a permear as relações familiares, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e considerado o susten-

táculo dos direitos humanos, declarados e reconhecidos pela Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, destaca-se como principal paradigma axiológico do Direito de Família brasileiro.

Constatamos, outrossim, uma nítida evolução da instituição familiar, construindo-se uma nova concepção jurídica a seu respeito, a demandar uma análise hermenêutica criteriosa, tanto das normas atuais quanto das que serão introduzidas pelo novo Código Civil brasileiro, assunto do qual passamos a tratar.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A aprovação do novo Código Civil brasileiro trouxe à tona diversas reflexões sobre o Direito de Família, tendo em vista os valores do afeto, da solidariedade e da cidadania, bem como os direitos humanos e os princípios consagrados na Constituição da República de 1988.

Tendo origem no Projeto de Lei n. 634/75, posteriormente, Projeto de Lei n. 118 do Senado Federal, o texto da Lei n. 10.406, de 10/1/2002, o novo Código Civil brasileiro, foi elaborado pela comissão presidida pelo ilustre jurista Miguel Reale e aprovado em 15 de agosto de 2001 pela Câmara dos Deputados, estando previsto para entrar em vigor em 11/1/2003.

O período da *vacatio legis*, no qual se encontra o novo ordenamento civil, configura-se demasiadamente curto, pois, além de destinar-se ao conhecimento de mais de 2.000 mil artigos de lei, vem sendo utilizado no sentido de aperfeiçoar esse estatuto, haja vista as inúmeras propostas visando à sua alteração.

Com o escopo de suprir o descompasso entre a evolução dos valores sociais e um ordenamento civil que não mais se coaduna com os anseios e costumes dos cidadãos brasileiros, e mesmo com os ditames da Constituição da República de 1988, o novo diploma civil, instituído pela Lei n. 10.406, de 10/1/2002, veio contemplar uma série de reformas ocorridas em nosso Direito de Família no decorrer do século XX.

Com efeito, o novo Código Civil abrange relevantes inovações legislativas, notadamente as introduzidas pela Lei n. 4.121/62, que alterou a posição da mulher casada; pela Lei n. 6.515/77, que instituiu o divórcio no direito brasileiro; pela Lei n. 8.971/94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, incluindo, ainda, disposições acerca da União Estável (Lei n. 9.278/96) e do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (art. 227, § 6º, da CF/88).

Sobre o casamento, o novo ordenamento civil consagra a igualdade de direitos e deveres entre o homem e mulher, já reconhecida constitucionalmente (art. 5º, *caput* e inciso I, da CF/88), ao atribuir, em seu art. 1.567, a direção dessa sociedade a ambos os cônjuges, e não mais ao marido, confirmando a extinção da figura do chefe de família; bem como ao conferir aos nubentes a possibilidade de acrescentar ao seu sobrenome o do outro (art. 1.565, § 1º), o que somente era facultado à mulher.

Estabeleceu, ainda, para ambos, a idade mínima de dezesseis anos para o casamento, mediante autorização dos pais ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil (art. 1.517), a qual foi fixada em 18 anos pelo art. 5º do novo estatuto civil. Diferente disposição verifica-se no atual Código Civil, que fixa para a mulher os mesmos 16 anos, mas, para o homem, 18, em flagrante desrespeito ao princípio isonômico.

Ressalte-se que o art. 1.520 do novo CCB prevê a possibilidade de ocorrência do casamento mesmo anteriormente aos 16 anos, para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal, ou na hipótese de gravidez. Afasta, assim, a nova lei, qualquer espécie de preconceito, tal como determina expressamente a Constituição Federal de 1988 (art. 3º, IV, e art. 5º, *caput* e inciso I), retirando a posição privilegiada do pai no exercício do pátrio poder, prevista no art. 380 do Código Civil de 1917.

Além disso, inovou o Código ao explicitar, em seu art. 1.511, a finalidade do casamento, qual seja, a de estabelecer comunhão plena de vida, expressão que espelha com exatidão as inúmeras implicações e a amplitude dessa aliança, que pressupõe respeito e consideração mútuos (art. 1.566, V) e cuja celebração passa a ser gratuita, assim como sua habilitação, registro e primeira certidão,

estes quando destinados às pessoas pobres (art. 1.512, *caput* e parágrafo único).

Destacam-se, ainda, a restrição da eficácia do casamento por procuração, estabelecida em noventa dias (§ 3º do art. 1.542), e a determinação de que a revogação do mandato deve ser realizada por instrumento público (§ 4º do art. 1.542), normas que visam a ampliar a segurança jurídica.

Cautelas exageradas foram suprimidas, como a vedação do casamento entre o juiz, o escrivão e seus parentes, com órfão ou viúva de suas circunscrições (art. 183, XVI, do atual CCB), norma que perde inteiramente o sentido ao considerarmos que entre estes podem ser construídos laços de afeto verdadeiros e duradouros.

Também acertada foi a valorização do casamento religioso, passando-se a admitir, a qualquer tempo, seus efeitos civis, desde que realizada a habilitação dos nubentes e formalizada a inscrição no registro próprio.

A imutabilidade do regime de bens do casamento, abarcada no art. 230 do atual Código Civil brasileiro, cederá lugar à possibilidade de alteração do regime matrimonial, mediante pedido motivado de ambos os cônjuges e autorização judicial, na forma do § 2º do art. 1.639 do novo estatuto. É bem verdade que a jurisprudência brasileira já vinha aderindo à tendência global de considerar a mutabilidade do regime de bens, o que se observa com a edição da Súmula n. 377 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual prevê a transformação do regime legal de separação de bens em regime de comunicação de bens adquiridos na constância do casamento.

Quanto à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, dispõe o art. 1.572 do novo Código Civil que qualquer dos cônjuges poderá propor ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. Essa necessidade de se identificar um “culpado” para que seja concedida a separação, atribuindo exclusivamente ao “inocente” o direito de intentá-la, constitui norma retrógrada, que é atenuada pelo disposto no § 1º do art. 1.573 do novo CCB, que confere ao juiz a possibilidade de considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade de vida em comum, para fins de separação judicial.

Configura-se, aliás, verdadeiro absurdo atribuir-se culpa a alguém por não mais querer viver com seu cônjuge, como se o amor derivasse de um dever legal ou consistisse em sacrifício que alguém faz em nome da estabilidade da família, e não em um sentimento motivado pelas mais distintas sensações, ou mesmo destituído de qualquer motivação, diante de sua manifesta gratuidade e da subjetividade que lhe é inerente.

Nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, alçado a nível constitucional (art. 1º, parágrafo único, da CF/88), encontra terreno fértil no Direito de Família, servindo de fundamento para se atribuir alguns direitos aos que integram as relações familiares, como a possibilidade de propor ação de separação judicial. E foi justamente visando à dignidade dos entes familiares que determinou o legislador constituinte que a família, independentemente de sua espécie, goza de especial e efetiva proteção do Estado (art. 226, *caput* e parágrafos, da CF/88). Com efeito, a proteção às entidades familiares visa a preservar e desenvolver os mais nobres valores de seus integrantes, aqueles que elevam a dignidade humana, tais como a solidariedade, o respeito, a união e o amor.

Também merece ênfase a norma insculpida no art. 1.581 do novo Código Civil, que veio abraçar entendimento jurisprudencial já consolidado, consistente na permissão da concessão do divórcio sem a prévia partilha de bens. Tal entendimento fundamenta-se no fato de que, não tendo a Constituição da República de 1988 imposto qualquer restrição ao admitir a dissolução do casamento pelo divórcio, derogou o impedimento previsto no art. 31 da Lei n. 6.515/77, consistente na exigência de decisão judicial sobre a partilha prévia dos bens.

No tocante ao pátrio poder, passou o novo Código Civil a denominá-lo “poder familiar”, expressão que espelha o deslocamento do poder exercido pelo pai, com simples colaboração da mulher (art. 380 do atual CCB) e, portanto, pátrio, para um poder exercido por ambos os pais, de forma igualitária, nos termos do art. 1.631, *caput*, do novo Código Civil. Em que pese tal evolução, a nova expressão ainda não é a mais adequada, no entendimento de Tânia da

Silva Pereira, por manter enfoque na idéia de poder, que não mais subsiste, em sua forma mais pura, na relação dos pais com seus filhos menores.¹

Isso porque, de acordo com a Carta Magna de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), os poderes atribuídos aos pais sobre qualquer filho devem ser exercidos tendo em vista o melhor interesse deste, garantindo-se sua realização, dignidade e uma harmônica convivência familiar. Verifica-se, outrossim, a existência de verdadeiro poder-dever, no qual as obrigações impostas aos pais sobressaem-se sobre os poderes que lhe foram atribuídos, a fim de que seja garantida a prevalência do interesse do menor sujeito ao poder familiar.

Daí o Direito de Família estrangeiro, notadamente o francês e o norte-americano, ter preferido a expressão “autoridade parental”, que melhor traduz a noção de poder-dever e a legitimidade de seu exercício pelos pais, refletidos na condição de autoridade que lhes foi atribuída.²

Quanto às questões a respeito das quais o novo ordenamento civil absteve-se de disciplinar, destaca-se a determinação da filiação nos modos de reprodução medicamente assistidas, como as realizadas mediante fertilização *in vitro* e a inseminação artificial com material genético de terceiro.

Acerca desse tema, limitou-se o legislador a incluir os filhos havidos por inseminação artificial homóloga e heteróloga – estes desde que tenha havido autorização prévia do marido – entre os casos de presunção de concepção na constância do casamento, consoante o disposto no art. 1597, incisos III, IV e V, do novo Código Civil.

Ainda em matéria de filiação, silenciou o novo Código acerca da filiação socioafetiva, isto é, a construída pelo afeto cotidiano, e não de laços genéticos, realidade já edificada em nossa jurisprudência.

1 DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 141.

2 DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 142.

Também a averiguação oficiosa da paternidade foi ignorada pelo legislador, que atribuiu a prova da filiação exclusivamente ao registro de nascimento, ao dispor que ninguém pode vindicar estado contrário ao que deste resulta, salvo provando-se seu erro ou falsidade (art. 1.604 do CC de 2002).

Nem se diga da tão repercutida questão da clonagem de seres humanos, que sequer fora mencionada pelo novo estatuto. Mesmo algumas temáticas já consagradas constitucionalmente, como a família monoparental – comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes –, foram olvidadas pelo legislador. Seria este aparente descaso com questões tão palpáveis em nossa realidade sociojurídica a causa das inúmeras críticas dirigidas ao novo Código Civil brasileiro no âmbito do Direito de Família?

Em que pese a louvável preocupação dos juristas com este descomprometimento na abordagem de temas de atualidade e relevância patentes, mormente tratando-se de um legislador que buscou conferir uma disciplina sistemática e pormenorizada do Direito Civil, para fins de unificação deste ordenamento, a resposta parece ser negativa. O cerne da questão encontra explicações de cunho predominantemente filosófico, relacionadas à natureza do ser humano, cuja complexidade repercute nas relações familiares, revestindo-as de valorização ética e dinamismo intensos, a respeito dos quais passamos a discorrer.

3 A NATUREZA DINÂMICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

“A experiência vivida e revivida no significado
 Não é a experiência de uma vida apenas
 Mas a de muitas gerações – não esquecendo
 Algo que, provavelmente, será de todo inefável:
 O olhar para além da certeza
 Da história documentada, a olhadela,
 Por cima dos ombros, ao terror primitivo lançada.”³

³ ELIOT, T. S. *Poesia*. p. 220.

A concepção acerca de determinada categoria ou instituto do Direito evolui, a cada geração, tendo como supedâneo os costumes da comunidade, enraizados na profunda consciência de quais comportamentos humanos são aceitos, de acordo com os valores e interesses sociais preponderantes em determinado contexto histórico.

Sendo o homem tão individual em seu caráter e tão complexo em seus anseios na vida privada, agrega à sua personalidade valores familiares que variam de indivíduo para indivíduo e de geração para geração. E mais: o mesmo cidadão pode mostrar-se bastante flexível em seus sentimentos, aspirações e valores, tendo em vista o contexto sociológico em que se situa e suas experiências pessoais.

Já no século XVIII, a evolução dos valores humanos foi explicada pelo ilustre filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel, pela teoria da “marcha do espírito do mundo sobre a história”, segundo a qual as bases do conhecimento mudavam de geração em geração, não existindo “verdades eternas”, posto que o espírito humano progredia rumo à consciência cada vez maior de si mesmo. Assim, enquanto os demais sistemas filosóficos buscaram incessantemente estabelecer premissas para o conhecimento do homem sobre o mundo, Hegel sustentava a impossibilidade de se estabelecer pressupostos atemporais para tal fim.⁴

E, tendo em vista a complexidade da natureza humana, não menos complexas são as relações sociais, o que vem acarretar conflitos de interesses, inclusive no que diz respeito às interpretações das normas jurídicas, trazendo as lides para o campo da hermenêutica.

Acerca do tema, destaca-se a seguinte lição:

“[...] diante da complexidade com que se travam as relações sociais, é impossível evitar conflitos de interesse entre os cidadãos, ou entre estes e

⁴ GAARDER, Jostein. *O mundo de Sofia*. 1996.

o próprio Estado, a respeito da interpretação dos direitos subjetivos e da fiel aplicação do direito objetivo aos casos concretos.”⁵

Traduz-se, aqui, a essência da figura estatal, no exercício das funções legislativa, executiva e jurisdicional, sempre voltadas, ainda que indiretamente, à imposição de uma ordem jurídica destinada a disciplinar a conduta humana.

Nesse contexto, em que se ressalta a complexidade e relevância da missão do Estado, nunca olvidando a origem incontestável do poder deste ente, que reside em cada qual do povo, deparamo-nos com uma figura não menos peculiar, tendo em vista seus atributos no campo do Direito: a família.

Considerada, com acerto, a base da sociedade, e gozando de especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, da CF/88, e art. 16, III, da Declaração Universal dos Direitos Humanos), a família é insígnia de paz, segurança e realização pessoal, representando um ente quase que sagrado nas relações interpessoais, por encerrar as aspirações mais íntimas e elevadas dos indivíduos.

Assim, a série de críticas dirigidas ao novo Código Civil brasileiro, no que diz respeito à regulamentação do Direito de Família, atrela-se à dificuldade de se regulamentar uma instituição que agrega valores humanos essenciais, como o afeto e a solidariedade, sem que sejam frustrados os ideais de cada cidadão, tão intensos e pessoais e, ao mesmo tempo, tão dinâmicos.

Além disso, a aprovação do novo Código Civil leva-nos a questionar a viabilidade de tornar rígida e codificada uma realidade que escapa aos olhos, posto que se transforma a cada dia, em detrimento da atual estrutura, que facilita a disciplina jurídica dos novos costumes e valores consagrados pelos cidadãos, através de leis extravagantes que margeiam o ordenamento civil.

Afinal, urge reconhecer: o direito é dinâmico.

O próprio conceito de família vem sofrendo alterações, com a mudança dos paradigmas que servem de base à sua existência, traduzindo a essência

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 5.

cultural e o dinamismo dessa instituição, que sofreu as influências dos movimentos sociais do século XX, da evolução científica, do fenômeno da globalização e da evolução dos valores morais em nossa sociedade.

Indubitavelmente, a mais relevante contribuição normativa para a formação da atual concepção da família adveio com a Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 226, atribuiu ao seu conceito maior amplitude, ao consagrar, para efeito de proteção do Estado, tanto a família constituída através do casamento (§§ 1º e 2º), como pela união estável entre o homem e a mulher (§ 3º) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º).

Ressalta Caio Mário da Silva Pereira⁶ que a família veio se revestir, no direito moderno, de outras características, efetivando-se a substituição de sua organização autocrática por orientação democrática-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se, assim, do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. Além disso, assumiu especial relevo no mundo contemporâneo o discurso psicanalítico, que abarca questões relativas ao amor, ao desejo, à libido e ao inconsciente, propiciando o esclarecimento de questões relativas à afetividade, à sexualidade e à origem dos litígios conjugais, que recebem forte influência dos valores morais e do subjetivismo inerente aos sentimentos humanos.

É justamente essa perspectiva subjetiva da família, vinculada aos laços de afeto dos que a constituem, que torna ultrapassados tantos conceitos atribuídos à instituição, como o proposto por Sílvio Rodrigues⁷:

“Num conceito mais amplo, poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum; o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consaguíneos.”

6 *Instituição de direito civil*.

7 *Direito civil: Direito de família*, p. 4.

Nesse diapasão, e na frustrada tentativa de precisar o sentido jurídico de família, Washington de Barros Monteiro⁸ aduz que “cinge o vocábulo todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consaguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação”.

Ora, ainda que considerássemos o vínculo da consaguinidade em seu sentido mais lato, tais conceitos apresentar-se-iam por demais restritos, por olvidar os vínculos familiares embasados no afeto, como os constituídos pela união estável e pela filiação adotiva, bem como aqueles originados de formas de reprodução artificiais, que dispensam laços de sangue.

A impropriedade dos conceitos transcritos mostra-se patente diante da inserção, pelo art. 227, § 6º, da Constituição da República, do princípio da igualdade entre filhos, o qual proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, determinando que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações.

A consagração do afeto nas relações familiares veio, pois, dissipar aspectos morais estigmatizantes no Direito Civil brasileiro, como a atribuição de valoração jurídica, aos filhos adotivos, inferior à conferida aos filhos biológicos, inclusive para efeitos sucessórios, posto que ao filho adotivo, caso concorresse com filhos legítimos supervenientes à adoção, tocaria somente metade da herança cabível a cada um destes (art. 1.605, § 2º, do CCB), o que foi revogado pela retrocitada norma constitucional. O mesmo se diga da noção de casamento, considerada, anteriormente à vigência da atual Constituição Federal, superior aos demais vínculos afetivos, ainda que se encontrasse aquele muito mais próximo dos sentimentos de ódio ou indiferença que propriamente de companheirismo.

E mais: vínculos constituídos pelo casamento e por laços biológicos de filiação não mais representam garantias de reconhecimento, no âmbito jurídico, da existência de entidade familiar. É o que constatamos ao observar inúmeras decisões judiciais que não atribuem efeitos jurídicos às uniões, apenas formais,

⁸ *Curso de direito civil*, p. 4.

de cônjuges que não mais compartilham de uma comunhão plena de vida, fato que acarreta a ruptura da sociedade conjugal, consoante entendimento jurisprudencial que serviu de fundamento para a criação da norma insculpida no art. 1.511 do novo Código Civil; bem como aquelas sentenças que atribuem aos pais adotivos, e não aos biológicos, os efeitos decorrentes do reconhecimento do vínculo familiar.

Não se trata, aqui, de negar a importância dos laços biológicos, mas de ampliar a dos vínculos socioafetivos, que vieram, inclusive, a prevalecer como critério mais seguro para a determinação da paternidade, sob a égide constitucional e do novo Código Civil brasileiro.

Tal assertiva é corroborada pelo disposto no art. 1.626 do novo Código Civil, o qual dispõe que a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais e parentes consaguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. Tal norma veio opor-se ao art. 376 do atual CCB, que já se encontrava tacitamente revogado pela Constituição da República, por limitar ao adotante e ao adotado a relação de parentesco resultante da adoção, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da igualdade dos filhos biológicos e adotivos.

Conforme observamos, a evolução no Direito de Família, refletida na valorização dos vínculos afetivos, é fruto de transformações de ordem cultural, decorrente da incorporação de valores que, num dado momento, passaram a integrar a consciência da comunidade e, por esse motivo, mereceram a atenção do legislador, que lhes atribuiu força de lei.

4 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

A dificuldade de interpretação das normas jurídicas, à luz dos princípios constitucionais, mesmo por ilustres juristas, evidencia-se diante da publicação de conceitos que se apresentam, no mínimo, restritos, para não dizer incorretos, bem como pela aplicação de normas não recepcionadas pela Constituição da República de 1988, o que deverá ser minimizado com a aprovação do novo Código Civil, posto que este não mais abrange tais normas.

As interpretações das normas jurídicas vigentes, pelos representantes estatais, no exercício de suas funções executiva e jurisdicional, devem ser realizadas em consonância com a realidade social e tendo em vista o ordenamento jurídico como um todo, a fim de que os princípios constitucionais prestem-se efetivos, tendo como fundamento a consciência e a vontade do povo, do qual emana o poder constituinte, para que se observe o comprometimento do Estado brasileiro com os valores que consagra.

Merece ênfase o fato de que a configuração da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito não constitui uma pretensão utópica do legislador constituinte, tampouco se efetiva com a mera aplicação das leis, de acordo com o arbítrio de cada julgador, tratando-se de verdadeira imposição àqueles que aplicam o Direito.

Daí a orientação de ampla doutrina, notadamente José Afonso da Silva e Jorge Miranda, no sentido de salientar a função ordenadora de alguns princípios fundamentais, os quais são denominados normas-síntese ou normas-matriz, como o princípio do Estado Democrático de Direito, posto que funcionam, de forma imediata, como critério de interpretação e de integração, conferindo coerência geral ao ordenamento jurídico.⁹

Os ordenamentos jurídicos, de acordo com o ensinamento de Norberto Bobbio,¹⁰ são caracterizados pela unidade, coerência e completude. São unos, porque todas as suas normas, direta ou indiretamente, retiram seu fundamento de validade de outra norma superior, denominada fundamental, constituindo sistemas hierárquicos; são coerentes, porque não toleram antinomias, isto é, a coexistência de normas com o mesmo âmbito de validade incompatíveis; e completos, porquanto possuem uma norma para regular qualquer caso.

Para que seja observada a coerência do ordenamento jurídico, é imperativo que o intérprete da lei leve em consideração o valor que visa a consagrar, de

acordo com a realidade sociocultural vigente e com os princípios constitucionais, negando eficácia à norma ou ao valor contraditório que viria gerar uma antinomia no sistema. Daí, as revogações tácitas de algumas normas, que deixam de gerar efeitos, ainda que permaneçam escritas no ordenamento. Assim, a coerência, embora não seja condição de validade, é sempre condição de justiça do ordenamento, pois somente um sistema jurídico que não abriga normas e valores contraditórios pode propiciar o proferimento de decisões equânimes.

A utilização dos princípios constitucionais na atividade interpretativa constitui imposição de ordem pública, devendo ser observada em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Civil e em matéria de família. Nesse campo, as transformações sofridas pela estrutura familiar trouxeram reflexos tão arrebatadores na hermenêutica jurídica que levaram o ilustre jurista Gustavo Tepedino a consignar:

“[...] é do ponto de vista axiológico, contudo, que se pode identificar a mais profunda alteração no vértice do ordenamento, não obstante o eloqüente silêncio – seja consentido oxímoro – na doutrina pátria a este respeito, *a impor radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família.*” (sem destaques no original)¹¹

Com efeito, freqüentemente deparamos com uma jurisprudência disforme e mesmo preconceituosa, incoerente com o ordenamento jurídico como um todo, mormente no que diz respeito às uniões homoafetivas, caso em que, tanto no que concerne à partilha do patrimônio havido por casais homossexuais, como na questão da atribuição da guarda dos filhos criados por estes, observam-se enormes resistências dos magistrados em reformular seus critérios interpretativos de forma a atribuir a estas minorias os mesmos direitos conferidos aos que formam uniões estáveis heterossexuais.

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*.

10 *Teoria do ordenamento jurídico*.

11 *Temas de direito civil*, p. 350.

A objeção dos magistrados advém do fato de que, tanto a Constituição da República como as leis ordinárias, notadamente as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, referem-se às uniões estáveis como vínculo constituído entre o *companheiro* e a *companheira*, ou entre o *homem* e a *mulher*, termos que ensejaram interpretações literais e restritivas, não amparadas, porém, pela Carta Constitucional. Isso porque esta, conforme ressalta em seu preâmbulo, fundou um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, dentre eles a igualdade e a justiça, valores essenciais para a formação de uma sociedade pluralista, fraterna, participativa e sem preconceitos.

E configura-se inadmissível, em um Estado que visa a estes fins, negar eficácia a princípios fundamentais, todos insculpidos na Carta Magna, como os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), da convivência justa (art. 3º, I), da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, parágrafo único), da justiça social (art. 3º, III), da não-discriminação (art. 3º, IV) e da isonomia (art. 5º, *caput*), cuja relevância torna-se ainda mais evidente diante da exigência constitucional de que leis criminais prestem-se a garanti-los. É o que determina o art. 5º, inciso XVI, da Constituição Federal de 1988, ao asseverar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Na questão examinada, referente à antinomia que adviria da coexistência, no mesmo sistema, da norma que abarca o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88) e daquela que reconhece, como entidade familiar, a união estável somente entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º, da CF/88), em detrimento dos relacionamentos estáveis entre indivíduos do mesmo sexo, que preenchem os mesmos critérios legais, observa-se a inaplicabilidade do critério da especialidade para a solução da questão. Isso porque a norma o art. 226, § 3º, da CF/88, não se caracteriza como especial em relação à norma inculpada no art 5º, *caput*, da CF/88, pois, para tanto, deveria conter todos os seus elementos, além de outros, denominados especializantes, o que não é observado, uma vez que não traz explícita a noção de igualdade, consagrada pelo princípio da isonomia.

Na realidade, embora o valor da igualdade não esteja expresso na indigitada norma, deve ser levado em consideração para sua interpretação, sob

pena de se negar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Além disso, a clareza do texto constitucional impede qualquer dificuldade no sentido de se extrair a intenção do legislador constituinte, o qual não só explicita seus objetivos primordiais no preâmbulo, como consagra o princípio da isonomia, atribuindo a todos a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade dos direitos à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), bem como da intimidade e vida privada (art. 5º, X, da CF/88).

Esse não tem sido, porém, o entendimento da jurisprudência brasileira dominante, que vem, reiteradamente, negando eficácia a princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

Insculpidos na Lei Maior os princípios fundamentais, diante dos quais se infere a validade das demais normas, pergunta-se: seria eficaz a norma que caracteriza vínculos baseados no afeto, como as uniões estáveis, com base na preferência sexual dos cidadãos, atentando contra seus direitos à liberdade, intimidade e vida privada e, ainda, contra o princípio da isonomia? E, quanto ao ordenamento jurídico, onde residiriam sua unidade e coerência?

Diante de tais questionamentos, impõe-se a realização de uma interpretação atualizada e teleológica das normas que integram o ordenamento jurídico com o fito de assegurar suas características essenciais e de garantir a realização de justiça social na solução dos conflitos de interesses pelos magistrados, afastando-se uma existência meramente formal do Estado Democrático de Direito instituído pela Carta Magna de 1988.

Assim, as normas que determinam o reconhecimento, como entidade familiar, da união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º, da CF/88, art. 1º da Lei n. 9.278/96 e art. 1.723 do novo CCB), configurada na convivência duradoura, pública, contínua e estabelecida com o objetivo de constituição de família, devem ser interpretadas de forma a incluir as relações homoafetivas, cuja existência e adequada valoração jurídica não mais podem ser ignoradas em nossa realidade sociojurídica. Mesmo que tal vínculo não seja reconhecido como união estável, levando-se a cabo uma interpretação restritiva e literal dos dispositivos civis, é forçoso reconhecer a existência de sociedade de fato se constatada a reciprocidade do casal homossexual na contribuição para determinado fim,

com o que se acarreta a partilha dos resultados, nos termos do art. 1.363 do CCB e art. 981 do novo Código Civil brasileiro.

Trata-se da “família de fato”, que subsiste diante da omissão do legislador, constituindo construção doutrinária que visa a garantir aos parceiros consequências equânimes dos atos que praticaram com finalidade comum, implicando, ainda que de forma indireta, a prevalência dos efeitos dos laços afetivos sobre uma concepção normativa excessivamente formal ou moralista.

Em síntese do exposto, a lição do ilustre mestre Sacha Calmon Navarro Coêlho:

“É verdade que hoje em dia e por toda a parte injustiças sociais e leis injustas nos fazem descrever do homem [...] Os direitos das minorias, quando não são objeto de desprezo ou mofa, sequer são reconhecidos. Racismo e misérias humanas parecem indiferentes ao Direito, que muita vez até os estimula. A África do Sul e o Sr. Mandela. E o que dizer dos que não conseguem ser heterossexuais? Tudo isso, no entanto, está em mutação. Como linhas longamente convergentes destinadas a se unirem em algum ponto do futuro, Direito, Justiça e Igualdade finalmente serão um plexo pleno e inextrincável. [...] A missão do jurista, a par de conhecer o Direito, é introduzir nos sistemas jurídicos a axiologia do justo e do igual em escala planetária. Não estaremos fazendo nada sublime, apenas uma tarefa cotidiana.”¹²

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se a evolução do Direito de Família brasileiro rumo a uma normatização cada vez mais consciente dos direitos humanos e da cidadania e à construção de uma concepção ética mais próxima do ideal de

¹² *Curso de direito tributário brasileiro*, p. 11.

justiça, embora persistam resistências por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras para alterar determinados posicionamentos jurídicos que não mais se coadunam com nossa realidade sociocultural.

Diante de tais considerações, e buscando a prevalência de valores essenciais à existência de uma sociedade fraterna e participativa, em que seja garantida a dignidade da pessoa humana, retornamos ao princípio: a necessidade de interpretar o novo Código Civil brasileiro sob a égide constitucional, tal como realizamos em todos os demais campos do Direito. O que chamamos de princípio constitui verdadeiro fim. E alcançar tal fim pressupõe aplicar princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico.

À luz dessa profunda inspiração, traçamos um intercâmbio entre o antigo e o novo, em que cada norma se familiariza, formando um consórcio unívoco. Ousamos um passo rumo ao todo, vislumbrando a coerência, a completude e a unidade do ordenamento jurídico. Reconhecemos a importância dos direitos individuais e das normas de ordem pública. Interpretamos. Para os mais experientes juristas, simples tarefa cotidiana. Para os menos idealistas, árduo dever. Inegavelmente, nossa mais louvável missão, pois renova o espírito de cada cidadão e garante a existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Alcançaremos, assim, nosso fim primordial. E daí é que partimos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ELIOT, T. S. *Poesia*. Tradução, introdução e notas de Ivan Junqueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

GAARDER, Jostein. *O mundo de Sofia*. São Paulo: Editora Schwarz Ltda., 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 5.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 6.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

OS LIMITES LEGAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO ECONÔMICO

Renato Couto Gomes

Sumário

1. Introdução. 2. Breve história da liberalização econômica. 3. Características dos subsídios. 4. As normas sobre subsídios na OMC. 5. As normas sobre subsídios no Mercosul. 6. As normas sobre subsídios na ALCA – Uma perspectiva. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Uma das funções primordiais de qualquer governo é criar as condições necessárias para que os agentes econômicos possam desenvolver as suas atividades produtivas de modo pleno. Para tanto existem inúmeros mecanismos de política econômica e a escolha dentre eles varia de acordo com as deficiências locais ou setoriais que precisam ser corrigidas. Qualquer que seja a sua natureza específica – isenção de impostos, concessão de financiamentos especiais, doação de recursos, dentre outros –, estas políticas de fomento à produção são comumente denominadas subsídios governamentais.

Em muitas situações, esses subsídios governamentais são a única forma viável de se estimular a produção de bens em determinado setor ou região. Isso fica evidenciado se analisarmos o caso da Zona Franca de Manaus, cuja criação teve por objetivo incentivar a instalação de indústrias eletroeletrônicas num local tão afastado dos principais centros consumidores; ou o caso da Embraer, cujos