

# AS FAMÍLIAS PLURAIS À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

*Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero Toledo*

Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Unisal – Lorena/SP, disciplinas de Direito das Famílias e Sucessões e Direito Processual Civil.

Membro do IBDFAM. Mestre em Direitos Sociais e Cidadania. Advogada. E-mail:

sasodero@uol.com.br

## **João Gabriel Fraga de Oliveira Faria**

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo/UNISAL – UE.

Lorena. Pesquisador do programa de pesquisa BICSAL. E-mail:

joaogabrielfaria@gmail.com.

### **Resumo**

A Teoria Tridimensional do Direito traz em si a ideia de que o direito é composto por três elementos: fato, valor e norma; em suma, o Estado deve acompanhar a evolução dos valores sociais, valorá-los e traduzi-los em normas. Acontece que nem sempre o Estado consegue acompanhar este processo evolutivo; vemos um caso desta ineficiência na tutela legal das famílias. Atualmente, o mundo jurídico reconhece diversas espécies de famílias; todavia, só algumas delas se encontram textualizadas em lei. O objetivo deste estudo é analisar o comportamento do Estado diante deste fenômeno jurídico-sociológico e os efeitos produzidos na tutela das famílias.

**Palavras-chave:** teoria tridimensional do direito; famílias plurais; fato social.

### **INTRODUÇÃO**

Como nos é ensinado desde as primeiras lições, nos primeiros momentos nos bancos acadêmicos, o direito é dinâmico, como um órgão vivo, uma vez que reflete a realidade social, esta em constante evolução.

Há um século, uma simples carícia trocada por dois jovens apaixonados, em local público, como um beijo intenso, poderia ser o suficiente para restar na prática de uma infração penal ou, pelo menos, numa conduta mal vista perante a sociedade da época. Hoje, todavia, jovens, sem se conhecerem, praticam danças vulgares, com insinuações eróticas em locais públicos, como nos conhecidos “bailes funks”.

O que mudou no transcorrer desse período? Os valores sociais.

Desde os primórdios, os seres humanos se associam, buscam, com lastro no afeto e nos costumes, constituir famílias. Como bem disse Rousseau, “a mais antiga de todas as sociedades e a única natural é a família” (ROUSSEAU, 2012, p. 24). Não muito distante, por serem as famílias um fruto dos costumes, estão elas fadadas a mudanças, decorrentes da evolução dos valores sociais.

O modelo de família existente há um século não é como o dos dias de hoje. Naquele período, a única entidade familiar reconhecida juridicamente era aquela oriunda do matrimônio. Atualmente, novas figuras familiares foram reconhecidas pelo direito, como exemplo: a formada por casal homoafetivo, a decorrente da união estável, a formada por cônjuges e os filhos de ambos, frutos de relacionamentos passados, dentre outras.

A seguir, analisaremos estas mudanças, sob um olhar jurídico-sociológico e o comportamento do Estado, na tutela dos direitos, ante a este fenômeno evolutivo.

## **1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

### **1.1. Noção jurídica de família**

Em razão da constante evolução dos valores sociais, causada pela quebra de paradigmas e preconceito, resta-nos a dificuldade de conceituar família. Como bem disse Maria Berenice Dias, sobre tal dificuldade, “dispondo a família de várias formatações, também o direito das famílias precisa de espectro cada vez mais abrangente. Assim, difícil sua definição sem incidir num vício de lógica” (DIAS, 2013, p. 33).

Família é o nome que se dá à instituição formada por pessoas que, lastreadas no afeto, buscam viver em comunhão de vida. A Lei 11.340/2006, melhor conhecida como Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, inciso III, traz consigo esta ideia de família ao fazer referência ao ambiente doméstico como aquele onde ocorre relação íntima de afeto; pertinente é

ressalvamos que, neste caso, ambiente doméstico não se limita ao local físico, mas a relação de convivência familiar.

Ainda em análise à Lei Maria da Penha, no mesmo dispositivo legal acima referido, em seu segundo inciso, é proposta a ideia de âmbito familiar, ou seja, relação de convivência familiar como comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Observa-se que caiu por terra a concepção tradicionalista de família, como sendo aquela formada apenas por pessoas ligadas por vínculo natural.

## 1.2. A PLURALIDADE DAS FAMÍLIAS

Como já dito, com a constante evolução dos valores sociais, o modelo de família sofreu alterações.

Atualmente, para o Direito das Famílias, há diversas espécies de famílias. Não é pertinente ao nosso estudo fazermos uma reflexão profunda sobre cada uma delas, todavia, para a melhor compreensão do tema, é fundamental conhecê-las.

Das espécies de famílias reconhecidas pela doutrina familiarista, há três textualizadas em nossa *Lex Mater*: a família matrimonial, a família convivencial e a família monoparental, estas também conhecidas como famílias constitucionais.

Família matrimonial, como o próprio nome sugere, é aquela advinda do casamento.

O casamento é uma herança religiosa, evidenciada, principalmente, na doutrina cristã; a exemplo disso, deparamo-nos com sua previsão na Bíblia: “Eis por que o homem deixará seu pai e sua mãe e se unirá à mulher, e os dois se tornarão uma só carne? Assim, eles não são mais dois, mas uma só carne. Não separe, pois, o homem o que Deus uniu” (Evangelho de Mateus 19, 5-7). Nesta esteira, pontifica Maria Berenice Dias:

“Sob a justificativa de manter a ordem social, tanto o Estado como a igreja acabaram se imiscuindo na vida das pessoas. Na tentativa de limitar o livre exercício da sexualidade e garantir a perpetuação da espécie, eram estabelecidos interditos e proibições de natureza cultural e não biológicas” (DIAS, 2013, p. 43).

Família convivencial ou informal é aquela fruto da união estável. O até então “concubinato, em 1988 foi alçado à condição de entidade familiar com o advento da vigente Carta Federal, trocando sua identidade civil pela expressão consolidada na união estável” (MADALENO, 2013, p. 08). Nota-se a preocupação do legislador em tutelar uma nova realidade social vivida à margem da lei.

Por fim, família monoparental é aquela em que há apenas um dos genitores com seus filhos. A tutela declinada a este modelo de família é fundamental, uma vez que com a evolução dos padrões de relacionamentos afetivos há atualmente um grande número de pais e mães solteiros, abandonados por seus companheiros ou simplesmente divorciados.

Sobre o fundamento da tutela constitucional das famílias, dispõe Rolf Madaleno:

“De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e por isso tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fornecer a sua própria instituição política” (MADALENO, 2013, 31)

Acontece que, além dessas, há mais espécies de famílias reconhecidas pela doutrina familiarista, porém carentes de tutela legal.

A mais nova espécie de família é a homoafetiva, que, como o próprio nome sugere, é formada por pessoas do mesmo sexo. A família homoafetiva passou a ser juridicamente respeitada em 2011, quando o STF reconheceu o direito dos homossexuais à união estável.

Há dois modelos de famílias, carentes de tutela legal, que são semelhantes: família paralela e poliafetiva. A principal característica delas é que em ambas um dos cônjuges ou companheiros, ou os dois, possuem outra família. Todavia, a diferença entre elas é que na família paralela é fato desconhecido do outro cônjuge a dupla relação familiar, enquanto na família poliafetiva há o conhecimento e o consentimento.

Outra espécie, também não reconhecida pelo ordenamento jurídico, é a família anaparental ou parental; esta, como o próprio nome sugere, é aquela em que inexistem a figura dos genitores; em curtas palavras, é a família sem pais. Um exemplo de família anaparental é a hipótese sugerida por Maria Berenice Dias: “a convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar” (DIAS, 2013, p. 55).

Há também a família pluriparental, composta ou, ainda chamada, mosaico. Esta espécie de família é formada pelos cônjuges ou companheiros e seus filhos de relacionamentos passados.

Ainda outro tipo de família é aquele advindo da adoção, chamada de família substituta. Nota-se que, diferente das demais famílias não constitucionais, esta possui tutela legal, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

### **1.3. A PLURALIDADE DAS FAMÍLIAS E O DIREITO**

A proteção jurídica das demais famílias não constitucionais é fruto dos debates doutrinários e da construção jurisprudencial acerca do tema, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é previsto no artigo 1º da nossa Constituição Federal – ao lado do princípio da soberania e da cidadania – como sendo um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

Para Rizzatto Nunes, “ela é, a dignidade, o ultimo arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. A isonomia, essencial também, servirá para gerar equilíbrio real visando concretizar o direito à dignidade” (NUNES, 2011, p. 230).

Observa-se que o renomado jurista e desembargador da Egrégia Corte Paulista trouxe a isonomia como uma das faces do princípio ora abordado. Não muito além, devemos refletir: sendo a tutela das famílias um direito civil, deve haver discriminação legal de algumas famílias só pelo fato delas não seguirem o modelo tradicional? Nisto reside o fundamento deste princípio, no que tange à tutela das diversas espécies de família.

“O Prof. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, na sua tese de livre-docência, usou a expressão “mínimo vital” como substrato da dignidade” (2009 apud NUNES, 2011, p. 230). A dignidade da pessoa humana, nesta mesma esteira, constitui o mínimo que uma pessoa necessita para desenvolver a sua natureza humana.

A nosso ver, serve também de fundamento à tutela jurídica das diversas famílias carentes de proteção legal, o princípio do Estado de Direito, também textualizado em nossa Carta Constitucional.

Prevê o *caput* do artigo primeiro da Constituição Federal que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Todavia, o que é um Estado de Direito?

Para o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, o referido princípio:

“reconhece a República Federativa do Brasil como uma ordem estatal justa, mantedora das liberdades públicas e do regime democrático. A força e intensidade deste princípio se projeta em todos os escaninhos da vida constitucional brasileira. Transmite a mensagem de que o Estado de Direito e Democracia não são ideias redundantes ou pleonásticas, porque inexistem dissociadas. Como princípio fundamental, a voz do Estado Democrático de Direito veicula a ideia de que o Brasil não é Estado de Polícia, autoritário e avesso aos direitos e garantias fundamentais. Em suma, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas” (BULOS, 2012, p. 507).

A ideia de Estado de Direito resume-se em um ente soberano que provém direitos aos seus cidadãos.

Para Antonio Fernando Pires, “Estado de Direito é sinônimo de Estado em que prevalece a ordem jurídica” (PIRES, 2014, p. 49); as leis, como meio de proteção e garantia dos direitos.

Na tutela jurídica das famílias carentes de previsão legal podemos, também, nos valeremos do princípio da igualdade, este, textualizado em nossa *lex mater*, em seu artigo 5º, *caput* e I, através das seguintes letras: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (...); ”homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Também conhecido como princípio da isonomia, estatui que o Estado é o detentor do dever de despejar direitos sobre todos os cidadãos de maneira igual, independentemente das condições pessoais dos seus destinatários.

O aludido princípio é de tamanha relevância para o mundo jurídico que sua repercussão extrapola o terreno principiológico constitucional brasileiro, vindo a surtir feitos em diversos ordenamentos jurídicos. A exemplo, vislumbremos o que estatui a declaração dos Direitos do Homem da ONU (1948) sobre o princípio da isonomia:

Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Ainda abordando o direito ao tratamento igualitário às famílias, é irrefutável que “a justiça é o escopo da isonomia” (PIRES, 2014, p. 84), consistindo “ela na igualdade, e em dar com justa balança a cada um o que é seu” (Alvarás de 05 de junho de 1595 e de 29 de janeiro de 1643).

É pouco abordado pelo mundo acadêmico a justiça em seu aspecto positivo no ordenamento jurídico brasileiro; e, pela profundidade deste tema, também não iremos muito afundo. Todavia, para nossa reflexão, é fundamental por ele passarmos.

“A Carta de outubro elege justiça como sendo um dos valores supremos do Estado democrático de Direito (preâmbulo), e dentre os objetivos fundamentais da República inscreve a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I)” (CUNHA, 2009, p. 05).

Por mais que entendamos que o preâmbulo de nossa carta mãe não possui força normativa (BULOS, 2012), é de se notar que o legislador constituinte, ao editar a carta de

outubro, preocupou-se em edificá-la na justiça, esta, virtude que traduz a finalidade que toda norma deveria possuir.

Acima, foram abordados alguns dos direitos essenciais ao homem, tutelados por nosso ordenamento jurídico, que são a maior expressão de um Estado garantista, que visa o bem comum.

Como brilhantemente dispôs Bulos sobre a dignidade da pessoa humana, representa ela “a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão” (BULOS, 2012, p. 509). Sabemos que a previsão dos princípios, anteriormente discorridos, na Carta Constitucional de 1988 representa uma vitória do povo brasileiro, principalmente quando levamos em conta a situação em que nossa República se encontrava antes dela. Todavia, o Estado deve concretizar os direitos oriundos dos dispositivos legais, pois, caso não o faça, estas normas nada mais serão que letras mortas, perdidas no imenso ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.2. A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E AS NOVAS FAMÍLIAS**

A Teoria Tridimensional do Direito propõe que há três elementos formadores do direito: fato, valor e norma. Para Miguel Reale, o pioneiro do tridimensionalismo jurídico na América do Sul:

“a análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos sucintamente lembrados, demonstra que a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada situação de fato, referida a valores determinados” (REALE, 2013, p. 492).

Como fato, a teoria tridimensional se refere aos fatos sociais, decorrentes dos costumes, fruto do convívio em sociedade; observa-se que este elemento carrega o viés sociológico da norma jurídica. O valor, para o tridimensionalismo jurídico, representa o elemento axiológico da norma: o moralismo jurídico. E, por fim, a norma, esta, a qualidade jurídica do direito.

O tridimensionalismo expõe não apenas a estruturação do direito, mas também os momentos dele, uma vez que, ao perceber um novo fato social, o legislativo deverá analisá-lo, fazendo juízo de valor e decidir se deverá ou não ser positivado.

Toda norma jurídica emana de um fato social relevante: esta é a basilar do tridimensionalismo jurídico. E quem negará a relevância da família, como fato social? Como dito anteriormente, além da importância política da família, por ser a sociedade um organismo vivo formado por inúmeras células familiares, a família é essencial ao desenvolvimento da natureza humana, do ser humano quanto homem civilizado. É indispensável, portanto, a tutela legal de todas as famílias.

### **3. RESULTADOS**

Algumas espécies de famílias não possuem previsão legal, restando a sua proteção a cargo da atividade judicial; mesmo que isto seja um avanço, demonstrando a quebra de paradigmas e preconceitos, não podemos ignorar a necessidade da tutela legal aos variados modelos de família, pois por mais que a jurisprudência traga segurança e uniformidade jurídica, não se compara ao imperativo que a norma jurídica possui.

Ao voltarmos nossos olhares à Teoria Tridimensional do Direito, em análise das famílias plurais, evidenciamos que o Estado, enquanto ente soberano, incumbido de dizer os direitos, através da atividade legislativa, mostra-se inerte perante este fenômeno, fechando os olhos para esta realidade presente no seio social, pois, perguntemo-nos, quem não conhece uma família formada por cônjuges e os filhos dos relacionamentos passados? – os vulgarmente conhecidos enteados.

A Teoria Tridimensional Direito, em curtas palavras, ensina, como já visto, que o Estado deve reconhecer os fatos sociais relevantes e traduzi-los em normas, a fim de protegê-los; só assim será alcançada a sua finalidade primeira: o bem comum. O renomado cientista do Direito, Dalmo de Abreu Dallari, sobre isso diz que o Estado, “como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meios para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus fins particulares” (DALLARI, 1989, p. 91). Sendo assim, além de promover a pacificação social, editando normas comportamentais e de gestão da máquina pública, deve também, o Estado, proporcionar os caminhos necessários para que cada um de seus membros satisfaça seus desejos particulares e, com isso, atinja o estado de felicidade, pois como prevê o artigo terceiro, inciso quarto, de nossa Carta Mãe: constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como bem disse Ilhering, “o direito não é uma teoria pura, mas uma força viva” (ILHERING, 2012, p. 23). Portanto, o direito nada mais é do que o reflexo da realidade social, em constante movimento e evolução; cabe ao Estado romper as amarras do preconceito e se modernizar para que só assim o principal fundamento da tutela das famílias seja atingido: a dignidade da pessoa humana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como dito nas primeiras linhas desta nossa reflexão, desde os primeiros momentos nos bancos acadêmicos nos é ensinado que o direito é dinâmico, vivo, como um coração, em constante pulsão. Acontece que, ao mesmo tempo, desde pequenos, aprendemos em nossos lares que família é apenas aquela que segue o modelo tradicional: oriunda do matrimônio, composta por cônjuges e filhos; é certo que se indagarmos qualquer pessoa que passe próxima a nós, na rua, qualquer desconhecido, ele afirmará que desde pequeno sua mãe o educou para, quando adulto, se relacionar com uma mulher, casar-se e também com ela ter filhos. De fato, esta mãe, ao educa-lo desta maneira, não agiu incorretamente, uma vez que estes foram os ensinamentos passados a ela também, por seus pais.

Porém, como exposto acima, os costumes nada mais são que uma decorrência do convívio social, este, em constante evolução. Não precisamos ir muito além para observarmos esta situação.

As vestimentas usadas pelos jovens há 40 anos não são as mesmas usadas na atualidade. Se atualmente nos depararmos com um adolescente caminhando por uma calçada qualquer, trajando uma calça “boca de sino” e um “sapato plataforma” – normalmente usados pelos jovens dos anos 70 – com certeza estranharemos; isto, pois, os costumes que permeavam a sociedade há 40 anos não são os mesmos de hoje.

As famílias não são exclusas desta exegese sociológica, pois como dito anteriormente, elas nada mais são do que uma instituição formada com lastro no afeto e decorrente dos costumes. Também não precisamos ir muito além para observarmos isto: há 100 anos, uma mulher que vivesse sozinha com seus filhos, vulgarmente chamada “mãe solteira”, seria mal vista por aqueles que se diziam homens de bem; atualmente, esta situação se tornou normal a ponto de receber tutela legal.

Acontece que, dentre as diversas espécies de famílias, apenas algumas recebem proteção jurídica, como a família monoparental, acima referida.

Sabemos que o direito está em constante construção, pois como dito anteriormente, ele não tem fim em si mesmo: é decorrente dos fenômenos sociais, estes, em constante evolução. Cabe ao Estado, quanto ente soberano, incumbido de dizer o direito dos cidadãos, procurar a evolução, a fim de não sobrar obsoleto, pois, como bem leciona Maria Berenice Dias, “O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família” (DIAS, 2013, p. 41). Sendo assim, através da atividade legislativa, deve haver a garantia de que nenhum direito, referente a vivência familiar, será protelado, uma vez que por trás dos direitos há seres humanos e por trás das famílias: afeto.

A maior problemática, a nosso ver, envolvendo a falta de proteção legal das famílias extrapola a insegurança jurídica causada por ela. A família, muito além do seu caráter institucional, é uma pura manifestação de afeto. Ante isso, é intragável o fato de que determinada mulher, companheira há décadas de um falecido, este que ao mesmo tempo mantinha vínculo matrimonial com outra, não faça jus aos direitos decorrentes do processo sucessório dele, mesmo tendo declinado profundo afeto e cuidado a ele, muito mais que a esposa, por vezes. É inaceitável negar direito civil, como ao matrimônio, a um cidadão pelo simples fato dele ser homossexual. O Estado tem o poder e dever de dizer o direito e não o caminho a percorrer para se alcançar a felicidade.

Cabe ao Estado, assim, modernizar-se, para que desse modo promova a tutela das variadas famílias.

## **REFERÊNCIAS**

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Sérgio Sérulo. **Uma Deusa Chamada Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Trad. João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2012.

RAMPAZZO, Lino. **Antropologia, Religiões e Valores Cristãos**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Antonio Fernando. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012.