

A RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E DA PATERNIDADE BIOLÓGICA, O POSITIVISMO JURÍDICO E AS CRÍTICAS AO FORMALISMO:

NOVAS POSSIBILIDADES DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS

THE RECENT DECISION OF THE SUPREME FEDERAL COURT ABOUT THE SOCIOAFFECTIVE AND THE BIOLOGICAL PATERNITY, LEGAL POSITIVISM AND THE CRITICISM TO FORMALISM:

NEW POSSIBILITIES OF RECOGNITION OF RIGHTS

Jose Eduardo Parlato Fonseca Vaz
parlatovaz@uol.com.br

Recebido: 17-11-2017

Aprovado: 7-12-2018

Sumário: 1 Introdução; 2 O aporte teórico de Hans Kelsen; 3 As críticas ao formalismo; 4 O(s) positivismo(s) jurídico(s) de Norberto Bobbio; 5 O acolhimento da socioafetividade sob a ótica do positivismo jurídico, do movimento do realismo americano e da escola livre do direito francesa; 6 Conclusão; 7 Referências.

Resumo:

Propõe-se investigar a relação entre o positivismo jurídico clássico estabelecido por Kelsen, o movimento do “realismo jurídico” e a sua contribuição para a efetividade do sistema jurídico e o reconhecimento da filiação socioafetiva pelo Supremo Tribunal Federal e o surgimento de novos direitos.

Abstract:

It intends to investigate the relationship between classical legal positivism established by Kelsen, the movement of “legal realism” and its contribution to the effectiveness of the legal system and the recognition of the socio-affective affiliation by the Federal Supreme Court, and the emergence of new rights.

Palavras-Chave:

Direito de Família; afeto; positivismo jurídico; formalismo; direito e moral

Keywords:

Family right; affection; positivism; formalism; law and moral

1. INTRODUÇÃO.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal preferiu importante decisão para o Direito de Família em caso que discutia a filiação socioafetiva e a filiação biológica.

O intuito do presente artigo é analisar o julgado, conjugando-o às teorias filosóficas do positivismo jurídico, do movimento realista americano e da escola livre do Direito francesa, buscando localizar no julgado precedente para a postulação de outros direitos relacionados ao Direito de Família, em razão da necessidade da observância da dignidade humana e do direito do homem em buscar a sua felicidade.

2. O APORTE TEÓRICO DE HANS KELSEN

Em benefício desta exposição, pinçamos da Teoria Pura do Direito o corte metodológico kelseniano, isto é, a equação de lógica jurídica perfeita, formulada pelo autor, como um juízo hipotético, e a função (mecânico-silogística) do intérprete no preenchimento do espaço jurídico vazio, ideias até aí já colocadas pela escola analítica, que, doravante, foram quase unanimemente acolhidas por juristas em toda parte.

A exigência lógica da doutrina de Hans Kelsen, ao desenvolver a ideia de que o Estado seria um ente instituidor de normas organizadas em conformidade à construção escalonada do ordenamento jurídico, para que todas as fontes do direito pudessem ser deduzidas de uma única norma, fá-lo cunhar o termo norma hipotética fundamental, estabelecendo, assim, que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, regula ainda o modo pelo qual se devem produzir normas válidas.

Concebe, com efeito, uma equação lógica perfeita cuja fórmula seria suficiente para a solução de um sem-número de situações. Destarte, qualquer questão jurídica recairá, inevitavelmente, em uma norma de comportamento ou em uma norma de estrutura, qual seja aquela de que se valerá um juiz de direito, afinal, para decidir a questão. Reduz-se o Direito à norma (objeto único da ciência do Direito para Hans Kelsen), criando a ficção de que as normas de um ordenamento jurídico não estão todas situadas em um mesmo plano; consequentemente, o ordenamento passou a ser entendido como um sistema.

Tudo aquilo que é ideal, como conceitos, normas, ideias, pertence ao “dever ser”, tudo aquilo que pertence à natureza, ao “ser”. A estrutura lógica da norma de direito repousa, com efeito, sobre um juízo hipotético que enlaça uma conduta humana, estabelecida como devida, a uma consequência jurídica, que será aplicada pelo órgão jurídico da comunidade como imputação. Estrutura lógica esta que se aperfeiçoa pela formulação das categorias de norma primária e norma secundária.

Outra contribuição do mestre de Viena à teoria do direito foi o estudo dos espaços jurídicos vazios (lacunas do direito), deslocando o problema da incompletude do ordenamento jurídico para outro campo: a hermenêutica jurídica. Os tribunais, Hans Kelsen entende, únicos intérpretes autênticos da Constituição, exercem função constitutiva do Direito, e “o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora do

Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo”, pois sempre resta “uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação” (2011, p. 388-395) do caso concreto. Nesse contexto:

a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do direito do que este. Mas também este último é um criador do direito e também ele é, nesta função, relativamente livre (KELSEN, 2011, p. 393).

Para Hans Kelsen “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato” (2011, p. 393), pois, “assim como o legislador aplica a Constituição quando legisla, o juiz quando decide aplica a lei, criando, porém, dentro dela, uma norma individualizada. Eis aí o fundamento lógico da interpretação judicial” (GRAU, 2013, p. 27).

O processo de positivação do direito penetra no plano jurisprudencial. Nega-se, assim, que a interpretação do direito seja reduzida à idéia de subsunção pura e simples, pois “o fato é que a Constituição formal está sendo, enquanto norma, cotidianamente reelaborada, reproduzida” (GRAU, 2013, p. 88).

3. AS CRÍTICAS AO FORMALISMO

Houve juristas que trataram de seguir outra linha de raciocínio. Na presente seção destacaremos a contribuição do realismo norte-americano bem como daqueles juristas que fizeram a transposição da sociologia ao campo jurídico.

O movimento do “realismo jurídico” surgiu como uma crítica à escola analítica e suas vertentes. Como observa, com razão Luis Manuel Fonseca Pires (2009):

o método lógico-formal mostrou-se, para a interpretação e aplicação do direito impróprio ao desconsiderar em absoluto o conteúdo axiológico previsto pelo próprio ordenamento jurídico. [...] A realidade do direito como uma ciência humana reprovava, por uma imposição natural que se reflete nas injustiças das decisões, a permanência do método dedutivo da lógica formal”.

Convém destacar a crítica de Jerome Frank: “com o uso ilegítimo da lógica formal que se fez no século XIX fez-se disfarçar e até ocultar o problema da eleição das premissas [da decisão]” (apud SICHES, 1973, p. 108-109). Este realista norte-americano vai buscar, então, na conduta do juiz o direito efetivo, levando a cabo a mais demolidora crítica sobre a perspectiva mecânico-silogística do direito. Observa que, com as rápidas mudanças que a cada dia atingem a vida social, “a maior parte das regras se converte em instáveis e incertas” (apud SICHES, 1973, p. 108-109). Aqui, o problema levantado diz respeito ao mito de que o direito seja uniforme, lógico e puro. Germina-se a ideia de que, a rigor, o direito efetivo é constituído pelas normas assentadas pelos tribunais.

Nesse contexto, John Gray defendia que uma lei por si só ainda não é Direito enquanto não haja sido interpretada e aplicada pelos tribunais (apud SICHES, 1973, p. 94). Maximiza-se, com efeito, a função jurisdicional, de molde que no fim, o direito é o que

a autoridade afirma ser. Assim, o movimento do realismo jurídico de Jerome Frank nega que o direito efetivo se produza pelos tribunais exclusivamente em conclusões sacadas das normas gerais.

Com efeito, demonstra-se que, pela teoria analítica, os usos sociais, as formas de posse, de contratos, de testamentos, nada disso é levado em consideração, como substrato, isto é, como matéria pela qual o juiz deve formar sua consciência, decidindo ou declinando os conflitos. Pelo contrário, segundo os procedimentos lógicos tradicionais, isso tudo é tratado como fato secundário que se há de subsumir na fôrma de conceitos genéricos, nos quais o juiz busca a fonte do direito para formular sua sentença.

Corta-se o contato direto do juiz com a realidade, reduzindo a função judicial à chamada interpretação lógico-jurídica, à qual se atribui esta tarefa de levar a cabo a subsunção normativa (SICHES, 1973, p. 49). No Brasil isso se desdobra, segundo Renan Lotufo, em raízes jurídicas que se firmaram na escola da exegese:

[...] nada além do Código servia à interpretação das relações entre as pessoas comuns do povo. [...] Tal influência levou ao predomínio da cultura francesa, com o que tivemos, também, no plano doutrinário, a visão presa à escola da exegese [...] (apud NANNI, 2010, p. 92).

No campo jurídico a palavra exegese (do grego *exegeomai*, *exegesis*) caracteriza a atividade em que se extrai sentido da lei escrita, externando os preceitos nela presentes.

A vinculação do juiz, portanto, seria praticamente total ao texto da lei, reduzindo, destarte, a concentração de poder na atividade de volição praticada por ele.

Com efeito, durante muito tempo se entendeu que o elemento volitivo por parte do órgão decisório sequer existisse. Haja vista ser impossível um grau de detalhamento dos códigos tal que pré-disponha de todas as possibilidades da vida humana em sociedade, a vontade apresenta-se como elemento “indissociável das leis culturais. E o direito, como lei cultural que é, representa esta construção que se realiza pela expressão da subjetividade de seu operador” (PIRES, 2009).

Nesse ponto tocamos a chamada escola do direito livre, concebida por juristas franceses que chamavam a atenção para um direito de origem não legislativa, criado de quando em quando pelo juiz, que se expressaria, em síntese, pelo direito jurisprudencial. A chama do direito livre foi acesa por François Géný (1954), ao desconstruir a teoria da completude do ordenamento jurídico e ao defender a ideia de que o jurista deveria extrair a regra jurídica diretamente do direito vivo nas relações sociais.

Grosso modo, compreendia-se que o direito constituído seja repleto de lacunas; para preenchê-las seria preciso confiar principalmente no juramento moral e no poder criativo do juiz, chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais geram, para além e afora toda regra pré-constituída.

Desse modo, a escola do direito livre formulou uma profunda crítica ao hiato havido entre direito e realidade, sustentando que os juristas deveriam extrair regras jurídicas a partir do estudo da sociedade, isto é, na dinâmica das relações existentes entre as diversas forças sociais, pelos interesses que essas representam; refutando as “prescrições mortas e cristalizadas dos códigos” (BOBBIO, 2011, p. 124).

Contudo, o direito livre explicita sua pobreza científica ao determinar que as leis devam emanar cada qual das relações vivas em que emergem as disputas, o que lhe confere um teor de anarquismo sistemático. Carlos Cossio, por seu turno, observa que aí “as leis

também são [...] entidades ilhadas e independentes umas das outras”, instituindo um “subjetivismo judicial praticamente absoluto” (1954, p. 176).

De tal modo, para que essa teoria se concretizasse, que o juiz teria que ser um verdadeiro duplê de sociólogo, como já dissera o Edgard de Moura Bittencourt (1966, p. 288).

Dessa persistência surge o denominado movimento antidogmático, desenvolvido principalmente na jurisprudência dos valores, propondo, com Jean Cruet, o método de uma legislação experimental, que deveria adequar-se às necessidades sociais, considerando, sobretudo os costumes e a jurisprudência (apud BOBBIO, 2011, p. 125). Concomitantemente, a escola da sociologia jurídica se empenhava em demonstrar que o direito é um produto da sociabilidade, de modo a atribuir à jurisprudência e aos costumes valor similar ao da norma. Para estes, o direito era, em uma palavra, objeto cultural.

O realista Karl N. Llewellyn contribui incisivamente para com este debate ao perceber que “ordinariamente o juiz, em lugar de pensar antes na norma e extrair dela a conclusão, segue uma via inversa, isto é, decide-se em favor da conclusão que estima justa” (apud SICHES, 1973, p. 106-107). Questiona, assim, o empenho dos defensores da analítica e da jurisprudência dos conceitos em ocultar a realidade tal e qual era. Karl N. Llewellyn contesta a esta pergunta, entendendo que isso se dá pela ilusão da previsibilidade, alimentada por um afã de certeza jurídica. Com este ideal da segurança jurídica, quer-se converter valores em realidades, fatos dolorosos em meras aparências. É dizer, com esse truque quer-se transformar os sonhos em realidade e velar o desagradável que a vida contém (SICHES, 1973, p. 109). A eterna busca de segurança, previsibilidade de condutas e de mecanismos de controle social se esvanece ante o aumento do risco e das contingências. Então, o autor serve-se dessa observação para afirmar que o importante não é tanto analisar o que os juízes dizem, mas o que os juízes fazem, por meio de suas decisões.

Nessa linha, a chamada jurisprudência dos interesses, cujo expoente fora Max Rumelin, chamou a atenção para o fato de que o fim último e o sentido essencial de toda legislação consiste em regular de modo apropriado as relações inter-humanas, segundo um ideal de bem comum, em que o juiz deve guiar-se pelos axiomas que inspiraram o legislador mais do que pela letra morta da lei (apud SICHES, 1973, p. 58-59). Em miúdos, a jurisprudência dos interesses entendia que os mandatos jurídicos se originavam nas necessidades práticas da vida, na valoração e no ajuste a tais.

Essas correntes evidenciaram que por anos foi possível disfarçar e até ocultar o problema da eleição das premissas pelo decisor. Partia-se do pressuposto de que os fatos eram objetivamente determináveis e disso se deduzia falar em um direito certo. Essa premissa, no entanto, é falsa, pois “nem as normas estão estabelecidas com certeza de antemão, nem os fatos são entidades objetivamente determináveis com plena segurança” (SICHES, 1973, p. 102).

Sem embargo, como aponta Carlos Cossio (1954, p. 173), as escolas de Geny e Kantorowicz, apoiadas completamente no juramento do juiz (“se não podemos confiar no juramento do juiz, que em efeito requer uma convicção séria, não existe garantia alguma”) denotam baixo teor científico, vez que toda obrigatoriedade jurídica seria, em última instância, dependente de certa obrigatoriedade moral. Isto é, o direito livre e a jurisprudência dos interesses, inconscientemente, deduzem a obrigatoriedade/imperatividade das normas jurídicas diretamente das normas morais. Convém destacar, ainda, que a vivência da não-contradição, nitidamente, chocaria contra o célebre exemplo de Jerome Frank, de que uma decisão judicial pode estar articulada sobre a reação de que padece o juiz frente a homens barbudos.

Nesse diapasão, possível identificar também a posição do ilustre autor alemão Konrad Hesse, que se assenta numa ótica bifronte da realidade jurídica, que inspira, para ele, o único método seguro à teoria geral do direito.

Deve[-se] ter como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. [...] Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (1991, p. 5).

Em outras palavras, a norma é “determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela”; não é possível “definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas” (HESSE, 1991, p. 5).

Buscou-se apresentar aqui o caminho pelo qual a teoria geral do direito passou – ou ainda está passando – para que atinja o objeto com o qual identificamos o fenômeno do positivismo jurídico, é dizer, do poder dos indivíduos uns sobre os outros (Hobbes, Locke, Rousseau) e, logo, da dominação (Santo Agostinho, Weber, Foucault), ou seja, simplesmente, da cisão rigorosa entre a “moral” (ou “desejo”) e o “direito” (segundo Kelsen, como fez Hart, mas também autores contemporâneos como Bobbio), que resulta em teorias discursivas (J. Habermas) e dos sistemas (N. Luhmann). Observe-se, ainda, se é com os conceitos jurídicos em sentido científico que se está a lidar, é com Kelsen que trabalhamos. O próprio discurso de uma ciência jurídica inapelavelmente deve considerar a teoria pura, em que o mestre de Viena, calcado nas premissas maior e menor, define a norma jurídica como um juízo hipotético (Se p, então q). Porém, não seria demais lembrar que a própria lógica formal entrou em crise em meados do século XIX, com a revolução causada pelo estudo da dialética. Vale dizer, nas palavras de Henri Lefebvre, era preciso literalmente “salvar a razão” (1983, p. 171).

4. O(S) POSITIVISMO(S) JURÍDICO(S) DE NORBERTO BOBBIO

Introdutoriamente, vale recordar que é na primeira fase de seu pensamento, que Hans Kelsen trata da questão do imperativismo (como havia sentenciado Karl Popper) da norma jurídica. Contudo, para Hans Kelsen, a norma nada mais seria que um juízo lógico-hipotético. Em miúdos, notadamente na primeira fase do pensamento kelseniano, a norma jurídica configurava um juízo hipotético (leia-se: um juízo de “dever ser”). Por outro lado, houve um movimento ulterior de seu pensamento que resultara em uma ruptura radical com tal conceito de norma jurídica, que, a bem da verdade, seria imputável, isto é, imperativa.

Nesse diapasão, aprofunda a tese da imperatividade da norma jurídica, descendo um degrau a mais nessa investigação que John Austin (1995), pois, para ele a norma teria por fim representar uma conduta em seu dever-ser, assumindo que o conceito de imperativo não se prestava a tal propósito.

Uma data concreta representa o momento em que o positivismo jurídico submeteria esta afirmação a exame, em afronta ao renascimento do direito natural no segundo pós-

guerra. No ano de 1960, a Fundação Rockefeller promoveu um encontro em Bellagio entre Norberto Bobbio, Herbert H. L. Hart, Alf Ross, entre outros. Em 1961, um trabalho de Norberto Bobbio, originariamente publicado na revista *Rivista di Filosofia*, n. 14, e depois incluído em seu *Il Positivismo Giuridico*, viria fazer um balanço deste encontro. Nele, Bobbio propõe distinguir três aspectos diferentes do positivismo jurídico: o positivismo como modo de aproximação do estudo do direito; o positivismo como teoria do direito; e o positivismo como ideologia do direito (apud HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, 1989, p. 54).

Mais tarde, em seu *Teoria do Ordenamento Jurídico*, sem que rompesse com a tradição kelseniana (tampouco poderia fazê-lo por questões históricas), Norberto Bobbio iria deslocar o problema da imperatividade do direito, é dizer, da norma jurídica em si, para a teoria do “ordenamento jurídico” como um todo, por alegar que Hans Kelsen toma a parte pelo todo, *verbis*:

Acreditamos, em vez disso, dever responder que quando se fala de uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, nos referimos não às normas em particular, mas ao ordenamento normativo tomado em seu conjunto, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas daquele sistema sejam sancionadas, mas somente que o são em sua maioria” (2011, p. 44).

O corte metodológico realizado por Norberto Bobbio, com efeito, resolve um sem-número de pseudo-problemas da teoria geral do direito, indicando no que chama de “unidade” dos ordenamentos jurídicos complexos aquela lógica em que o pensamento é guiado pela hierarquia em meio a uma pluralidade de fontes, enquanto modo de se mostrar ou aparecer do ordenamento. Desse modo, ilustra o jurista italiano: “A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de a necessidade de regras de conduta numa sociedade ser tão grande que não há qualquer poder em condições de satisfazê-la isoladamente” (2011, p. 52 e ss.).

Um desdobramento deste conceito, em sua obra, é de que o ordenamento jurídico representa, necessariamente, a construção de um sistema. Situa aí o problema fundamental de solver os contrastes entre as diversas fontes, isto é, o problema das antinomias jurídicas: “um ordenamento que admita em seu seio entes em conflito entre eles pode-se ainda chamar de ‘sistema?’” (BOBBIO, 2011, p. 82).

Assim, utiliza a lógica formal para resolver o confronto de normas no sistema, de molde que “não mais bastará demonstrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, será necessário demonstrar que ela não é incompatível com outras normas” (BOBBIO, 2011, p. 87).

Por conseguinte, desenvolve um problema análogo ao da antinomia, porém que é o inverso deste, que implica na lacuna ou, como prefere Norberto Bobbio, do “espaço jurídico vazio”. O problema que discute no tocante a isso é o da plenitude do ordenamento jurídico: “todo ordenamento prevê os meios ou soluções capazes de penetrar nessa zona intermediária, de ampliar a esfera do regulado em relação à do não regulado” (2011, p. 142).

Em conclusão, para solucionar este problema, Norberto Bobbio utiliza os conceitos de Canelutti de heterointegração e de autointegração. Contrapondo-se, derradeiramente, à teoria kelseniana de que a norma jurídica seja, de fato, o objeto de conhecimento do

fenômeno do positivismo jurídico, Bobbio inverte esta proposição, pois: “enquanto para a teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico” (2011, p. 45).

5. O ACOLHIMENTO DA SOCIOAFETIVIDADE SOB A ÓTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO, DO MOVIMENTO DO REALISMO AMERICANO E A ESCOLA LIVRE DO DIREITO FRANCESA

Apropriando-se das ideias defendidas por Kelsen e levando-as para o Direito de Família, temos observado que com a evolução e transformação da sociedade, situações vem surgindo e delas decorre a necessidade de reconhecimento de direitos, preenchendo o espaço vazio.

Faz alguns anos que os Tribunais estão reconhecendo as relações baseadas no vínculo do afeto, e entre os avanços no prestígio das relações afetivas houve o reconhecimento do casamento homoafetivo e a possibilidade do sujeito ter no seu acento de nascimento dois pais ou duas mães, via de regra, o pai ou mãe biológicos em conjunto com o pai socioafetivo, que é aquele que, apesar de não ter o vínculo genético, participou de alguma forma da vida de pessoa.

As questões acerca do vínculo socioafetivo, conjuntamente com o vínculo sanguíneo, vinha sendo objeto de longas batalhas judiciais, tendo em vista a inexistência de norma positivada, e com ao cumprir o papel de preencher a lacuna legal o Poder Judiciário estava titubeando, ora decidindo em favor das relações socioafetivas ora prestigiando o vínculo genético.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, de relatoria da lavra do Ministro Luiz Fux, considerou que o princípio da paternidade responsável impõe que, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devam ser acolhidos pela legislação.

Na histórica decisão afirmou o eminente Ministro relator:

O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art.226, § 7º).

Claro que no ato de aplicação da norma não podem as opiniões políticas, sociais e morais do juiz deixar de influir (SICHES, 1973, p. 102-104). Isto significa dizer que é o juiz o personagem central do positivismo jurídico, podendo-se afirmar que a moral dele

constitui um fator decisivo para a positivação do direito, afinal, “o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo” (GRAU,2013, p. 73).

No caso em análise o positivismo, de fato, ocorreu pela ação dos juízes, que foram categóricos na afirmativa de que a vontade do governante não deve prevalecer sobre as garantias individuais, devendo ser respeitada a busca da felicidade de qualquer pessoa.

Ao decidir que a filiação socioafetiva e a filiação biológica podem caminhar lado a lado, sem que uma exclua a outra, o Ministro relator tratou da evolução familiar e discorreu sobre as diversas composições familiares:

Ocorre que, com o passar dos anos, a sociedade evoluiu e novas formas de organização familiar à margem do casamento começaram a proliferar. Sociedades de fato, uniões estáveis, coabitações concubinárias, famílias monoparentais, entre outras estruturas familiares passaram a se tornar cada vez mais frequentes.

Ousamos afirmar que a decisão dará margem para o reconhecimento de outros direitos que começam a ser postulados pelas famílias da contemporaneidade, como por exemplo, o reconhecimento das relações poliafetiva e do direito ao gênero neutro, considerando que a decisão em análise foi categórica ao prestigiar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, aplicando-o ao Direito de Família:

No campo da família, tem-se que a dignidade humana exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais. Em estreita conexão com a dignidade humana, dela derivando ao mesmo passo que constitui o seu cerne, apresenta-se o denominado direito à busca da felicidade. Se a referência a este direito é relativamente recente no Brasil, a sua origem remonta ao próprio surgimento do conceito moderno de Constituição.

Ao prestigiar o direito a busca da felicidade, citando inclusive trecho da Declaração da independência do Estado Unidos, a Suprema Corte brasileira, prestigiou o movimento do “realismo jurídico” que como já dito surgiu como uma crítica à escola analítica e suas vertentes, pois a decisão foi categórica ao estabelecer que a finalidade do ordenamento jurídico-político é prestigiar o indivíduo, assegurando-lhe liberdade.

Cuida-se, a busca da felicidade, de preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhecendo-se não apenas as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos (...). Traduz-se em um mandamento a que o governo se abstenha de eleger finalidades a serem perseguidas nas mais diversas esferas da vida humana, bem assim a que não se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Nenhum arranjo político é capaz de prover bem-estar social em caso de sobreposição de vontades coletivas a objetivos individuais

Com base na fundamentação do julgado em análise, acreditamos que cada vez mais, pelo menos no que se refere ao Direito de Família, está sendo aplicada a ideia francesa da escola livre do Direito, que como dito, defende a ideia de que o jurista deveria extrair a regra jurídica diretamente do direito vivo nas relações sociais, confiando principalmente no juramento moral e no poder criativo do juiz, chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais geram, para além e afora toda regra pré-constituída.

6. CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea apresenta um grau de complexidade que faz com que as regras positivadas fiquem obsoletas em curto espaço de tempo e para preencher as lacunas, faz-se necessário que o Poder Judiciário interfira, reconhecendo novos direitos que a cada dia surgem e são postulados pelos cidadãos.

Acreditamos que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC tem relevante importância para que novos direitos relacionados ao Direito de Família sejam garantidos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal foi firme no sentido de assegurar o respeito às escolhas individuais em detrimento as normas legais, que muitas vezes são limitadoras.

Ao estabelecer que o Estado deve respeitar o direito a felicidade, que prevalece sobre a vontade do governante, o Supremo Tribunal Federal, ainda que entrelinhas, garante diversas formas de composição familiares (família clássica, família da união estável, família homoafetiva, família mosaico, família poliafetiva), garante a pluralidade da filiação (filiação genética, filiação socioafetiva, filiação plurima), garante a extensão dos gêneros para além do sistema binário (masculino, feminino e neutro), garante direitos que sequer são pensados nesse momento mas que venham a surgir.

7. REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BITTENCOURT, Edgar de Moura. **O Juiz**, estudos e notas sôbre a carreira, função e personalidade do magistrado contemporâneo. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1966.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**. A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Recorrente: A N. Recorrido: F G. Relator: Ministro Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- COSSIO, Carlos. **Problemas escogidos de la Teoria Pura del Derecho**: Teoria Ecológica y Teoria Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.

- GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et sources du droit positif**. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1954.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, Liborio Luis. Por qué ser positivista? **Doxa**, Alicante, n. 25, p. 263-302, 2002.
- KELSEN, Hans. **Normas Jurídicas e Análise Lógica**. [correspondência trocada entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug; traduzida por Paulo Bonavides]. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. Ed. México: Editorial Porrúa, 1973.

Jose Eduardo Parlato Fonseca Vaz

parlatovaz@uol.com.br

Doutor em Direitos Sociais pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP - SP; Mestre em Direito Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO - SP; Especialista em Estratégias Avançadas de Negociação e Mediação pela Universidad Castilha de La Mancha - Toledo - Espanha; Especialista em Direito e Processo do Trabalho Pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP. Coordenador do curso de Direito da Faculdade Aldeia de Carapicuíba - FALC - SP Professor de Direito na Universidade UniFMU SP. Vice presidente da Câmara de Mediação, Negociação, Conciliação e Arbitragem de Carapicuíba e região. Membro da União Brasileira de Escritores (UBE). Homenageado com a Lâurea do Mérito Docente da OAB/SP. Advogado, consultor jurídico e escritor.