

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Lívia Henriques de Oliveira Poggiali

UNIÃO POLIAFETIVA: UM *HARD CASE* DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Belo Horizonte
2019

Lívia Henriques de Oliveira Poggiali

UNIÃO POLIAFETIVA: UM *HARD CASE* DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito *stricto sensu* da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Linha de pesquisa: Autonomia Privada, Regulação e Estratégia.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb

**Belo Horizonte
2019**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P746u Poggiali, Livia Henriques de Oliveira, 1984-
União poliafetiva: um *hard case* do direito das famílias / Livia
Henriques de Oliveira Poggiali. - Belo Horizonte, 2019.
108 f.; 29,7 cm

Orientador: Alexandre Bueno Cateb

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte,
2019.

1. Direito de família. 2. Dignidade (Direito)3. Monogamia. I.
Título. II. Cateb, Alexandre Bueno. III. Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.6



FUMEC

Dissertação intitulada "UNIÃO POLIAFETIVA: UM HARD CASE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS" autoria de LÍVIA HENRIQUES DE OLIVEIRA POGGIALI, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb – Universidade FUMEC
(Orientador)

Profa. Dra. Luclana Diniz Durães Pereira – Universidade FUMEC
(Examinadora Interna)

Prof. Dr. Salomão Bueno Cateb – MILTON CAMPOS
(Examinador Externo)

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza
Coordenador do Programa de Mestrado em Direito
da Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 30 de agosto de 2019.

Agradeço a todos que me apoiaram em mais este projeto e, em especial, à Ângela Simões pelas valiosas contribuições e ao meu marido, Pedro Poggiali, que tornou tudo isso possível.

“Essa pluralidade de origens parentais é típica da própria pluralidade das famílias e, em última análise, é a própria pluralidade dos humanos. Se os humanos não são iguais, as famílias não podem ser iguais”.

Cristiano Chaves de Farias

RESUMO

Uma das marcas da atualidade é o reconhecimento da diferença e os direitos das minorias, fenômeno que impacta as culturas, as instituições e o próprio Direito. Novos temas têm vindo a debate e alguns conceitos e institutos jurídicos têm se mostrado insuficientes, necessitando de atualização. Esse movimento tem sido verificado no conceito de família, com diferentes configurações demandando proteção jurídica. O presente trabalho aborda uma delas, a união poliafetiva, e indaga se ela encontra legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para além da falta de autorização legal, o grande embate se dá em torno da existência de um princípio da monogamia. A hipótese investigada é que numa interpretação conforme a Constituição Federal, as normas que veiculam a monogamia têm como fim a proteção da pessoa, seus direitos e interesses. Sendo a instituição familiar campo de realização da personalidade seria possível falar em um direito subjetivo de constituir família. A igualdade, a autonomia, o pluralismo, enquanto desdobramentos da dignidade da pessoa humana legitimam o reconhecimento de uniões poliafetivas como entidades familiares. Destacam-se a boa-fé e a preservação de direitos de terceiros como balizas para análise da conformação de situações concretas ao ordenamento jurídico. O marco teórico é o Direito Civil-Constitucional, a principal fonte da pesquisa é o direito positivo, com pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Paradigmas. Dignidade da pessoa humana. Monogamia. Família. União poliafetiva.

ABSTRACT

The recognition of diversity among people and minority rights are contemporary hallmarks, phenomena impacting cultures, institutions and law itself. New topics have been debated and some concepts and legal institutes have been insufficient, needing updating. This movement has been verified in the concept of family, with different configurations demanding legal protection. This paper deals with one of them, the poly-affective union, and asks if it finds legitimacy in the Brazilian legal system. Apart from the lack of legal authorization, the big clash is around the existence of a principle of monogamy. The hypothesis investigated is that in an interpretation according to the Federal Constitution, the rules that convey monogamy have the purpose of protecting the person, their rights and interests. Being the family institution a field of expression of the personality, it would be possible to speak of a subjective right to find a family. Equality, autonomy, pluralism, as consequences of the dignity of the human person, legitimize the recognition of poly-affective unions as family entities. Good faith and the preservation of the rights of third parties stand out as beacons for analyzing the conformation of concrete situations to the legal system. The theoretical framework is the Civil-Constitutional Law, the main source of research is positive law, with bibliographic and documentary research, using the deductive method.

Keywords: Paradigms. Dignity of human person. Monogamy. Family. Poly-affective union.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	OS PARADIGMAS DA ATUAÇÃO JUDICIAL	12
2.1	O paradigma positivista	13
2.2	O paradigma pós-positivista	16
2.3	Pós-positivismo na teoria constitucional: o neoconstitucionalismo	18
2.4	Princípios jurídicos: a necessidade de metodologia	23
2.5	Princípio da dignidade da pessoa humana	27
3	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	33
3.1	Dignidade humana no ordenamento jurídico	34
3.2	A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988	35
3.2.1	<i>Conteúdo e seus elementos</i>	39
3.2.1.1	<i>A autonomia e o direito à autodeterminação</i>	42
3.2.1.2	<i>O reconhecimento e o desenvolvimento da identidade</i>	47
3.3	Direito subjetivo de constituir família	52
4	A MONOGAMIA	57
4.1	As origens da monogamia na humanidade	58
4.2	A adoção da monogamia nos ordenamentos jurídicos	61
4.3	A monogamia na legislação brasileira	63
4.3.1	<i>A monogamia não é absoluta: o papel da boa-fé e segurança jurídica</i>	66
5	A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA	70
5.1	Elementos para reconhecimento da união estável	71
5.2	União poliafetiva: delimitação conceitual	73
5.2.1	<i>Tentativas de reconhecimento de união poliafetiva: o caso CNJ</i>	74
5.3	Contratos no Direito de Família: a disposição patrimonial	79
6	A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	82
6.1	A dificuldade contramajoritária	83
6.2	A democracia para além da premissa majoritária	86
7	CONCLUSÃO	97
	REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

Uma das marcas da atualidade é o direito à diferença, fenômeno que impacta as culturas, as instituições e, evidentemente, o próprio Direito. Destacam-se as minorias e o reconhecimento social daqueles sujeitos que tradicionalmente ficaram excluídos. A defesa da diferença, às vezes implacável, mostra que é necessário abrir espaço para o diálogo e a convivência com pontos de vista ou modos de viver que nem sempre compartilhamos ou valorizamos.

Portanto, diversidade tem sido uma palavra de ordem. Não por acaso, diante da ausência de consensos e da dificuldade de respostas aos novos fluxos sociais, novos temas vêm a debate, sendo o Judiciário levado a se pronunciar sobre as mais variadas situações e matérias, especialmente no tocante aos direitos considerados fundamentais. Estes tomaram novos significados, ou melhor, passaram a abranger o que antes estava às margens, na busca por uma efetiva universalização dos direitos, ao menos em determinada ordem jurídica. Nesse ponto, cabe destacar que universal não significa “único”, mas “todos” e, portanto, pressupõe a pluralidade. Isso porque alguns direitos podem adquirir diferentes nuances de acordo com o sujeito que se considera.

Nesse contexto, com frequência, os conceitos e institutos tradicionais se mostram insuficientes para abarcar todos os anseios que, apesar de legítimos, carecem de previsão legal, ficando esvaziados da noção de direitos subjetivos. Não raro, quando esse descompasso da realidade com a norma positivada se mostra presente e envolve determinadas questões existenciais pode configurar um *hard case*. Esse fenômeno tem sido verificado na evolução histórica do conceito jurídico de família, pois diferentes configurações têm se apresentado à sociedade e demandado proteção jurídica. Com efeito, a fim de abranger as novas concepções, tem-se adotado a designação “famílias” (no plural), demonstrando o reconhecimento da multiplicidade de entidades familiares, rompendo com a anterior concepção de família matrimonializada.

O presente trabalho aborda um desses temas: a união poliafetiva, também conhecida pelo gênero “poliamor”. E indaga se essa união, ainda que não prevista legalmente, encontra legitimidade na autonomia que os indivíduos possuem para determinarem seu projeto de vida, buscarem seu reconhecimento e realização

peçoal, corolários da dignidade da pessoa humana. Conseqüentemente, visa discutir a possibilidade de se conferir efeitos legais próprios das entidades familiares a essa relação. Conforme será abordado no trabalho, há diferentes conceitos e formatos de relações poliamorosas. Contudo, será objeto de análise aquela que vem sendo denominada – especialmente no meio jurídico – de “poliafetiva” quando se entende semelhante a uma “união estável de mais de duas pessoas”.

A análise da questão proposta é de extrema relevância social e jurídica uma vez que há um impasse sobre sua validade jurídica. A discussão tomou repercussão com a formalização de algumas relações mediante escritura pública em cartórios nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo¹ e com a decisão, em junho de 2018, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que proibiu a lavratura de tais documentos².

A união poliafetiva é uma realidade para a qual o Direito precisará oferecer respostas. As dúvidas acerca da possibilidade de reconhecimento acabam gerando exclusão, além de instaurar um estado de insegurança jurídica. Tal fato pode ser evidenciado pelo principal fundamento da decisão do CNJ: ausência de previsão legal.

Para além da falta de autorização legal, o grande embate se dá em torno da existência ou não do princípio da monogamia. Enquanto parte da doutrina civilista entende que ele rege as relações conjugais³, outra defende sua superação à luz dos dispositivos constitucionais e da moderna concepção de família⁴. E a polêmica se reforça em grande medida por não haver em nenhum dispositivo menção expressa à monogamia. Assim, para aqueles que a defendem enquanto princípio, seu conteúdo normativo é extraído, especialmente, de regras infraconstitucionais como a vedação da bigamia, a fidelidade como dever conjugal, a caracterização de concubinato, dentre outras. Contudo, paralelamente à discussão sobre a existência do princípio, propõe-se uma reflexão sobre a finalidade de tais regras que veiculariam a monogamia, analisando sobre quais bens jurídicos tais normas projetam sua tutela.

¹ A respeito: ‘ESTAMOS documentando o que sempre existiu’, diz tabeliã que uniu três (2012), UNIÃO estável entre três pessoas é oficializada em cartório de tupã, SP (2012), Amâncio (2016), Rodrigues (2018).

² A decisão foi tomada pelo Plenário do CNJ em 26/06/18 no âmbito do Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000.

³ Por todos: Gonçalves (2015) defende a inviabilidade jurídica de se reconhecer a união poliafetiva enquanto entidade familiar tendo em vista o não atendimento ao princípio da monogamia que entende pautar o afeto (confiança) e boa-fé objetiva (conduta proba) no contexto das relações familiares. Pereira (2006) também elenca a monogamia como princípio do Direito de Família embora não aborde, especificamente, as uniões poliafetivas.

⁴ Por todos: Silva (2013).

Tendo em vista a guinada metodológica após a Constituição Federal de 1988, seguida no campo civil pelo Código de 2002, as diretrizes do ordenamento jurídico nacional convergem para a concretização da dignidade humana, com a pessoa figurando no eixo do sistema. Nesse sentido, a realização de seus direitos fundamentais (muitos deles existenciais) se coloca como forma de atingir tal objetivo.

Assim, a hipótese investigada é que, ainda que tais normas evidenciem a monogamia enquanto princípio, elas têm como fim a proteção da pessoa, seus direitos e interesses e, por isso, sua incidência deve levar em conta a autonomia dos indivíduos quanto as suas escolhas existenciais e patrimoniais, desde que regidas pela boa-fé. Tendo em vista que a instituição familiar é campo de realização da personalidade, seria possível falar em um direito subjetivo de constituir família. Em outras palavras, se para algumas pessoas é no âmbito familiar que se realizam certos direitos fundamentais, é também nesse ambiente que seria possível uma existência digna.

A Constituição Federal ao trazer princípios e direitos fundamentais dispõe também sobre critérios que norteiam a atividade hermenêutica. Nesse sentido, a igualdade, a autonomia, o pluralismo, enquanto desdobramentos da dignidade da pessoa humana legitimam o reconhecimento de uniões poliafetivas como entidades familiares. Além disso, destaca-se o importante papel da boa-fé e da perspectiva de dano a terceiros para balizar a conformação de situações concretas ao ordenamento jurídico.

O marco teórico adotado é o Direito Civil-Constitucional, fruto do neoconstitucionalismo, propõe a releitura dos institutos do Direito Civil (dentre eles, a família) a partir das normas da Constituição Federal⁵.

A principal fonte do trabalho é o direito positivo, em especial os dispositivos que tratam da família, dos princípios e dos direitos fundamentais, além dos requisitos apontados pela doutrina como essenciais à configuração das entidades familiares. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica com base em livros e artigos de periódicos, bem como a pesquisa documental a partir de documentos e reportagens relacionados ao tema.

⁵ Por todos: Barroso (2005) e Farias e Rosenthal (2009).

O trabalho utiliza o método dedutivo através de pesquisa teórica a fim de demonstrar que, a despeito da ausência de previsão legal e do princípio da monogamia no Direito de Família, há direitos subjetivos que emanam diretamente da Constituição Federal, sendo merecedores de tutela jurídica, a exemplo do direito de constituir família, tendo em vista ser ela campo de efetivação de uma existência tida como digna.

Na linha do objetivo proposto, será analisado no capítulo 2 a evolução dos paradigmas da atuação judicial, do positivismo ao pós-positivismo, o chamado “neoconstitucionalismo”, bem como a necessidade de metodologias para aplicação de princípios jurídicos, dentre eles, a dignidade da pessoa humana. No capítulo 3, será apresentada a gênese do princípio da dignidade da pessoa humana, seus conteúdos e relação com o direito subjetivo de constituir família. Em seguida, no capítulo 4, adentra-se na discussão sobre a existência da monogamia enquanto princípio jurídico, sua origem na humanidade e na legislação. Já no capítulo 5, apresentam-se as transformações do conceito jurídico de família, em especial a partir da Constituição de 1988, com a ampliação do rol de entidades, elementos caracterizadores, passando também pelas tentativas de reconhecimento de uniões poliafetivas e a decisão do CNJ, e os contratos no Direito de Família. No capítulo 6, aborda-se a atuação do Judiciário no controle constitucional de atos normativos e a questão da legitimidade democrática desse papel contramajoritário diante de temas que desafiam as soluções legislativas. Por fim, será apresentada a conclusão da pesquisa acerca da viabilidade jurídica de se reconhecer a união poliafetiva como entidade familiar, a partir de todos esses aspectos analisados.

Sendo assim, inicia-se, a seguir, com a primeira análise acerca da atuação judicial à luz dos paradigmas positivista e pós-positivista da ciência passando pelo Estado liberal, de bem-estar social e democrático e como isso levou ao movimento neoconstitucionalista e a aplicação de princípios jurídicos na hermenêutica.

2 OS PARADIGMAS DA ATUAÇÃO JUDICIAL

A noção de paradigma explorada na pesquisa remete a uma forma de pensar compartilhada num tempo e espaço. De acordo com Carvalho Netto (2004, p. 29), o conceito de paradigma vem da filosofia da ciência de Thomas Kuhn e se traduz em pré-compreensões “que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e nossa percepção de nós mesmos e do mundo”.

Para Carvalho Netto (2004), os paradigmas possibilitam explicar o desenvolvimento científico como resultado de um processo de rupturas de grandes esquemas gerais. Nesse ponto, também Costa e Rocha (2015) ao trazerem as contribuições de Kuhn à noção de paradigma, indicam consistir em convicções compartilhadas por membros de uma comunidade científica.

Santos (2008, p. 15), por sua vez, trabalha a ideia de um saber científico a partir da perspectiva de uma era e que, portanto, está sujeito a variações quando se mostra “descompassado em relação a tudo o que o habita”.

Assim, os paradigmas condicionam as ideias, as teorias e os métodos compartilhados em determinada época, e a hermenêutica jurídica enquanto forma de interpretação e aplicação do Direito não escapa a essa influência. É possível identificar como sua evolução na história acompanhou as concepções vigentes para a ciência e para o Direito em cada período histórico desde a modernidade.

Essa reflexão se mostra relevante na medida em que a ciência como forma de conhecimento pretende se distinguir do senso comum, da religião, dentre outros, ao propor um conhecimento não afetado por subjetividades e questões metafísicas. Parte-se do pressuposto de que a partir da definição de um objeto e do método adequado, o produto dessa investigação será um conhecimento objetivo, isento de valores e passível de controle. De fato, enquanto o conhecimento do senso comum tem enfoque prático, a ciência anuncia um conhecimento universal, invariável no tempo e espaço, que independa do sujeito e forneça certezas até que sejam superadas por outras que melhor resistam à verificação de erro, nos moldes propostos por Popper (2001).

Todavia, a abordagem paradigmática permite discutir que a escolha de um método para o estudo de determinado objeto tem como pano de fundo uma teoria e sobre esta parece haver grande influência do paradigma de uma época,

direcionando a percepção do cientista. Particularmente no Direito, isso interfere na atividade hermenêutica, o que pode ser observado, a seguir, a partir dos paradigmas positivista e pós-positivista.

2.1 O paradigma positivista

O positivismo afirmou-se no Direito como tributário de um paradigma que creditava às ciências sociais um caráter não científico. Isso se explica, segundo Santos (2008), porque a partir da revolução científica do século XVI foi imposto um modelo de racionalidade científica em que para ser “ciência” era necessário um método objetivo e racional, na esteira do que vinham fazendo as ciências naturais.

Ocorre que nas ciências sociais estabelecer relações de causa-efeito e identificar padrões e leis universais nem sempre é tarefa simples ou possível. Os fenômenos sociais são complexos, regidos por inúmeras causas e fatores. Por isso, historicamente, outros métodos e teorias se desenvolveram, a exemplo da dialética.

De acordo com Santos (2008), para deixar a categoria das formas de conhecimento tidas como “irracionais” (caso das chamadas “humanidades” das quais faziam parte os estudos históricos, jurídicos, filosóficos etc.) era preciso adequar-se a esse modelo de ciência que alcança as ciências sociais no século XIX. Foi o que se observou no Direito, com desdobramentos na atividade hermenêutica, que além dessa influência racionalista também nascia de um paradigma sociopolítico analisado por Carvalho Netto (2004) como de Estado de Direito.

O Direito pré-moderno era centrado em normas de cunho religioso, moral, costumeiro que, em função de processos sociais e do racionalismo na ciência, foram substituídas por normas racionais e abstratas elaboradas pela nova estrutura política dos Estados Nacionais (CARVALHO NETTO, 2004).

O paradigma do Estado de Direito é liberal e tem como norte a delimitação do Estado à lei. Surgem os ideais de liberdade e de igualdade, a chamada primeira dimensão⁶ de direitos, de caráter negativo, já que postulam a abstenção estatal.

O desdobramento da lógica racionalista no campo da hermenêutica jurídica deu-se pelo positivismo. Nesse contexto, o que se observou foi uma aplicação das

⁶ O termo “dimensão” é apontado como mais apropriado do que “geração”, porque este último remete à ideia de substituição, enquanto que tais direitos não se sobrepõem, não são superados uns pelos outros, apenas se complementam. Neste sentido: Sarlet (2007).

normas quase que matemática: a subsunção de regras jurídicas ao caso concreto, ou seja, o enquadramento do fato ao texto da norma de forma direta, sem espaço para subjetividades.

Seja pelo paradigma vigente na ciência (objetividade) ou no Direito (não intervenção estatal), fato é que se enxergava com muita desconfiança essa intermediação, gerando um ambiente de culto à segurança jurídica e ao formalismo na atividade hermenêutica.

Carvalho Netto (2004, p. 34) sustenta que sob essa perspectiva a “atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e objetivos, e a interpretação algo a ser evitado [...]”. Isso porque, segundo Santos (2008), o conhecimento científico da época possuía natureza causal, logo se pretendia isolar para reduzir a complexidade e entender as relações estabelecidas, privilegiando-se o “como funciona” em detrimento de “para qual fim” (ou seja, a causa e não a intenção).

Contudo, com o passar do tempo, o que se viu foi um esgotamento desse modelo ou sua dissociação da realidade e das necessidades sociais. A história é dinâmica e reflete as relações sociais em um tempo-espaço, daí o porquê de os paradigmas também se transformarem com o passar dos anos.

Carvalho Netto (2004) aponta a insuficiência do paradigma inicial do constitucionalismo em que direitos de liberdade e igualdade foram tomados numa perspectiva meramente formal e não alcançaram seus objetivos, especialmente após a Revolução Industrial.

No campo das ciências, Santos (2008) indica o século XX como período de transição e destaca a “irrealidade” do conhecimento deste paradigma que separa o objeto de seu contexto, desconsiderando todas as condições de variância. O autor irá defender que o declínio do causalismo nas ciências (que se reflete na estrita legalidade na hermenêutica jurídica) tem relação com a emergência das noções de sistema, de processo e de finalismo, porque a cientificidade que se assenta no rigor objetivo, matemático busca quantificar, mas, para tanto, exige desqualificar, perdendo riqueza.

Assim, após a Revolução Industrial, no início do século XX (pós Primeira Guerra), os direitos sociais surgem para equilibrar a desigualdade existente no plano

fático. Foi a chamada segunda dimensão que marcou a ruptura de um paradigma liberal de Estado de Direito para um de bem-estar social. Este se traduziu em leis que reconheciam as diferenças materiais e tentavam igualá-las conferindo um tratamento diferenciado aos desiguais (igualdade na perspectiva substancial) e prestações estatais inerentes aos direitos dessa dimensão, tais como saúde, educação, assistência social (CARVALHO NETTO, 2004).

Numa tentativa de materializar os direitos já assegurados formalmente e superar as injustiças geradas pelo abstencionismo da primeira dimensão, os direitos sociais tinham como norte a ideia de justiça social a partir de uma maior intervenção do Estado. Nas palavras de Silva (2015, p. 117), tratava-se de um “Estado material de Direito”.

Carvalho Netto (2004) irá apontar como característica resultante desse novo paradigma no constitucionalismo a desconsideração da clássica dicotomia público-privado, pois todo o Direito passa a ser público, na medida em que é imposto para toda a sociedade. Também alguns direitos, antes absolutos, começam a ser relativizados (a exemplo da propriedade privada), condicionados aos fins sociais, pois “não mais se acredita na verdade absoluta de cunho matemático dos direitos individuais” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 35).

Paralelamente ao avanço da atuação estatal e da complexificação do ordenamento jurídico, inicia-se um processo de alargamento do papel do juiz na atividade jurisdicional. A hermenêutica, antes restrita à subsunção de regras jurídicas, começa a se abrir para outros métodos que ampliavam a margem de interpretação, como as análises teleológica, sistêmica e histórica (CARVALHO NETTO, 2004).

Contudo, Carvalho Netto (2004) afirma que a partir do fim da Segunda Guerra, o modelo do Estado Social começa a ser questionado e na década de 70 entra em crise. Em nome do “social” e sob o manto da legalidade foram perpetrados abusos de toda ordem pelo Estado (a exemplo da Alemanha nazista). Com relação a esse ponto, Silva (2015, p. 118) aponta a ambiguidade da palavra “social” que comporta vários sentidos e, portanto, teria levado a sua apropriação por diferentes ideologias, todas se intitulando “Estados sociais”, ainda que representassem regimes políticos antagônicos.

É possível dizer que o paradigma de Estado Social estava situado num momento de transição: apontava para o desgaste do paradigma positivista, mas não chegou a romper com sua lógica formalista na hermenêutica jurídica. E o que se percebeu foi que também a afirmação de direitos mediante a intervenção estatal era insuficiente, quando não perigosa. Era preciso avançar em direção a um modelo que melhor acompanhasse o desenvolvimento da sociedade. Essa tentativa desenvolveu-se sob o paradigma pós-positivista.

2.2 O paradigma pós-positivista

O paradigma pós-positivista do Direito nasce do desgaste de um método hermenêutico que não mais conseguia oferecer respostas satisfatórias. Como visto, atrelar a atividade de interpretação e aplicação das normas à legalidade estrita não foi suficiente para concretizar direitos e produzir justiça, padecendo do que Carvalho Netto (2004, p. 43) irá chamar de “insensibilidade simplificadora da situação de aplicação”.

Nas ciências, Santos (2008) irá apontar o surgimento de um paradigma que chama de “emergente”⁷, que se fundava nas condições que levaram à crise do paradigma racionalista. Isso porque, para Santos (*apud* LAUREANO, 2015), o pensamento moderno é abissal com a realidade dividida entre o visível e o invisível. Na ciência e no Direito eliminou-se o que se encontrava “do outro lado da linha”, sendo que neste último o outro lado era aquilo que não era reconhecido formalmente pelo Estado e que, conseqüentemente, não existia (SANTOS *apud* LAUREANO, 2015). Nesse sentido, Santos (2008) traz como ponto central do novo paradigma a ideia de historicidade e processo em detrimento da causalidade. Segundo ele, o que antes tinha referência nos métodos próprios das ciências naturais passa a buscar nas ciências sociais os modelos explicativos, pois a tônica da especialização, do recorte, do objeto mais restrito, no Direito, reduziu a complexidade da vida à letra da lei. Assim, o “pós-abissal” reconhece a diversidade na sociedade e propõe a pluralidade metodológica na ciência para que se reconheçam direitos também “do outro lado da linha” (SANTOS *apud* LAUREANO, 2015).

⁷ Cabe destacar que a obra de Santos (2008), apesar de reeditada, data do final da década de 80, o que explica a contemporaneidade afirmada pelo autor.

Santos (2008, p. 60) afirma tratar-se do “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente”. Em outras palavras, quer dizer que o segundo estágio da revolução científica não pode se limitar apenas à identificação de padrões e à tentativa de explicar fenômenos a partir de leis universais, mas também buscar reverter o conhecimento em prol da sociedade, contribuindo para uma vida melhor (SANTOS, 2008).

Assim, no centro desse novo paradigma retorna o “sujeito”, busca-se revalorizar as “humanidades”, numa vertente de cunho anti-positivista, baseada numa tradição filosófica complexa, fenomenológica, interacionista, mito-simbólica, hermenêutica, existencialista, pragmática (SANTOS, 2008).

De acordo com Santos (2008), nesse paradigma o conhecimento é relativamente “imético”, pois responde a uma pluralidade metodológica. Isso porque: “cada método é uma linguagem e a realidade responde na língua em que é perguntada. Só uma constelação de métodos pode captar o silêncio que persiste entre cada língua que pergunta” (SANTOS, 2008, p. 77-78). Segundo o autor, tal pluralidade só pode ser atingida pela transgressão metodológica e pela “tolerância discursiva” que pressupõe a fusão de métodos e estilos, a transdisciplinariedade, apontando, no limite, para um trabalho científico mais “personalizado”.

Schreiber (*apud* PORCIUNCULA; BORGES, 2015), aponta que, paralelamente à abertura metodológica pós-positivista, a segunda metade do século XX foi marcada por um processo de fragilização do ser humano devido, principalmente, à acelerada expansão demográfica e urbanização, aos pós-guerras mundiais, ao fim das ditaduras militares, aos conflitos étnicos africanos, à evolução científica e tecnológica que não ofereceram soluções adequadas às graves mazelas sociais, à massificação social e despersonalização, à discriminação contra minorias, ao terrorismo. Como resultado, houve demanda pelo resgate dos valores éticos e morais e da proteção da pessoa humana. É nesse cenário que se observa o pós-positivismo ganhar dimensão, alçando o homem ao centro de atenção do intérprete e reconfigurando a atividade hermenêutica (PORCIUNCULA; BORGES, 2015).

Carvalho Netto (2004) também indica como fruto dessa fase o surgimento de sociedades extremamente complexas em que a participação popular ganha importante papel: o paradigma do Estado Democrático de Direito. Neste têm lugar os direitos de terceira dimensão que alcançam a tutela de direitos difusos e coletivos.

No Estado Democrático de Direito também os direitos de primeira e segunda dimensão tomam novos significados, porque direitos fundamentais como liberdade e igualdade avançam da concepção formal e material para a procedimental, ou seja, exigem a participação, o debate, como forma de conferir legitimidade às práticas estatais (CARVALHO NETTO, 2004).

Sob a influência do pós-positivismo cuja marca na atividade hermenêutica é a ampliação da atuação do intérprete, parte-se da concepção de um ordenamento jurídico que vai além das regras e que levando em consideração os princípios, busca atender, ao mesmo tempo, à legalidade e à noção de justiça. De acordo com Carvalho Netto (2004), daí deriva a ideia de “adequabilidade” da decisão que para Dworkin significa identificar a única decisão correta para determinada situação.

Foi à luz desse paradigma de ampliação da atuação judicial mediante a valoração na atividade interpretativa que se desenvolveu no campo constitucional o chamado neoconstitucionalismo.

2.3 Pós-positivismo na teoria constitucional: o neoconstitucionalismo

A partir da evolução paradigmática apresentada, Barroso (2005) sistematiza no campo do Direito Constitucional as mudanças que, segundo ele, levaram à formação de uma nova postura face à Constituição e à hermenêutica jurídica: os marcos histórico, filosófico e teórico. No primeiro, ele cita o constitucionalismo do pós-guerra e a redemocratização ocorrida em diversos países, incluindo o Brasil. No segundo, como analisado, a superação do positivismo e sua concepção de ciência. Por fim, o reflexo dessas conjunturas no campo teórico constitucional: a força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional. Essa “nova postura” mencionada pelo autor ficou conhecida como neoconstitucionalismo⁸.

Considerando o enfoque deste trabalho, será analisado o marco teórico cuja abordagem, como visto, é desdobrada por Barroso (2005) em três movimentos que, segundo ele, alteraram a aplicação do Direito Constitucional.

⁸ Ávila (2009) aponta que apesar de não haver um único conceito do que venha a ser “neoconstitucionalismo” algumas características são comuns: preponderância dos princípios jurídicos, ponderação como método hermenêutico, análise individual e concreto, maior atuação do Judiciário, aplicação direta da Constituição.

O primeiro diz respeito à força normativa da Constituição. No decorrer do século XX, resultado do pós-guerra, houve expressiva mudança no status da norma constitucional: de documento político para carta fundamental a reger todo o sistema jurídico. No Brasil, isso ocorreu de forma mais tardia, a partir da década de 80 com a Constituição de 1988 (BARROSO, 2005).

O segundo movimento foi a expansão da jurisdição constitucional que significou a substituição da supremacia legislativa pela constitucional. Como tal documento passou a trazer direitos fundamentais que precisavam ser protegidos inclusive do processo político, sua guarda passou a ser feita pelo Judiciário a partir de mecanismos de controle de constitucionalidade, seja nos moldes do *judicial review* (norte-americano) ou de tribunais constitucionais (Europa) (BARROSO, 2005). No Brasil, a Constituição de 1988 adotou o sistema misto, com esse controle sendo exercido difusamente (no caso concreto) e de forma concentrada (em abstrato).

O terceiro e último movimento decorre do primeiro: a nova interpretação constitucional. Segundo Barroso (2005), trata-se de uma modalidade de interpretação jurídica na qual se reconhece a força normativa do texto constitucional, somando-se aos tradicionais elementos de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) outros princípios específicos da interpretação constitucional construídos pela doutrina e jurisprudência. No contexto brasileiro, o autor cita a supremacia da constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, a interpretação conforme a Constituição, a unidade, a razoabilidade e a efetividade. Essas novas categorias visam adaptar a solução jurídica de alguns problemas ao que ele chama de “vontade constitucional”, num sincretismo metodológico próprio do pós-positivismo.

Sob a influência desse paradigma, conforme já indicado, houve mudança no papel da norma e do juiz. Se antes a norma trazia a solução no relato abstrato e ao juiz apenas caberia identificar a norma aplicável, agora a solução nem sempre está posta, sendo por vezes necessária a valoração de cláusulas abertas para se chegar a solução que melhor se coaduna com a Constituição (BARROSO, 2005). Por isso, segundo o autor, a nova interpretação trabalha com questões como a colisão de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

Em resumo, Barroso (2005) apresenta o neoconstitucionalismo como o produto de profundas mudanças ocorridas nos planos fático e das ideias (retratada neste trabalho pela noção de paradigma). Dele emerge a chamada “constitucionalização do Direito”, ou seja, todo o ordenamento deve passar pelo filtro constitucional, devendo os dispositivos estar em conformidade com a Constituição, sob pena de invalidade. Por tal razão, “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional” (BARROSO, 2005, p. 27).

Segundo Barcellos (2000), falar em “concepção normativa da Constituição” implica no reconhecimento de que todas as normas constitucionais são normas jurídicas e, portanto, são imperativas. Assim, segundo ela, independente de ser regra ou princípio têm capacidade de impor os efeitos que pretende. A autora toma como exemplo, no caso de uma norma-princípio, a vedação do enriquecimento sem causa que aplicada, hipoteticamente, às situações envolvendo a teoria da imprevisão impõe certos ajustes à parte beneficiada a fim de reequilibrar o negócio jurídico e não permitir um ganho dissociado de contrapartida.

Assim, a imperatividade é elemento central da ordem jurídica e coloca três aspectos a serem observados: qual o efeito pretendido com a norma, qual a consequência jurídica dada sua não realização e, por fim, qual meio de tutela judicial para seu cumprimento (BARCELLOS, 2000). A autora afirma que as normas constitucionais ainda que compartilhem de tais elementos (efeito pretendido, consequência jurídica e tutela) têm certas peculiaridades. Dentre as quais, as decisões políticas fundamentais que essas normas carregam, a exemplo do conjunto mínimo de direitos aos indivíduos que representam, em última análise, um consenso mínimo na sociedade e que, portanto, foram colocados fora do âmbito da deliberação política e das maiorias (BARCELLOS, 2000).

Dessa forma, reconhecido o caráter normativo da Constituição suas regras e princípios jurídicos também se revestem de imperatividade e a aplicação destes últimos, no contexto do neoconstitucionalismo, ganha especial destaque pela abertura hermenêutica que permitem ao intérprete.

Como já mencionado, o paradigma pós-positivista e a atividade hermenêutica desenvolvida através do chamado neoconstitucionalismo traz a normatividade dos princípios constitucionais como sua principal marca. Também já se adiantou que, diante da abstratividade dos princípios, sua aplicação confere ampla margem

interpretativa o que exige, por sua vez, o estabelecimento de metodologias para não recair em subjetivismos e arbitrariedades.

Nessa direção mais crítica, Ávila (2009) indica que o fortalecimento do chamado neoconstitucionalismo na teorização e hermenêutica constitucionais no Brasil, nas últimas décadas, tem apresentado como características a primazia dos princípios em detrimento das regras, a ponderação ao invés da subsunção, a justiça particular em vez da justiça geral, a sobreposição do Judiciário ao Legislativo e Executivo, e a Constituição no lugar das leis. Trata-se, segundo ele, de mudanças correlacionadas entre si, que se desencadearam com as Constituições do pós-guerra, de forte carga principiológica, cuja forma de aplicação seria a ponderação a partir da análise do caso concreto, com maior atuação judicial, utilizando-se mais do texto constitucional do que das leis. A partir dessas características, Ávila (2009) aponta quatro fundamentos em que se sustentaria o neoconstitucionalismo, respectivamente: normativo, metodológico, axiológico e organizacional.

No que tange ao fundamento normativo, Ávila (2009) defende que a Constituição Federal de 1988 seria mais “regulatória” do que “principiológica” tendo em vista o aspecto quantitativo das regras em relação aos princípios. Segundo ele, a escolha pelas regras tem uma razão de ser: elas reduzem problemas de arbitrariedade e incerteza na medida em que descrevem objetivamente o que é permitido (ou não) e aquilo que é obrigatório, de forma geral. Tal concepção, qual seja, de uma Constituição mais regulatória do que principiológica, de acordo com ele, alteraria os demais fundamentos: metodológico, axiológico e organizacional. Nesse sentido, segundo ele, a ideia “[...] de que o paradigma normativo passou ou deveria passar ‘da regra ao princípio’, e o metodológico, conseqüente do anterior, moveu-se da ‘subsunção à ponderação’, não encontra corroboração no ordenamento constitucional brasileiro” (ÁVILA, 2009, p. 06).

Sendo assim, para o autor, a concepção de que a Constituição de 1988 seria principiológica ignora essa constatação fática da superação numérica das regras, além da sua diferença funcional, tornando o neoconstitucionalismo, tomado nesta acepção, uma ideologia. Isso porque, segundo Ávila (2009), levaria ao raciocínio de que mesmo existindo regras infraconstitucionais compatíveis com os princípios constitucionais, pela preponderância da ponderação, poderia o intérprete passar do plano legal para o constitucional se vislumbrasse um princípio aplicável. Já no plano

constitucional, procederia à ponderação entre princípios conflitantes, de modo que sempre poderia ponderar princípios constitucionais que servissem de fundamento para uma decisão. Daí o porquê de o autor afirmar que a ponderação não pode ser considerada como critério geral de aplicação da norma, sob pena de se incorrer em graves subjetivismos, violando, em última instância, a própria noção de Estado de Direito. É necessário que se tenha critérios anteriores e objetivos para a aplicação dos princípios e, portanto, controláveis - e não definidos posteriormente pelo próprio intérprete (ÁVILA, 2009).

Cabe destacar que, para Ávila (2009), o problema não está na ponderação em si, mas numa concepção de que os princípios devam ser aplicados sempre que servirem de fundamento a uma decisão, desconsiderando as regras. Com efeito, “Uma ponderação, orientada por critérios objetivos prévios e que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de Poderes, não leva inevitavelmente a esses problemas” (ÁVILA, 2009, p. 10). Desse modo, se concretiza a perspectiva de que a Constituição traz um conjunto de regras e princípios jurídicos, sendo que ambos possuem funções e eficácias distintas e que se complementam. A diferença entre tais espécies seria, portanto, qualitativa, conforme pontua.

Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento (...). E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. (ÁVILA, 2007, p. 120).

Assim, segundo o autor, as equivocadas premissas de um neoconstitucionalismo que defende a sobreposição dos princípios sobre as regras, ponderação em vez de subsunção, justiça particular em vez de justiça geral, Judiciário com preponderância sobre o Legislativo, devem ser revistas, sob pena de “[...] cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a” (ÁVILA, 2009, p. 19).

Diante disso, verifica-se que o sistema normativo no pós-positivismo ganhou complexidade a partir da afirmação do caráter normativo dos princípios e da hermenêutica jurídica que não mais se resume à subsunção das regras, abrangendo uma combinação de métodos de aplicação de regras e princípios. E esta que é a sua maior marca carrega também sua maior fragilidade, pois a hermenêutica que

propõe ao mesmo tempo em que pode conduzir à “justiça do caso concreto” pode levar à ilegitimidade da decisão.

A aplicação dos princípios exige metodologia própria, pois diferentemente das regras, não trazem relatos descritivos claros e objetivos para subsunção direta. Os princípios, a partir de seu conteúdo abstrato, apresentam-se como diretrizes, uma “razão de ser”. Como a própria etimologia sugere são pontos de partida e possuem forte carga valorativa. Consignam importantes bens jurídicos no ordenamento, funcionando como vetores de interpretação para aplicação do Direito e produção normativa. Assim, a observância de metodologias para atribuição de conteúdo e incidência dos princípios no caso concreto traz limites ao intérprete e a atuação judicial em respeito à separação dos Poderes.

2.4 Princípios jurídicos: a necessidade de metodologia

Como analisado, sob o paradigma do pós-positivismo, o juiz não mais se apresenta como “boca da lei” do Estado de Direito liberal, que restringe sua atuação à subsunção de regras jurídicas. A fim de reaproximar o Direito dos valores enunciados nos princípios constitucionais e legais, a atividade judicial ganhou complexidade e passou a conferir maior liberdade ao intérprete que, a partir da aplicação dos princípios e cláusulas abertas, poderia justificar novas alternativas hermenêuticas.

Contudo, conforme demonstra Sarmento (2016), a abstratividade e, conseqüentemente, a flexibilidade semântica dos princípios permite que seu conteúdo seja determinado subjetivamente, o que cria, não raro, conceituações díspares ou mesmo antagônicas. A esse respeito, são vários os exemplos de um mesmo princípio jurídico sendo utilizado como fundamento de lados opostos numa demanda (o que será explicitado a seguir, a exemplo da dignidade da pessoa humana). Além disso, quando a interpretação e aplicação dos princípios ocorrem sem metodologia que as justifique e permita algum nível de controle, a segurança jurídica fica comprometida.

Como apresentado anteriormente, essa postura face ao ordenamento foi desenvolvida, principalmente, a partir da proposta principiológica das Constituições do pós-guerra, sendo geralmente identificada sob a denominação de

neoconstitucionalismo. As críticas direcionadas a essa forma de atuação judicial, em geral, apontam para uma concepção de neoconstitucionalismo que ignora a necessidade de parâmetros para a atividade hermenêutica envolvendo os princípios, tornando as decisões judiciais questionáveis do ponto de vista da legitimidade.

Com efeito, Carvalho Netto (2004, p. 44) ao analisar as características do paradigma pós-positivista reconhece a necessidade de limites a “sensibilidade” do juiz na valoração dos princípios, de modo que as decisões possuam “um nível de racionalidade discursiva compatível com o atual conceito processual de cidadania”. Em outras palavras, a decisão deve ser consistentemente fundamentada à luz do ordenamento jurídico.

Segundo Barcellos (2000), na teoria constitucional moderna há certo consenso tanto na doutrina estrangeira (Robert Alexy, Ronald Dworkin, Norberto Bobbio, Canotilho, dentre outros) quanto na nacional (a exemplo de Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Eros Grau) de que os princípios, juntamente com as regras, são normas jurídicas. Isso decorre da própria normatividade constitucional e do entendimento de que os princípios consignados no Texto Maior trazem importantes decisões do Poder Constituinte. Contudo, segundo a autora, o consenso acaba quando se discute o significado de tais princípios e a imposição de seus efeitos, a exemplo da dignidade da pessoa humana.

Barcellos (2000) aponta que nesta construção da normatividade dos princípios e sua distinção em relação às regras, a doutrina brasileira tem adotado a divisão estrutural de Alexy para quem as regras são comandos de definição enquanto os princípios, de otimização. Isso revelaria, segundo a proposta de Alexy, a diferença qualitativa entre ambas as espécies, pois as regras têm natureza biunívoca (são válidas ou não), enquanto os princípios devem ser realizados na maior medida possível, conforme a situação específica, podendo ter como limite uma regra que cria exceções ou mesmo outros princípios que se contrapõem a ele, com os quais deverão ser ponderados (BARCELLOS, 2000).

Segundo Ommati (2015), tanto Alexy quanto Dworkin apresentam a diferença qualitativa entre regras e princípios, sendo que a noção de “tudo ou nada” para as regras de Dworkin foi incorporada por Alexy no chamado “mandado de definição”. Além disso, a assertiva de Dworkin quanto à dimensão de peso dos princípios e que eles não poderiam ser afastados em detrimento do outro (como ocorre com as

regras) também é utilizada por Alexy (OMMATI, 2015). Contudo, diferentemente deste, Dworkin não concebe o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios, mas como um “conjunto coerente de princípios” (OMMATI, 2015, p. 40). Daí a noção de integridade de Dworkin (2006) que será abordada no item 6.2.

Para Alexy, a normatividade dos princípios está em sua convivência ao lado das regras enquanto espécie de norma, enquanto que para Dworkin os princípios são normas porque guiam a atividade interpretativa do Direito – sem, contudo, figurar como uma categoria pré-determinada (OMMATI, 2015). Portanto, o “tudo ou nada” de Dworkin não se resume à subsunção como modo de aplicação das regras de Alexy, mas refere-se à forma pela qual ocorre a justificação argumentativa das regras, não dependendo de maior esforço, tal como se verifica para os princípios cuja aplicação precisa manter coerência com o conjunto dos demais (OMMATI, 2015).

Nesse sentido, mais uma vez, Dworkin se diferencia de Alexy, pois a dimensão de peso dos princípios não é sinônimo de ponderação, mas sim de melhor prática argumentativa para determinado caso (OMMATI, 2015). Para Dworkin, sendo os princípios valores, eles não entram em colisão, tal como entende Alexy, podendo ser compatibilizados através de uma interpretação coerente (OMMATI, 2015). Assim, Dworkin amplia a noção de Direito positivo ao inserir os princípios, ao lado das regras, na atividade hermenêutica, numa atitude interpretativa que rompe à lógica formal do positivismo (OMMATI, 2015).

Não obstante, segundo Ommati (2015), a noção de Direito como conceito interpretativo de Dworkin não implica em discricionariedade, pois o juiz está vinculado aos princípios (integridade) bem como aos precedentes (“romance em cadeia”), não podendo “criar” o Direito. A esse respeito, Ommati (2015, p. 55) afirma que no Brasil isso está longe de ser uma prática, na medida em que “[...] quando um intérprete quer dar maior força normativa a um texto jurídico, afirma-se estar em face de um princípio”, levando a um uso arbitrário e ilegítimo.

Também há críticas quanto à ponderação de Alexy como método de aplicação de princípios quando não são definidas as diretrizes para essa operação o que, como indicado por Ávila (2009), acaba levando a “decisionismos”. Por tal razão, o autor propõe que algumas etapas sejam avaliadas, tal como a verificação da existência de regra constitucional imediatamente aplicável (o que não impede a

“interpretação conforme a Constituição”, ou seja, aplicação das eficácias interpretativa e negativa dos princípios). Caso não haja, segundo ele, deve-se verificar a existência de regra constitucional que discipline a competência do Legislativo em estabelecer regras legais sobre a matéria que, desde que compatíveis com a Constituição, não podem ser desconsideradas (sendo possível ainda sim a “interpretação conforme”). Não havendo nem regra constitucional aplicável nem regra de competência ou sendo o caso de regra legal incompatível com o “estado de coisas” tutelado por princípio constitucional, deve o intérprete ponderar os princípios constitucionais em conflito para então se chegar a uma norma individual que regule a situação específica (ÁVILA, 2009). Nesta última hipótese, surge a exigência de se apontar os princípios ponderados e fundamentar a ponderação, justificando a razão de se aplicar tais princípios, os critérios definidores do “peso” de cada um, métodos de avaliação do grau de promoção e restrição dos princípios utilizados, comensurabilidade dos princípios e como se deu essa comparação, bem como fatos do caso concreto considerados relevantes juridicamente para a ponderação (ÁVILA, 2009).

Ávila (2009) afirma que apenas em situações comprovadamente extraordinárias cabe ao intérprete afastar a regra geral com fundamento no postulado da razoabilidade. Para ilustrar, ele usa como exemplo a aplicação de regra proibindo animais em transporte público ser aplicada também para deficiente visual que conduz seu cão-guia. Trata-se, segundo o autor, de situação atípica na qual a pessoa necessita do auxílio do animal para sua locomoção, sendo, portanto, desarrazoado exigir seu cumprimento. É exatamente aqui que, de acordo com ele, entra o papel do Judiciário na adequação da generalidade das regras editadas pelo Legislativo ao caso particular.

Também com relação à ponderação, Barroso (2005) afirma ser necessária quando da colisão de normas constitucionais (notadamente os princípios e direitos fundamentais), tendo em vista a impossibilidade de aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, cronológico, especialização) bem como do método da subsunção. Segundo ele, em tais casos através da ponderação se procederá a concessões recíprocas ou mesmo à escolha de qual norma deve prevalecer naquele caso concreto, em atendimento à “vontade constitucional” (BARROSO, 2005). O autor cita a importância do princípio instrumental da

razoabilidade e da argumentação para o controle da racionalidade na ponderação de casos difíceis que apresentam mais de uma possibilidade decisória. Ele reconhece o grau de discricionariedade conferido ao intérprete e, portanto, afirma ser imperativa a fundamentação, visto que a “atuação criativa” do juiz esbarra na legitimidade democrática e na separação dos Poderes. Por tal razão, propõe que para tornar a interpretação aceitável deverá, através da argumentação, reconduzi-la ao sistema jurídico e à deliberação democrática, utilizando de fundamento jurídico universalizável (isto é, aplicável a casos semelhantes) e levando em conta as consequências da decisão.

Considerando o objeto desta pesquisa, será abordada de forma mais detida a normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana para o qual serão apresentadas a seguir as propostas metodológicas de Barroso (2010) e Sarmento (2016).

2.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

De acordo com Barroso (2010), no direito constitucional brasileiro a invocação da dignidade humana se dá, principalmente, em situações de “ambiguidade da linguagem”, “lacuna normativa”, “colisão de normas constitucionais e direitos fundamentais” e “desacordo moral razoável”. No primeiro caso, tem-se a escolha de uma solução em detrimento de outra, entendendo ser aquela a que melhor concretiza a dignidade. No segundo, a dignidade assume papel de integração. No terceiro, serve de critério de ponderação, por exemplo, diante de conflito entre direito à intimidade e a liberdade de expressão. Por último, é utilizada nos argumentos da construção considerada justa (BARROSO, 2010).

Assim, segundo Barroso (2010) inúmeras são as decisões que utilizam do princípio na fundamentação (por vezes, com excessos), o que traz reflexões sobre a necessidade de se conectarem com os conteúdos mínimos para maior controle e transparência. Diante disso, o autor defende que a análise dos casos deve ser feita à luz dos três elementos considerados por ele como constitutivos da dignidade humana: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Barroso (2010) ainda sustenta que tais conteúdos da dignidade humana devem ser laicos (não determinados por concepções religiosas), universalizáveis

(multiculturais e transnacionais) e politicamente neutros (com aspectos compartilhados pela sociedade, independe de orientação política-ideológica). Dentre os exemplos discutidos pelo autor, será abordado o caso das uniões homoafetivas em função da proximidade temática.

Barroso (2010) afirma que a questão envolve, de um lado, o direito de duas pessoas do mesmo sexo reconhecer juridicamente uma relação conjugal e, de outro, uma concepção social de que somente é possível tal relação envolvendo pessoas de sexo diferente. O autor propõe a análise a partir dos três elementos indicados por ele como constitutivos da dignidade⁹.

Quanto ao valor intrínseco, Barroso (2010) sustenta o direito ao igual respeito e consideração do casal homoafetivo, não sendo possível, nessa hipótese, alegar o valor intrínseco de terceiros. Quanto à autonomia, segundo ele, sendo pessoas capazes civilmente, não se mostra legítimo impor tal obstáculo à autodeterminação existencial (especialmente no campo da afetividade e vida íntima), tendo em vista a ausência de dano a direito de terceiros. Por fim, em relação ao valor comunitário, ele aponta a existência de resistência e reprovação por parte da sociedade, mas alega que no caso das uniões homoafetivas, esse elemento deve ser relativizado face ao direito fundamental em questão, a aceitação da homoafetividade por parte expressiva da sociedade e, novamente, a inexistência de risco a direito de terceiros. Tais considerações influenciaram a leitura constitucional dada à matéria pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, reconhecendo as uniões homoafetivas, tendo como principal fundamento a dignidade da pessoa humana (tema que será abordado no item 3.3).

Cabe destacar que em relação ao valor comunitário, há críticas quanto a ser ele elemento constitutivo da dignidade humana, a exemplo do posicionamento de Sarmiento (2016). Segundo ele, considerá-lo um elemento da dignidade permite o uso do princípio como justificativa para intervenções autoritárias nas liberdades individuais. Ou seja, a dignidade como heteronomia permite “[...] que alguns discursos antiquados e pré-modernos voltem à cena, mas agora sob uma roupagem mais atraente.” (SARMENTO, 2016, p. 184). Para ilustrar, o autor cita o conhecido caso do “lançamento de anão” na França. A atração consistia no arremesso de um anão (portando equipamentos de proteção) por pessoas numa boate sobre um

⁹ A primeira versão da obra foi anterior ao julgamento da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ no STF ocorrido em 2011.

colchão de ar como forma de entretenimento. A prática foi proibida sob o fundamento de que violava a dignidade humana, mesmo após impugnação do próprio portador de nanismo envolvido alegando que o trabalho lhe permitia viver com dignidade não apenas pela renda gerada, mas pelo convívio social que proporcionava (SARMENTO, 2016). Em que pese os variados argumentos sustentados neste caso específico, o autor chama a atenção para o autoritarismo e moralismo que podem estar como pano de fundo na coerção estatal em obrigar os indivíduos a seguirem determinado modo de vida considerado como bom ou mais adequado. Nas palavras de Sarmiento (2016, p. 188): “[...] a heteronomia não é um componente da dignidade, que se volta ao empoderamento da pessoa, e não à moralização forçada do seu comportamento”.

Por sua vez, Sarmiento (2016) também traz metodologias para aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e destaca a importância de se definir seus conteúdos (o que será feito no item 3.2.1) tendo em vista o “modismo” observado na sua invocação que, segundo ele, acaba levando ao uso indiscriminado, arbitrário, por vezes sustentando posições opostas ou mesmo sem relação aparente com o conceito¹⁰. Segundo ele, o problema deriva da plasticidade do princípio.

Sarmiento (2016, p. 301) afirma que, apesar de não exclusivo do contexto brasileiro, no país esse fenômeno é agravado pelo uso frequente de princípios constitucionais de conteúdo moral que, desacompanhado de adequada fundamentação, representa “verdadeira perversão do neoconstitucionalismo”. Como resultado, ele indica a insegurança jurídica e, por vezes, ofensas à própria dignidade humana, além do agravamento da chamada “dificuldade contramajoritária” (tema que será abordado no item 6.1)¹¹.

Dito isso, Sarmiento (2016) apresenta quatro eixos metodológicos para a aplicação da dignidade da pessoa humana: como norte hermenêutico, respeitando-se, porém, direitos fundamentais mais específicos; maior rigor na fundamentação do princípio; fundamentos consonantes com a laicidade estatal e razão pública; e, por fim, emprego de relativo minimalismo judicial.

¹⁰ No primeiro caso, Sarmiento indica a legalização do aborto, da prostituição, das drogas quando a dignidade humana é usada tanto para defender quando contestar as práticas. No segundo, cita, dentre outros, julgado do STF (ADI 1856, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 26/05/11) sobre a proibição de briga de galo cuja fundamentação do voto do Ministro Cezar Peluso se deu com base no princípio.

¹¹ Expressão utilizada no debate constitucional para problematizar o controle de constitucionalidade de atos normativos por juizes não eleitos, o que poderia gerar déficit democrático.

O primeiro eixo diz respeito à dignidade humana e a concorrência com direitos fundamentais. Nesse caso, Sarmiento (2016) defende que deve ser aplicado o critério da especialidade (tal como utilizada na resolução de antinomias jurídicas) visando maior previsibilidade para a decisão e menor discricionariedade ao intérprete. Assim, ilustra com o caso de um protesto público contra o governo no qual incidem, concomitantemente, a liberdade de expressão e liberdade de reunião. Segundo ele, deve prevalecer, pela especialidade, a reunião, inclusive, sendo exigível a comunicação prévia às autoridades (o que seria dispensável caso fosse considerada a liberdade de expressão). Todavia, o autor acrescenta que há situações em que não há relação de especialidade, devendo ser dada preferência à norma mais protetiva ou a aplicação do direito que tenha mais pertinência no caso concreto. Ainda analisando contextos de concorrência entre direitos, o autor afirma que em situações nas quais se viola a dignidade através de lesão a um direito fundamental que a concretiza, é suficiente usar como parâmetro o direito específico. Porém, de acordo com ele, também há situações de afronta simultânea, ou seja, de violação também de algum elemento autônomo da dignidade, a exemplo de lei hipotética que obrigasse presos a doarem sangue regularmente como medida para abastecer hemocentros. Haveria desrespeito ao direito fundamental à integridade física e moral dos presos, mas também uma “[...] violação independente à dignidade humana, porque os presos não estariam sendo tratados como fins em si, mas como meros meios – um verdadeiro estoque vivo de sangue à disposição da sociedade” (SARMENTO, 2016, p. 307). Neste caso, a violação direta à dignidade decorre da afronta a dois de seus componentes: valor intrínseco da pessoa e autonomia (analisados no item 3.2.1)

A segunda proposta metodológica do autor visa combater a ausência de fundamentação adequada, o que confere grande margem de arbítrio ao intérprete que ao deixar de conduzir sua aplicação às razões que a justificariam, acaba tendo à disposição um “coringa hermenêutico”. Sarmiento (2016) alerta que a fundamentação além de exigência constitucional para atos judiciais e administrativos se relaciona também com o princípio do Estado de Direito e com a legitimidade das decisões numa democracia. Nesse sentido, afirma que “A fundamentação deve, no mínimo, explicitar por que a situação concreta se enquadra no princípio da dignidade da pessoa humana e qual a derivação jurídica que resulta desse enquadramento”.

(SARMENTO, 2016, p. 309). Assim, as razões do ato devem ser conectadas a pelo menos um dos elementos da dignidade. E, segundo o autor, não basta a motivação, ela deve cumprir algumas diretrizes analisadas em sua terceira proposta.

Na mesma linha de Barroso (2010) que defende que a temática da dignidade não deve ter conotações religiosas, a terceira proposta de Sarmento (2016) diz respeito ao conteúdo da fundamentação envolvendo o princípio que deve ser laica e orientada por razões públicas. Isto é, dissociadas de crenças religiosas ou morais individuais. Segundo ele, a laicidade está prevista constitucionalmente (art. 19, I) e exige a neutralidade estatal no campo religioso, o que se mostra essencial, sobretudo, nas sociedades modernas marcadas pelo pluralismo nas quais: “[...] a adesão estatal a dogmas e posições religiosas implica tratamento desfavorecido aos que não abraçam o credo privilegiado, que são tratados como ‘cidadãos de segunda classe’”. (SARMENTO, 2016, p. 311). No que tange à noção de razões públicas, Sarmento (2016) indica que o termo foi desenvolvido contemporaneamente por John Rawls ao defender que na esfera política, em especial nos debates envolvendo direitos humanos, apenas devem ser considerados argumentos públicos aqueles desvinculados de fundamentos religiosos ou metafísicos particulares. Para Sarmento (2016), o ponto principal não seria a exclusão de razões que não se mostrem neutras ou racionais (haja vista, por exemplo, debates sociais envolvendo particularidades identitárias de grupos ou pessoas), mas a “conversibilidade” dessas razões em públicas, ou seja, de modo que sejam racionalmente aceitas¹².

Por fim, a última proposta de Sarmento (2016) para a aplicação da dignidade humana envolve o chamado “minimalismo judicial”¹³. Não obstante o dever de fundamentação, sustenta que não se deve aprofundar demasiadamente o debate sobre o caso em análise, sob pena de se aumentar o risco de erro nas decisões bem como de o Judiciário invadir a esfera da deliberação política. Portanto, o autor defende um grau de minimalismo quando da aplicação do princípio, em especial no

¹² Como exemplo, Sarmento (2016) menciona a luta de Martin Luther King face à discriminação racial que, apesar de alicerçada na religião, justifica-se diante da argumentação laica dos direitos humanos e princípios constitucionais dos Estados Unidos. Em contrapartida, continua, no julgamento no STF da interrupção de gravidez de feto anencefálico (ADPF 54), o voto do Ministro Cezar Peluso demonstra filiação a uma orientação cristã na medida em que afirma que o sofrimento nessas circunstâncias não viola a dignidade da mulher, pois a dor pode ser “dignificante” (o que em seu entendimento não se reveste de razões públicas).

¹³ Ele indica como principal defensor do minimalismo Cass Sunstein na obra “*One case at a time*” (1989) que propõe que o Judiciário ao analisar um caso não deve ir além do necessário para resolver aquela demanda, não devendo enveredar em profundos (razões invocadas) e extensos (para além daquilo que analisa) debates.

âmbito jurídico: “Mergulhos hermenêuticos abissais tendem a atrair o intérprete para os espaços obscuros e insondáveis da especulação metafísica ou teleológica” (SARMENTO, 2016, p. 317). O “minimalismo” diferencia a extensão (o que está sendo analisado) da profundidade (argumentos utilizados) e, segundo ele, no que tange à aplicação da dignidade humana, interessa mais este último. Em seu entendimento, não é necessário buscar as razões últimas e mais profundas da dignidade humana na solução de um caso que não demanda tal análise. Conforme ilustra:

Em caso em que se discuta, por exemplo, a violação à dignidade humana pelas condições degradantes das prisões ou pela prática de trabalho escravo, não há necessidade de discutir se a teoria mais correta é a kantiana, a liberal igualitária, a que deriva da doutrina católica ou a suportada por qualquer outra corrente. Todas as teorias minimamente razoáveis sobre a dignidade estarão de acordo sobre a incompatibilidade dessas situações e práticas com o princípio constitucional [...]. Se, porém, a discussão for sobre a eutanásia, o cenário será diferente, e aí tornar-se-á indispensável elevar o grau de abstração do raciocínio para dar conta do problema enfrentado (SARMENTO, 2016, p. 319).

Diante das distintas metodologias de Barroso (2010) e Sarmento (2016) para aplicação do princípio da dignidade, será adotada para a análise da união poliafetiva a proposta deste último. Assim como Sarmento (2016), entende-se que a heteronomia não é componente da dignidade. Todavia, faz-se necessário investigar de forma pormenorizada o conteúdo da dignidade humana, o que será feito no item a seguir.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme indica Barcellos (2000), um dos poucos consensos na atualidade é o valor do ser humano, destacando-se a concepção de dignidade da pessoa humana. Segundo a autora, trata-se de uma construção histórica que elevou o homem ao centro das atenções e perpassou quatro momentos: o Cristianismo, o iluminismo-humanista, o pensamento de Immanuel Kant e o período pós Segunda Guerra.

Ao analisar cada um deles, Barcellos (2000) aponta inicialmente ideias difundidas por Jesus Cristo e seus seguidores que romperam com o mundo antigo romano ao valorizar o homem enquanto pessoa, individualmente, e com isso defender a igualdade entre todos.

Após muitos séculos, o segundo momento se deu com o movimento iluminista e sua ênfase da razão e autonomia do homem que acabou por afastar as concepções religiosas, localizando a dignidade no campo da filosofia (BARCELLOS, 2000). O humanismo, afirma a autora, trouxe importantes desenvolvimentos para a concepção de dignidade humana a partir da noção de direitos individuais e de democracia enquanto corolário da igualdade entre os homens.

O terceiro momento destacado por Barcellos (2000) – apesar de ainda localizado temporalmente no Iluminismo - encontra na abordagem teórica de Kant uma elaborada formulação da natureza humana e suas relações com o mundo. Traz a ideia de que “o homem é um fim em si mesmo” (Kant *apud* BARCELLOS, 2000, p. 161), não atendendo *a priori* aos interesses do Estado e da sociedade. Ao contrário, afirma ela, o Estado e as instituições é que devem se voltar a atender os indivíduos. Kant (*apud* BARCELLOS, 2000) confere especial importância à autonomia humana, que permite ao homem guiar sua ação conforme a moral.

Em relação a essa influência de Kant, Barroso (2010) destaca que os conceitos kantianos de imperativo categórico (ação ética), autonomia (autodeterminação) e dignidade (pessoa como fim em si mesmo) são cruciais, pois, a partir de seus contornos teóricos, eles tomaram significado próprio e permitiram a construção da proposição de que:

[...] conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não

têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade (BARROSO, 2010, p.18).

Ainda segundo Barcellos (2000), pode-se dizer que a noção kantiana de dignidade humana é a que continua valendo no mundo ocidental, tanto que muitas Constituições modernas do século XX incorporaram a concepção humanista e, progressivamente, os direitos individuais e sociais bem como a separação de Poderes.

A última fase da consolidação da ideia de dignidade humana descrita por Barcellos (2000) refere-se ao fim da Segunda Guerra. Como já mencionado, os graves atos praticados no período puseram em cheque o valor da vida humana e levaram, ao término do conflito, a sua reafirmação. Com efeito, Constituições de países como a Alemanha, Portugal e Espanha, bem como a brasileira de 1988, trouxeram a dignidade humana como fundamento do Estado. A partir daí vieram os esforços para concretizar tais afirmações dentre os quais a autora destaca o discurso normativo (analisado no item 2.3).

Diante disso, surge a necessidade de se conferir significado à “dignidade da pessoa humana” no sistema jurídico, definindo o que pode ser entendido pelo termo e como ela se aplica aos casos concretos. Para responder a essas questões e, trazendo o debate para o direito brasileiro, busca-se na obra de Sarmiento (2016) fundamentos complementares.

3.1 Dignidade humana no ordenamento jurídico

Inicialmente, Sarmiento (2016) pontua que, no Brasil, não apenas a Constituição de 1988 dispõe sobre a dignidade da pessoa humana, mas também diversos tratados internacionais dos quais o país é signatário. Segundo ele, é frequente a menção à dignidade humana na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, tendo o Supremo Tribunal Federal - STF indicado se tratar de valor-fonte do ordenamento brasileiro.

Como visto, em função da diversidade de fontes e fundamentações, da maleabilidade semântica do princípio que dá margem, inclusive, a banalização no seu uso, Sarmiento (2016) destaca para além da importância das metodologias de aplicação a definição de seus conteúdos para maior segurança jurídica. No mesmo

sentido, Barroso (2010) também afirma a necessidade de se estabelecer conteúdos mínimos uma vez incorporada a dignidade humana no domínio jurídico: “do contrário, ela se transformaria em uma embalagem para qualquer produto, um mero artifício retórico, sujeita a manipulações diversas” (BARROSO, 2010, p. 19).

Corroborando a evolução histórica apresentada, Barroso (2010) explica que a noção de dignidade varia no tempo-espaço, sendo influenciada pelo contexto político, cultural, social e que essa plasticidade por vezes também é utilizada como argumento para negar sua aplicação. Sarmento (2016), todavia, defende que essa ambiguidade não deve ser vista como motivo para não invocação do princípio, pois a “abertura semântica” também serve para proteger a pessoa face aos “riscos não antecipáveis”.

Antes de se passar à análise pormenorizada do conteúdo da dignidade, cabe trazer a observação de Sarmento (2016) de que a falta de consenso sobre ele não é a única dificuldade enfrentada. Há também a ausência de eficácia social que, segundo o autor, pode ser exemplificada pelas precárias condições de vida de parcela significativa da população, a violência em todos os âmbitos que muitos são submetidos (inclusive sob a tutela estatal), a discriminação em razão de diversos fatores, bem como o que interessa particularmente ao objeto desta pesquisa: o impedimento de que pessoas possam concretizar seus projetos de vida simplesmente por contrariarem um “padrão social”.

Sarmento (2016) alega que apesar da atenção que tem sido dada ao princípio, entre o discurso e a realidade das pessoas (especialmente as mais vulneráveis) há uma grande distância. E, para ele, é no processo de universalização que se vislumbram os maiores problemas envolvendo a afirmação da dignidade humana no Brasil.

Feitas tais considerações, passa-se à análise da dignidade na Constituição Federal de 1988 e seu conteúdo a fim de compreender seu alcance hermenêutico na aplicação a casos concretos.

3.2 A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988

De acordo com Sarmento (2016), o sistema constitucional brasileiro se baseia em uma premissa que é fundamental para a compreensão do princípio da dignidade

humana: a noção de pessoa, concreta, que é um fim em si mesmo, mas não está isolada da sociedade; e que tem autonomia, mas também necessidades materiais e de reconhecimento social. Ele afirma que essa premissa é humanista.

Corroborando com este pensamento, Barroso (2010) situa a dignidade no plano ético, como valor do bom e do justo, e indica seu importante papel no paradigma jurídico pós-positivista que, como visto, busca a conciliação entre Direito e justiça, sobretudo para a solução dos chamados *hard cases*.

Por tal razão, Sarmiento (2016) defende o papel da moral na interpretação do princípio na busca pela solução mais justa dentre as possibilidades hermenêuticas. Na esteira do que coloca Habermas (*apud*, SARMENTO, 2016, p. 71): “[...] a dignidade da pessoa humana forma algo como um portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito”. Segundo Sarmiento (2016), isso implica reconstruir o sentido normativo do princípio não apenas a partir da Constituição, mas também dos valores emancipatórios do constitucionalismo.

Todavia, Sarmiento (2016) alerta que se trata de uma “moralidade pública”, que se amolda às instituições e práticas de uma sociedade que compreende os indivíduos como livres e iguais (e não uma moralidade privada, a definir modelos de virtude para as pessoas), mas também de uma “moralidade crítica”, que questiona valores culturalmente hegemônicos face à ideia de inclusão e justiça. Quanto a este último ponto, Barroso (2010) indica que a ideia de dignidade deve se afastar de doutrinações totalizadoras, com visão unitária do mundo, sob pena de legitimar práticas moralistas ou perfeccionistas. Daí o porquê, segundo ele, os conteúdos da dignidade humana devem ser laicos, politicamente neutros e universalizáveis (conforme indicado no item 2.5).

Por isso, Sarmiento (2016) afirma que a interpretação moral deve estar mais para uma “vacina” do que um “espelho” no que se refere aos valores hegemônicos na sociedade.

Reconheço que a interpretação constitucional não pode se desvincular completamente desses valores comunitários, sob o risco de perder a sua legitimidade. Mas, se é verdade que a hermenêutica constitucional não pode deixar de exprimir, em alguma medida, a identidade sociopolítica do povo, também é certo que ela não deve se resumir à reprodução cega de tradições e pré-compreensões compartilhadas, que muitas vezes estão impregnadas pela hierarquia e exclusão (SARMENTO, 2016, p. 72).

Nesse sentido, Sarmiento (2016) traz a discussão para o contexto brasileiro ao analisar alguns traços da Constituição de 1988. Primeiro, segundo ele, a centralidade da pessoa humana tratada como fim no ordenamento jurídico é demonstrada na própria organização, ao trazer uma carta de direitos logo no início do texto e elevando-os a cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV). Tal estrutura foi própria de muitas constituições europeias do pós-guerra e, no Brasil, a qualidade de cláusulas pétreas desses direitos mostra que eles foram protegidos da vontade da maioria (SARMENTO, 2016).

O próprio sistema de direitos fundamentais é bastante amplo, englobando direitos individuais, sociais, transindividuais (SARMENTO, 2016). Segundo o autor, a Constituição de 1988 também protege demandas por reconhecimento e respeito de grupos de identidades não hegemônicas, a exemplo do combate ao racismo, direitos de índios, quilombolas, culturas afro-brasileira e indígenas. Tudo isso, demonstra, para ele, por um lado, um “modelo não organicista” de relação indivíduo e comunidade e, por outro, direitos numa perspectiva relacional e não egocêntrica. Ou seja, a pessoa humana como centro da ordem jurídica: mas uma pessoa concreta, com direito de autodeterminação, com necessidades materiais e existenciais, que se realiza na interação com o outro e a sociedade – concepção que se ajusta a ideia de moralidade pública democrática (SARMENTO, 2016)¹⁴.

Dessa forma, segundo ele, não é possível conceber uma ordem jurídica constitucional e um Estado que não sejam voltados para a pessoa, em seu valor intrínseco. Todos têm dignidade e são sujeitos racionais, mas também emocionais e sociais, que se autodeterminam, mas também precisam do reconhecimento do outro (SARMENTO, 2016).

Após trazer a concepção de pessoa presente na Constituição de 1988, Sarmiento (2016) também expõe as principais funções do princípio da dignidade humana. Primeiro, trabalha a ideia de fundamento da ordem jurídica (art. 1º, III da CF) que, segundo ele, desdobra-se em dois aspectos: legitimação moral e diretriz

¹⁴Segundo Sarmiento (2016), a moralidade pública em uma democracia se baseia na noção de igualdade, liberdade e de que todos são merecedores de igual respeito e consideração. Essa concepção, para ele, é oposta à noção organicista da sociedade pré-moderna (que não reconhecia a dignidade intrínseca da pessoa e sim de determinadas posições sociais) e também se mostra mais adequada do que a concepção de pessoa abstrata e puramente racional do Iluminismo “[...] que não corresponde a nenhuma pessoa real” (SARMENTO, 2016, p. 74).

hermenêutica. Aquele se refere ao fundamento moral de que o Estado e o Direito existem para atender a pessoa, e não o contrário, enquanto o último se projeta na interpretação de todos os ramos e institutos jurídicos, valendo-se também de critério de ponderação entre interesses em conflito (SARMENTO, 2016).

Quanto ao aspecto hermenêutico, Barcellos (2000) afirma que tendo em vista que os princípios são fundamentos lógicos das regras e do próprio ordenamento em geral eles projetam diferentes formas de eficácia: interpretativa (os princípios norteiam a interpretação das regras), negativa (os princípios funcionam como barreira para as normas e atos que os violem) e positiva (quando os princípios exigem prestações para sua realização diante de violações por omissão). Quanto a esta última, segundo a autora, é excepcional e tem como exemplo alguns aspectos envolvendo a dignidade da pessoa humana. Aqui, de acordo com Barcellos (2000), retoma-se a primeira questão envolvendo a normatividade dos princípios, qual seja: a definição dos efeitos que pretende produzir. No caso da dignidade humana, a autora argumenta que seria mensurar quais os efeitos que, caso não realizados, implicariam em violação da existência digna. A partir daí como consequência jurídica do sistema constitucional seria possível também a eficácia positiva de modo a permitir a exigibilidade direta perante o Estado (BARCELLOS, 2000).

Sarmento (2016) relembra que foi justamente uma interpretação da dignidade da pessoa humana que permitiu a leitura constitucional do art. 226, §3º para incluir as uniões homoafetivas no rol de entidades familiares pelo Supremo Tribunal Federal - STF em 2011¹⁵ (tema que será analisado no item 3.3).

Outra função do princípio da dignidade da pessoa humana é limitar direitos fundamentais quando estes são incompatíveis com a atribuição de iguais direitos às pessoas, bem como em situações em que lesam a dignidade do outro, devendo haver a ponderação de interesses com base na proporcionalidade (SARMENTO, 2016)¹⁶.

Sarmento (2016) também indica ser função da dignidade da pessoa humana servir de parâmetro para identificação de direitos fundamentais não inseridos

¹⁵ Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF pelo Plenário do STF, Rel. Min. Ayres Britto, em 05/05/11.

¹⁶ Conforme explica Sarmento (2016), a teoria interna sobre os limites dos direitos fundamentais nega a possibilidade de conflito entre eles, enquanto a teoria externa (que o autor considera mais adequada e é adotada pelo STF) entende ser possível, situação em que recorre à ponderação de interesses.

expressamente no texto constitucional, especialmente tendo em vista a disposição do art. 5º, §2º que traz a não exaustividade do rol de direitos. Por tal razão, Barroso (2010) sustenta que a dignidade humana integra o conteúdo dos direitos fundamentais, mas não é um direito em si e deve ser usada como baliza para a ponderação quando houver conflito entre eles.

Barcellos (2000) afirma que considerando que a Constituição Federal de 1988 traz um consenso mínimo acerca de direitos que protegem a pessoa, vislumbra-se através deles uma parcela significativa de concretização do princípio da dignidade humana. Segundo ela, este ponto se conecta com o pensamento de Alexy de que os princípios encontram limites em outros princípios, havendo, porém, um mínimo de aplicação sem o qual ele seria considerado violado. No caso específico da dignidade humana, há que ponderá-lo com a separação dos Poderes, a competência do legislador democrático e o direito de terceiros (ALEXY *apud* BARCELLOS, 2000).

A conclusão do autor é que esses três pontos restringem o princípio da dignidade mas apenas em determinada medida, restando como conteúdo normativo do princípio, que o autor inclusive considera transformar-se em regra, um mínimo essencial para a existência humana que pode ser exigido diante do Poder Judiciário (BARCELLOS, 2000, p. 178).

Para retratar o pensamento acima, Barcellos (2000) aponta o princípio da dignidade da pessoa humana como dois círculos concêntricos em que o círculo menor seria um “conteúdo mínimo”, a salvo até mesmo da vontade da maioria, e o espaço entre ele e o círculo maior seria passível de deliberação política. Esse “conteúdo mínimo” será discutido a seguir, a partir da análise dos conteúdos da dignidade da pessoa humana.

3.2.1 Conteúdo e seus elementos

Após delinear as funções do princípio no ordenamento jurídico brasileiro a partir da disposição constitucional, passa-se a explorar os elementos que integram o conteúdo da dignidade da pessoa humana, tendo como referência a obra de Sarmiento (2016) uma vez que se filia ao seu entendimento de que a heteronomia não compõe o princípio¹⁷.

¹⁷Como será apresentado, Sarmiento (2016) discorda de autores como Barroso (2010) que incluem no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana a heteronomia ou o “valor comunitário”.

De acordo com Sarmiento (2016), o esforço de significação do princípio já foi compreendido por outros autores: Ingo Wolfgang Sarlet referiu-se a sua dimensão ontológica de valor intrínseco da pessoa e à intersubjetiva que se traduz em relações sociais de reconhecimento de direitos e deveres recíprocos; Maria Celina Bodin de Moraes traçou um “substrato material da igualdade” que se desdobra nos princípios da igualdade, integridade física e psicológica, liberdade e solidariedade; Oscar Vilhena Vieira, por sua vez, invocou o imperativo de Kant de não tratar o sujeito como instrumento, e sim como fim; e Luís Roberto Barroso que trouxe um conceito universal de dignidade a partir de três elementos: valor intrínseco (não considerar a pessoa como meio e sim sujeito de direitos, de onde emanam direitos fundamentais), autonomia (autodeterminação do próprio sujeito e possibilidade de participação democrática nas decisões públicas) e valor comunitário (limitações impostas ao sujeito visando à preservação de direitos alheios e da própria sociedade).

A partir dessas concepções, Sarmiento (2016) irá delinear o que entende por dignidade da pessoa humana afirmando ter estreita relação com a noção de pessoa derivada da Constituição Federal de 1988 que, segundo ele, é guiada pela moralidade crítica. Trata-se de pessoa tida como um fim (e não como instrumento da sociedade, Estado ou terceiros), como igual merecedora de respeito e consideração (e não parte de uma hierarquia social), dotada de autonomia (e não um objeto), um ser racional, mas também social (que tem necessidades materiais e psicológicas) e que vivencia relações de intersubjetividade que irão contribuir para a formação de sua identidade (SARMENTO, 2016).

O autor afirma que a concepção de pessoa como um fim (valor intrínseco) se opõe ao organicismo (ideia de sociedade como entidade “acima” dos indivíduos) e ao utilitarismo (maior importância à maximização dos interesses de uma maioria).

E, a partir desse conceito, Sarmiento (2016) conclui que os elementos constitutivos do princípio podem ser expressos pelo valor intrínseco, a igualdade, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento. Nas palavras do autor:

Dessa compreensão, emergem, *prima facie*, os seguintes componentes do princípio da dignidade da pessoa humana: o *valor intrínseco da pessoa*, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a *igualdade*, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a *autonomia*, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como

na pública, relacionada à democracia; *mínimo existencial*, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o *reconhecimento*, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas (SARMENTO, 2016, p. 92).

De acordo com Sarmento (2016), todos esses elementos estão relacionados a direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988 e integram a noção de “proteção integral à pessoa”, objetivada pelo princípio da dignidade humana. Contudo, ele pondera, apenas a igualdade tem previsão expressa no art. 5º, caput, da Constituição (princípio da isonomia), os outros elementos não estão integralmente tutelados pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Tomando como exemplo a autonomia, em que pese vários direitos relacionados a ela (liberdade de expressão, religião etc), bem como um “direito geral de liberdade” no art. 5º, caput, “inexiste proteção expressa para o direito de ser tratado como um agente, capaz de fazer e seguir escolhas de vida, protegido das pressões conformistas ou paternalistas do Estado e da sociedade” (SARMENTO, 2016, p. 93)

Por essa razão, ele argumenta que estando a igualdade integralmente abarcada por um princípio constitucional específico, não entende adequado considerá-la como apenas mais um elemento constitutivo da dignidade. Assim, conforme Sarmento (2016), para fins metodológicos, o conteúdo do princípio da dignidade humana na Constituição de 1988 envolve o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento.

Cabe destacar que esses elementos que integram o conteúdo da dignidade para Sarmento (2016) são, em certa medida, compartilhados por outros autores, embora alguns adotem sistematizações diferentes. Como exemplo, cita-se Barroso (2010) que traz o “valor intrínseco da pessoa humana”, “autonomia” e “valor comunitário”. Adotando uma categorização distinta de Sarmento (2016), ele agrupa outros direitos fundamentais no primeiro elemento, a saber: vida, igualdade, integridade física e moral/psíquica, inclusive o direito ao reconhecimento (que, para Sarmento, constitui elemento específico). Também inclui o “mínimo existencial” na autonomia entendendo-o como condição essencial para o exercício da liberdade. De todo modo, a diferença substancial é que Barroso (2010), em contraponto a Sarmento (2016), considera no elemento “valor comunitário” a possibilidade da dignidade como heteronomia. Segundo ele: “A dignidade como valor comunitário

destina-se a promover objetivos diversos, dentre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade” (BARROSO, 2010, p. 28).

Como já mencionado, Sarmiento (2016) não aceita a dignidade da pessoa humana como heteronomia. Segundo ele, esse entendimento acaba justificando intervenções arbitrárias nas liberdades individuais, dando como exemplo, o conhecido caso do “lançamento de anão” na França (comentado no item 2.5). Sarmiento (2016, p. 186-187) também entende como heterônoma a relação entre dignidade e o chamado “direito à felicidade”: “[...] que pode resultar na legitimação de um Estado eudaimônico, com o poder de intervir em todos os domínios da vida pessoal, no afã de tornar as pessoas mais felizes, ainda que à sua revelia”. De acordo com ele, a dignidade da pessoa humana envolve o direito da pessoa em buscar a felicidade, seja ela como for (desdobramento da autonomia) e não a partir de um “modelo de vida boa”. Desta forma, entendendo que a dignidade como heteronomia (ou nas palavras de Barroso “valor comunitário”) pode atentar contra a própria concepção de dignidade adotada na pesquisa, filia-se, como dito, à proposta de Sarmiento (2016) segundo a qual o conteúdo do princípio envolve quatro elementos: valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento.

Em função do tema objeto da pesquisa e a discussão envolvendo o conteúdo da dignidade humana já exposta até aqui, será dada ênfase a dois dos elementos da dignidade humana apontados por Sarmiento (2016), autonomia e reconhecimento, que se considera ser cruciais para a argumentação acerca das uniões poliafetivas.

3.2.1.1 A autonomia e o direito à autodeterminação

Já de partida, Sarmiento (2016) destaca que para além da definição do que venha a ser autonomia, como elemento constitutivo da dignidade humana, devem ser destacados seus limites. Isso porque, conforme indica, há entendimento de que a dignidade implica direito a escolhas que afetam a vida pessoal, desde que não violem direitos de terceiros, mas há também entendimento (o qual o autor não

compartilha) de que o princípio serve para limitar a autonomia quando diante de situações tidas como indignas.

Sarmiento (2016) afirma haver decisões nos dois sentidos, tanto na jurisprudência nacional quanto internacional, citando julgados fundamentados na dignidade da pessoa humana envolvendo a proteção da liberdade individual para união estável e casamento homoafetivos, aborto e eutanásia. Por outro lado, indica julgados em que também foi utilizado o princípio, mas para limitar a autonomia, proibindo shows eróticos, batalhas recreativas com arma de brinquedo, práticas de entretenimento consideradas aviltantes¹⁸, dentre outros. Segundo ele, a partir disso se tem duas leituras da dignidade: como autonomia e como heteronomia.

No primeiro caso, a autonomia enquanto capacidade de autodeterminação surge como produto da modernidade e do movimento constitucionalista, ganhando destaque nos ordenamentos jurídicos democráticos (SARMENTO, 2016)¹⁹. Segundo o autor, ela se subdivide em autonomia privada (possibilidade das pessoas fazerem suas escolhas de vida) e pública (poder de decisão dos cidadãos nas deliberações políticas), sendo as duas compreensões essenciais para a concretização da dignidade humana.

Barroso (2010) pontua que no que se refere aos direitos individuais, a dignidade enquanto autonomia envolve, sobretudo, a autonomia privada, traduzida na ideia de liberdade²⁰. É o elemento ético da dignidade, que implica na autodeterminação dos indivíduos (capacidade de ditar seus rumos de vida) e a própria ideia de pessoa enquanto ser racional e moral (BARROSO, 2010).

Nessa mesma linha, Sarmiento (2016) sustenta que a autonomia privada relaciona-se com a atuação como agente moral, decidindo o que é bom para si, e engloba não apenas a autonomia da vontade (no campo obrigacional), mas especialmente a autodeterminação existencial (de cunho afetivo, religioso, etc). Trata-se, segundo ele, de uma liberdade positiva que não se resume apenas à

¹⁸ Caso do já mencionado “lançamento de anão” no item 2.5.

¹⁹ Aqui o autor relembra que não se trata da autonomia na perspectiva kantiana, pois embora ele tenha lançado as bases da dignidade a partir da autonomia humana, para Kant autonomia não significava a pessoa poder fazer o que quisesse, mas o dever de agir conforme a lei moral que impusesse para ela mesma. Assim, a ação movida por desejos não seria autônoma, mas heterônoma. Autônomas seriam apenas as condutas guiadas pela lei moral. Porém, segundo Sarmiento (2016), esse tipo de ação simplesmente não existe no mundo real, composto por pessoas de carne e osso.

²⁰ Embora seu exercício exija a satisfação de certas condições que envolvem a igualdade em seu sentido material (BARROSO, 2010).

ausência de obstáculos à conduta e sim a real possibilidade de escolhas, compreensão que pode ser associada à transição da liberdade formal do Estado liberal para o Estado social (tal como apresentado nos itens 2.1 e 2.2). Em suas palavras: “o respeito à autonomia privada se baseia na ideia de que as pessoas têm o direito de formular os seus próprios planos de vida, os seus projetos existenciais, a partir das suas próprias compreensões sobre o que seja uma ‘vida boa’”. (SARMENTO, 2016, p. 143).

E mais, Sarmento (2016) afirma que essa prerrogativa é aquilo que Dworkin denomina de “independência ética” que seria a responsabilidade de cada um com sua própria vida. Nesse sentido, continua afirmando que não cabe ao Estado ou as demais pessoas forçarem as outras a se adequarem as suas compreensões de felicidade. Portanto, para ele, não pode haver interferências na forma com que as pessoas devam conduzir suas vidas (tendo em vista a esfera íntima, a privacidade e a liberdade), por mais que seja estranha aos costumes e desagrade uma maioria.

Este ponto se conecta com a afirmação de Ommati (2015) acerca da existência de um “direito à diversidade” na ordem constitucional brasileira. Segundo ele, a diversidade está ligada à ideia de dignidade na medida em que expressa um direito fundamental. Isso porque, segundo o autor, o pluralismo e a não discriminação constam no preâmbulo e nos arts. 3º, IV e 5º, caput da Constituição de 1988, respectivamente.

Ampliando um pouco a discussão para além do contexto brasileiro, Ommati (2015) relembra a concepção de Dworkin sobre dignidade a partir de duas dimensões ou conteúdos mínimos: “toda vida merece ser vivida e respeitada e que os indivíduos devem se responsabilizar pela vida que levam.” (OMMATI, 2015, p. 27). Assim, segundo ele, Dworkin traz dois princípios correlatos à dignidade: valor intrínseco (importância da vida humana) e responsabilidade pessoal (cada um responde pela condução da própria vida). Em desenvolvimentos posteriores, Dworkin traz uma visão metafórica da dignidade humana como a raiz de uma árvore, reunindo os galhos da Ética, Moral e Direito e reformula os dois princípios acima como sendo o respeito por si e pela própria vida e a responsabilidade em definir seus critérios de vida bem-sucedida (OMMATI, 2015).

Para Ommati (2015, p. 34), nessa construção de Dworkin estaria o fundamento de um direito à diversidade: “Ora, se se deve ter respeito para consigo mesmo e

tentar levar a própria vida com a autenticidade possível, significa reconhecer que se tem a obrigação de respeitar os princípios e valores de todos os indivíduos”. Nesse sentido, coloca-se a necessidade de respeito à diversidade, aos diferentes projetos de felicidade, que têm, cada um, seu valor intrínseco como realização da própria dignidade (OMMATI, 2015).

Voltando ao ordenamento jurídico brasileiro, Multedo (2017) sustenta que a liberdade individual, que na esfera existencial significa a autonomia dos indivíduos de determinarem seu projeto de vida, é um dos pilares do princípio da dignidade da pessoa humana e consolida a perspectiva personalista das Constituições pós Segunda Guerra. Como decorrência, se tem a necessidade de se preservar espaços de não interferência estatal, definindo-se também justificativas adequadas para as normas do sistema jurídico que recaem sobre escolhas pessoais, especialmente na esfera íntima dos indivíduos, para se analisar até que ponto são legítimas as atuações legislativas e judiciárias nesse sentido (MULTEDO, 2017). A autora ainda avança afirmando que mesmo os aspectos não regulados pelo Direito não devem ser considerados fatos juridicamente irrelevantes, podendo ser vistos pelo prisma do exercício da liberdade individual e, dessa forma, também encontrariam respaldo constitucional. Sua relevância jurídica estaria consubstanciada na ideia de que tais fatos não são regulados em norma positiva, mas são frutos da autonomia garantida constitucionalmente aos indivíduos e que: “há situações que só dizem respeito à autodeterminação da própria pessoa” (MULTEDO, 2017, p. 48). Trazendo a questão para as relações afetivas, a liberdade de escolha é corolário do reconhecimento de um rol exemplificativo de entidades familiares e conduz ao modelo que melhor atenda à realização de cada pessoa (MULTEDO, 2017).

Não obstante, Sarmiento (2016) destaca os limites da autonomia enquanto expressão da dignidade, pois o princípio não é absoluto: as restrições legais e os direitos alheios. De todo modo, ele argumenta, eles devem ser legítimos (razoáveis) e passar pelo “teste de proporcionalidade” nas dimensões da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso significa que:

Uma atividade humana que não seja tão importante sob o ângulo da dignidade humana pode ser limitada, de modo proporcional, se ela prejudica direitos e interesses de terceiros ou metas coletivas. Mas a mesma atividade não pode, em princípio, ser proibida em razão de o Estado considerar que ela é intrinsecamente imoral ou “pecaminosa” quando não causar dano a ninguém. Nem tampouco pode ser limitada, no afã de impor

ao indivíduo algum modelo de virtude pessoal ou de “vida boa”, mesmo quando os poderes públicos acreditem que, ao fazê-lo, estejam agindo para o bem da própria pessoa (SARMENTO, 2016, p. 162).

Esse entendimento também é compartilhado por Barroso (2010, p. 15) que entende que deve haver “[...] precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais”.

Nesse ponto cabe destacar o dispositivo constitucional que consagra a autonomia como direito fundamental condicionando-a à legalidade, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei²¹. Ou seja, não sendo uma conduta antijurídica, não deve haver vedação, porque as pessoas são, em regra, livres. Nota-se, portanto, que essa norma traz um limite claro à liberdade individual que pode ser exercida até o ponto em que não viole outros direitos.

Sarmento (2016) irá desenvolver a noção de “dano a terceiros” como limite à autonomia afirmando ter ele um sentido normativo, ou seja, de violação de direitos. Por outro lado, defende que, caso não haja dano, a pretensão de ajustar a vida das pessoas com base em modelos de conduta remete à ideia de perfeccionismo ou mesmo de paternalismo, quando se interfere na autonomia com vistas à proteção dos indivíduos.

O autor explica que o paternalismo abrange o perfeccionismo e pode ser compreendido como uma relação que o Estado possui com a pessoa semelhante àquela existente entre pais e filhos. Assim, o que ele chama de “paternalismo jurídico” carrega a ideia de que o Estado sabe o que é melhor para a pessoa e, por isso, infantiliza-a. Não obstante, segundo ele, há situações em que a defesa de direitos fundamentais justifica essa intervenção (como na obrigação de uso de cinto de segurança em veículos), daí a necessidade de aplicação da proporcionalidade para ponderar o interesse mais relevante (SARMENTO, 2016).

Práticas perfeccionistas, na maioria das vezes, não devem servir como limite à autonomia de pessoas capazes: “impor restrições perfeccionistas à liberdade das

²¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

peças é deixar de tratá-las como agentes morais, ignorando a sua independência ética, que se traduz no seu direito de eleger os seus próprios caminhos existenciais” (SARMENTO, 2016, p. 172). O autor cita como exemplo a impossibilidade de se proibir práticas sexuais consideradas heterodoxas sob a alegação de que ferem a dignidade de quem participa. Caso contrário, sustenta, seria apenas “moralismo jurídico” que deve ser posto em debate diante do pluralismo das sociedades modernas e cujas Constituições, em regra, têm o propósito de garantir direitos às pessoas ainda que em detrimento da vontade da maioria. Por tais razões, Sarmiento (2016) não concorda com a concepção de dignidade como heteronomia²², pois entende que pode levar a imposições autoritárias.

Feitas essas considerações para a autonomia enquanto elemento do princípio da dignidade da pessoa humana passa-se à análise do segundo componente ao qual se dará destaque: o reconhecimento.

3.2.1.2 O reconhecimento e o desenvolvimento da identidade

A questão do reconhecimento enquanto componente da dignidade da pessoa humana é de suma importância para o objeto desta pesquisa na medida em que reflete a inclusão dos indivíduos e suas demandas na sociedade. Como afirma Sarmiento (2016, p. 241), “o olhar do outro nos constitui” e quando o indivíduo não é reconhecido no meio social, transmite-se uma mensagem de inferioridade ou desvalor, o que impacta sua autoestima e desenvolvimento da personalidade.

A temática envolvendo o reconhecimento intersubjetivo é bastante debatida na filosofia e ciências sociais²³. Dentre os autores contemporâneos, destaca-se a obra de Honneth (2003) que parte da categoria do reconhecimento social de Hegel²⁴ e dos estudos da identidade de George Mead para demonstrar através das dimensões do amor, do direito e da solidariedade como os indivíduos e grupos buscam reconhecimento na sociedade.

²²Como já analisado, a exemplo de Barroso (2010) que traz a heteronomia ao indicar o “valor comunitário” como elemento da dignidade da pessoa humana.

²³O tema é alvo de debate desde o começo do século XIX com Hegel e vem ganhando novos contornos nas últimas décadas ligado aos movimentos sociais, em especial com autores como Axel Honneth, Charles Taylor e Nancy Fraser (SARMENTO, 2016).

²⁴O autor também leva em conta contribuições de outros expoentes sobre o tema, alguns da tradição teórica da Escola de Frankfurt, a exemplo de Karl Marx.

Segundo a teoria de Honneth (2003), a identidade é formada através de um processo intersubjetivo de reconhecimento recíproco o qual se dá por meio dessas três dimensões: amor, direito e solidariedade.

Apesar de representante da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt (tradicionalmente dedicada aos estudos de matriz materialista de Karl Marx)²⁵, Honneth (2003) traz para o centro da análise da vida social os conflitos surgidos do reconhecimento, ou melhor, da lesão às expectativas de reconhecimento.

Segundo Salvatori (2011), para Honneth a lógica de conflitos sociais pautada em “interesses” (tributária em grande medida do modelo hobbesiano), deixa de considerar a lógica moral de lutas e desrespeito e que, portanto, os conflitos e mudanças não se dão necessariamente para autoconservação, mas também para o reconhecimento intersubjetivo. E mais, explica que este reconhecimento se dá como fruto de experiências precedentes de desrespeito.

Também afirma Fuhrmann (2003, p. 87) sobre a obra de Honneth que: “[...] os indivíduos e grupos só formam suas identidades e são reconhecidos quando aceitos nas relações com o próximo (*amor*), na prática institucional (*justiça/direito*) e na convivência em comunidade (*solidariedade*)”.

Portanto, essas três dimensões são fundamentais para a realização pessoal e vinculam-se à noção de dignidade humana trabalhada até aqui na medida em que o pleno desenvolvimento da personalidade apenas é possível quando há reconhecimento intersubjetivo.

Salvatori (2011) ao trazer as três dimensões de reconhecimento de Honneth afirma que a autorrealização apenas é possível com a autoconfiança experimentada nas relações privadas (*amor*), o autorrespeito nas relações jurídicas (*direito*) e a autoestima na solidariedade social (*eticidade*). Por isso, situações de desrespeito explicam os conflitos e motivações dos indivíduos na sociedade (SALVATORI, 2011). Segundo o autor, Honneth utiliza dos estudos da psicologia infantil para analisar a primeira dimensão (emoções primárias de amor e amizade), apontando as relações entre mãe e filhos. De acordo com Salvatori (2011, p. 190): “o amor é o fundamento da autoconfiança, pois permite aos indivíduos conservarem a identidade e desenvolverem uma autoconfiança, indispensável para a sua autorrealização”. Por

²⁵Honneth é sucessor de Jürgen Habermas no Instituto de Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt na Alemanha.

isso, é o amor a forma mais elementar de reconhecimento na qual se incluem as relações conjugais.

Também analisando a obra de Honneth, Ravagnani (2009) indica que é através dessas interações que se torna possível um reconhecimento recíproco, um “saber-se-no-outro”, com a confirmação da individualidade e identidade pessoal.

Já na dimensão seguinte (direito), Salvadori (2011) aponta que o reconhecimento da autonomia do outro se dá pelo respeito, sendo possível perceber na evolução histórica dos direitos liberais, sociais e de participação a ampliação da percepção de “pessoa de direito”. Nas palavras do autor: “nessa esfera, a pessoa é reconhecida como autônoma e moralmente imputável ao desenvolver sentimentos de autorrespeito” (SALVADORI, 2011, p. 191).

O direito constitui a base intersubjetiva para as relações na sociedade uma vez que constrange o indivíduo a respeitar as pretensões dos outros. E mais: esse reconhecimento legal abstrato não é suficiente para se mostrar presente na vida social, ele deve também atingir conteúdos materiais para se concretizar (RAVAGNANI, 2009). Nessa dimensão, a negação de direitos ou de acesso à justiça se apresenta para Honneth como experiência de desrespeito (FUHRMANN, 2003).

Na última dimensão de reconhecimento apresentada por Honneth (2003), a estima social advém da aceitação do indivíduo na sociedade a partir dos valores compartilhados que geram solidariedade. A estima, como indicado por Honneth (2003), varia em cada época como resultado do que é valorizado socialmente naquele período. E a ausência de estima perante a sociedade, segundo a teoria de Honneth, cria certo desvalor no indivíduo (degradação pessoal), pois sinaliza sua não inserção na comunidade de valores, impactando sua autoestima (FUHRMANN, 2003).

A concretização dessas esferas de reconhecimento explica as mudanças sociais e forma a identidade dos indivíduos, sendo que experiências de desrespeito geram lutas pela (re)afirmação desse reconhecimento. Portanto, para Honneth (2003), a lógica dos conflitos e das mudanças sociais é guiada pelo desrespeito às expectativas, seguido da luta pelo reconhecimento.

Nesse sentido, Salvadori (2011, p. 192) afirma que a noção de eticidade para Honneth: “[...] é o conjunto de práticas e valores, vínculos éticos e instituições, que formam uma estrutura intersubjetiva de reconhecimento recíproco”. Assim, o

indivíduo na modernidade busca reconhecimento não apenas como pessoa autônoma e livre, mas também como membro de uma sociedade (SALVADORI, 2011).

Por tal razão, Fuhrmann (2003) indica que a noção de justiça social de Honneth centra-se no reconhecimento da dignidade dos indivíduos e no respeito, mais do que num ideal igualitário de distribuição de recursos materiais. Portanto, segundo a autora, demandas por reconhecimento nas democracias resultam das múltiplas subjetividades.

Corroborando com esse entendimento, Sarmiento (2016) afirma que, frequentemente, o não reconhecimento revela a desvalorização de grupos e práticas não hegemônicos na sociedade. Assim, demandas por reconhecimento tendem a se apresentar como reivindicações coletivas, mas não excluem a realização de direitos individuais (SARMENTO, 2016). Todavia, de acordo com ele, a teoria de Honneth apresenta limitações quando confunde reconhecimento com justiça e que o desdobramento de sua concepção em termos jurídicos se mostra inviável se considerada a juridicização das categorias “amor” e “estima social”.

Nesse sentido, Sarmiento (2016) traz as contribuições da também filósofa Nancy Fraser para a teoria do reconhecimento, articulando demandas por reconhecimento com uma noção mais ampla de justiça, que abarca também as desigualdades econômicas.

Sarmiento (2016) afirma que Fraser propõe como “remédios” para as injustiças econômicas medidas de cunho redistributivo e para as injustiças culturais, políticas de reconhecimento. Particularmente no campo das injustiças culturais (ou de reconhecimento), aponta a sofrida por homossexuais, que devido valores culturais de algumas sociedades, têm rebaixada sua identidade sexual, resultando em discriminação, violência e efeitos econômicos negativos²⁶.

Sarmiento (2016) também indica que uma das maiores contribuições de Fraser para esse debate é o estabelecimento de um critério normativo para avaliar a legitimidade de tais demandas: paridade de participação. Assim, traz a questão para o âmbito das instituições e práticas sociais: “o objetivo é combater as hierarquias de *status* incrustadas na cultura social, que constituem obstáculo à paridade de

²⁶Por exemplo, com discriminação no mercado de trabalho, com exclusão na participação de benefícios sociais (FRASER *apud* SARMENTO, 2016).

participação de certas pessoas e grupos e, dessa forma, caracterizam injustiças” (FRASER *apud* SARMENTO, 2016, p. 253).

Feitas tais considerações acerca da importância do reconhecimento intersubjetivo para a realização pessoal e trazendo a discussão para o ordenamento jurídico brasileiro, Sarmiento (2016) afirma que, embora não haja na Constituição de 1988 previsão de um “direito ao reconhecimento”, o princípio da dignidade humana funciona como cláusula geral de tutela da pessoa. Portanto, se a categoria do reconhecimento se mostra relevante para a integridade moral da pessoa, encontra sim respaldo jurídico.

Esse direito ao reconhecimento, segundo Sarmiento (2016), pode ser associado a alguns temas e decisões importantes no país, tais como o direito à mudança de nome e sexo dos transexuais no registro civil, independente de cirurgia²⁷ e a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar²⁸. Em ambos o princípio da dignidade da pessoa humana foi invocado como fundamento dos julgados.

Segundo Sarmiento (2016, p. 258): “em geral, o estigma combatido pelo direito ao reconhecimento resulta do pertencimento da vítima a alguma coletividade desvalorizada pela cultura hegemônica [...]”. De fato, os dois exemplos acima demonstram a ruptura com um estigma que desrespeita a identidade das pessoas e impede sua autorrealização, além de funcionar como mecanismo de exclusão social e jurídica.

Entende-se que isso ocorre com a união poliafetiva, objeto da pesquisa. A despeito das tentativas de reconhecimento²⁹, esse direito tem sido negado, a exemplo da decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de proibir os cartórios de lavrar escrituras públicas (o que será explorado no item 5.2.1). Portanto, como consequência das análises desenvolvidas até aqui acerca do conteúdo da dignidade da pessoa humana e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, será discutida a seguir a existência de um “direito subjetivo de constituir família”.

²⁷O autor aponta decisão do STJ no Resp 1008398 da 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, em 15/10/09.

²⁸Sarmiento indica o julgamento na ADI 4277/DF pelo Plenário do STF, Rel. Min. Ayres Britto, em 05/05/11.

²⁹O que pode ser ilustrado através dos relatos de lavratura de escrituras públicas de união poliafetiva em cartórios no país. Por todos: Amâncio (2016) relata a lavratura de escrituras públicas de união poliafetiva em cartórios de notas de Tupã/SP e Rio de Janeiro/RJ.

3.3 Direito subjetivo de constituir família

Como parte do entendimento de que a sociedade é plural e a família é importante instrumento de realização existencial, o conceito do que vem a ser família vem passando por transformações para acompanhar as demandas da sociedade.

Reflexo disso foi a unânime decisão, em 2011, do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277-DF e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132-RJ que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar equiparada à união estável heteroafetiva. Isso se deu a partir do entendimento de que preenchidos os requisitos previstos no art. 1.723 do Código Civil³⁰ para a união estável, a expressão “entre o homem e a mulher” deveria ser interpretada “conforme a Constituição” de forma a não se restringir a casais do mesmo sexo. A leitura foi principiológica uma vez que o Texto Maior consigna a não discriminação (igualdade e pluralismo), a autonomia privada (liberdade e autodeterminação), o direito à intimidade e à vida privada, além de prever especial proteção à família. Por tal razão, houve menção a existência de um direito subjetivo de constituir família. Segue abaixo reprodução da ementa do acórdão que, apesar de um pouco extensa, é didática e ilustrativa da discussão travada até aqui.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. **A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE. INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição

³⁰Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”.

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. **DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA.** INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. **Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada”** (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e

autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. **Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade**, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto. Data de julgamento: 05/05/11, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJE 198, Divulg 13/10/11, Public 14/10/11, Ement vol 02607-03 PP 00341). (Grifado)

Este julgado é relevante, pois se entende que a mesma análise pode ser feita para a união poliafetiva. Apesar da ausência de previsão legal e do entendimento de que há normas no Direito de Família que preservam a monogamia como modelo conjugal e convivencial³¹, a negação de seu reconhecimento viola princípios e direitos fundamentais. Não pode ser reduzida à mera situação de fato, pois envolve o direito de constituir família.

Parte-se do entendimento de que o modelo monogâmico representado pela disposição “homem e mulher” (e por alguns dispositivos infraconstitucionais analisados no item 4.3.1), pode ser relativizado e abarcar mais de dois membros se eles desejam formar uma relação conjugal. A designação, portanto, não seria excludente.

³¹A respeito: Gonçalves (2015).

Nesse sentido, filia-se à concepção de que o rol constitucional de entidades familiares é de natureza exemplificativa (conforme será explorado no capítulo 5). Assim, à medida que novos formatos se apresentam como família e se mostram importantes para a realização existencial das pessoas, seria possível identificá-los como institutos jurídicos sem que haja necessária previsão no direito positivo.

Nas palavras de Azevedo (2004, p. 57), que defende a superação dos formalismos: “O Estado deve regulamentar o que existe, impedindo lesões de direito”. E, no mesmo sentido, Multedo (2017) sustenta que tem ganhado relevância a desregulamentação das relações conjugais, ou seja, o entendimento de que o Estado não deve normatizar a matéria da conjugalidade com disposições imperativas, apenas a partir de *standards*: regras supletivas para casos em que não haja manifestação expressa. Isso porque, conforme ela afirma, tais relações baseiam-se na liberdade de escolha e referem-se exclusivamente à esfera privada das pessoas, sendo espaços de autodeterminação por excelência. Para a autora, o que deve ser objeto de tutela estatal é o legítimo interesse de terceiros e a preservação da ordem jurídica. É a consagração da pessoa como centro do ordenamento, a chamada “repersonalização” do Direito, movimento operado pela elevação da dignidade da pessoa humana a fundamento de todo o sistema (MULTEDO, 2017).

Multedo (2017) ainda alega que a intervenção do Estado nas relações conjugais e convivenciais inverte os valores constitucionais, porque nessa esfera não há como sustentar que as pessoas devam se adequar a um modelo que atenda aos interesses da sociedade e do Estado, e não aos interesses delas próprias.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 ao prever a dignidade da pessoa humana como fundamento da República impacta todo o ordenamento e exige a redefinição de alguns institutos, dentre eles, a família. Assim, se a configuração poliafetiva é o modelo de família que melhor atende alguns indivíduos seu reconhecimento se faz necessário, como desdobramento da autonomia e da possibilidade de cada um de determinar seu projeto de vida na esfera íntima e privada. Evidentemente, essa liberdade encontra limites, sendo legítima até o ponto em que não invada direitos de terceiros, preserve a boa-fé e a segurança jurídica.

Como será analisado no item 5.1, entende-se que os requisitos previstos no diploma civil no art. 1.723 para a união estável podem servir de parâmetro para a

união poliafetiva, extraindo deles os elementos essenciais que demonstrem ser ela uma família de fato para que ganhe, por extensão, o status de família também de direito. De forma bastante sucinta, esses elementos referem-se a uma união configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Preenchidos tais requisitos, entende-se que os indivíduos possuem um direito subjetivo de constituir família, como exercício da autonomia e do direito ao reconhecimento, elementos constitutivos do princípio da dignidade da pessoa humana.

4 A MONOGAMIA

Adentrando na discussão sobre a natureza jurídica da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro, alguns autores entendem se tratar de princípio³², enquanto outros, de regra, sendo indicada sua conotação moral³³.

Sustentando o entendimento de que a monogamia é um princípio jurídico que rege as relações conjugais e convivenciais no Direito de Família brasileiro, Gonçalves (2015) elenca dispositivos no Código Civil que demonstram a proteção ao modelo monogâmico. A autora cita, dentre eles, o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges (art. 1566, inciso I), o impedimento para casar de pessoa já casada (art. 1521, inciso VI), o adultério como possível causa de dissolução da sociedade conjugal (art. 1573, inciso I), o dever de lealdade entre os companheiros na união estável (art. 1724), a denominação de concubinato para as relações não eventuais entre impedidos de casar (art. 1727).

Avançando nessa lista, Figueiredo (2011) aponta a vedação de doação de bens do cônjuge adúltero ao concubino (art. 550), a vedação da nomeação do concubino como herdeiro ou legatário do testador casado (art. 1.801, inciso III), a extinção do direito a alimentos do credor que vier a ter relação concubinária (art. 1708), a impossibilidade do concubino receber alimentos (art. 1.624)³⁴, a impossibilidade do concubino figurar como beneficiário de seguro de vida do consorte (art. 793).

Além desses dispositivos, também no Código Penal se tem a tipificação da bigamia como crime no art. 235, dentro do Título VII dedicado aos crimes contra a família e, mais precisamente, dos crimes contra o casamento. O caput do dispositivo descreve tal conduta como sendo a situação na qual a pessoa casada contrai novo casamento. Interessante observar que o §1º do dispositivo pune inclusive aquele que, mesmo não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, ciente dessa circunstância. A repercussão dessas condutas no âmbito criminal demonstra o repúdio social a tais práticas, vez que o Direito Penal possui natureza fragmentária e subsidiária, ou seja, configura a última etapa de proteção de um bem jurídico e apenas deve ser invocado quando os outros meios e ramos do Direito tiverem se

³²Por todos: Pereira (2006) e Gonçalves (2015).

³³Por todos: Silva (2013).

³⁴Interpretação a partir do art. 1.694 do Código Civil que não o prevê no rol de legitimados.

mostrado insuficientes. Cabe lembrar que se hoje a proibição está restrita ao duplo registro de casamento (bigamia)³⁵, até pouco tempo o adultério também era crime³⁶.

Diante desses dispositivos mencionados se funda boa parte do entendimento de que monogamia configura um princípio jurídico, pois seria grande o aparato legal, traduzido em regras jurídicas, que têm como pano de fundo o modelo monogâmico.

Porém, antes de trazer os argumentos contrários, de que a monogamia seria apenas uma regra (e não um princípio), apresenta-se, a seguir, o histórico de sua incorporação no ordenamento jurídico.

4.1 As origens da monogamia na humanidade

A organização da família a partir de um modelo monogâmico (casal conjugal) é geralmente vista como a formatação natural das sociedades humanas, pelo menos as ocidentais. Contudo, Engels (1984) em obra de suma importância sobre o tema, indica ser a monogamia uma construção histórica, fruto da evolução das formas de família diante do surgimento da propriedade privada.

Tomando como base um estudo etnográfico sobre tribos americanas³⁷, Engels (1984) aponta que a análise da história primitiva demonstra estágios de evolução da família em que a monogamia não estava presente. Segundo ele, notadamente no estado selvagem de cultura se observava o “matrimônio por grupos” do qual fazem parte as famílias consanguínea e punaluana. Na primeira, os arranjos conjugais se davam por gerações, de modo que avós e avôs eram esposas e maridos entre si, e o mesmo ocorria com seus filhos, netos e demais gerações. Apenas estavam excluídos pais e filhos, ou seja, ascendentes e descendentes. Na punaluana, por sua vez, a proibição do matrimônio alcançou também os irmãos colaterais, o que levou a uma grande restrição dos indivíduos aptos a relacionarem-se (ENGELS, 1984).

Engels (1984) pontua que a característica mais marcante do “matrimônio por grupos” era a falta de certeza de quem era o pai de uma criança: sabia-se apenas

³⁵Entende-se que os efeitos penais não se estendem à união estável, já que não está prevista expressamente no dispositivo penal e a interpretação nesse ramo deve ser restritiva. A respeito: Masson (2015).

³⁶A Lei 11.106/05 revogou o art. 240 do Código Penal.

³⁷Obra “*Ancient Society*” de Lewis Henry Morgan publicada em 1877.

quem era a mãe. Por tal razão, os filhos eram considerados comuns e a descendência determinada pela linha materna. Assim, segundo ele, é possível dizer da vigência de um “direito materno” na medida em que a consanguinidade e, por conseguinte, o parentesco e os bens transmitidos por herança se davam tendo em vista um tronco comum materno, o que alçava a mulher a uma posição social mais elevada. Os membros pertencentes a esse grupo formavam a chamada “gens” que reunidas integravam uma tribo (ENGELS, 1984).

O autor indica que à medida que as gens foram evoluindo, expandiram-se também as classes de parentes com restrição ao casamento, o que foi tornando impossível o matrimônio por grupos. Com isso, de acordo com ele, as uniões por pares que ocorriam eventualmente - quando se considerava um parceiro como o principal, dentre todos - foram se consolidando e deram origem à família sindiásmica. Nela o homem tem uma esposa, mas a infidelidade continua a ser uma prática tolerada para os homens, um direito, enquanto das mulheres é exigida a mais rigorosa fidelidade, sendo o adultério duramente punido (ENGELS, 1984).

Dessa forma, Engels (1984) irá afirmar que o surgimento do casal conjugal decorre da gradual redução do círculo de relacionamentos possíveis e não da ideia de um “amor sexual individual”. Nessa fase ainda se observava o “direito materno”, mas a família sindiásmica, com seu formato, introduziu um elemento novo: junto com a certeza de quem era a mãe, passou-se também a saber quem era o verdadeiro pai (ENGELS, 1984).

Engels (1984) indica que a família sindiásmica se situava historicamente no período identificado como barbárie. Segundo ele, nesse estágio evolutivo, paralelamente à transformação na família, haviam ocorrido também progressos nos meios de existência com o desenvolvimento da agricultura, da criação de gado e a domesticação de animais. O incremento da produção a partir do trabalho humano havia gerado riqueza (excedente) e novas relações sociais. Isso porque no período anterior vigorava uma espécie de “comunismo primitivo” em que os meios de existência eram limitados e destinavam-se à sobrevivência, sendo que “o alimento devia ser conseguido todo dia, novamente” (ENGELS, 1984, p. 57).

De acordo com Engels (1984), assim se deram os primeiros contornos da propriedade privada e junto com eles surgiu uma questão: a quem pertenceria essa riqueza? Até então pertencia à gens (direito materno), mas na medida em que

crescia a propriedade particular, também aumentava um sentimento de reivindicação desse direito (ENGELS, 1984).

O autor explica que na divisão do trabalho na família à época cabia ao homem buscar o alimento e os instrumentos necessários. Assim, na medida em que a riqueza aumentava o homem também galgou uma posição social mais importante que, por sua vez, reforçou a ideia de alterar a ordem de herança vigente. Para tanto, o direito materno teve que ser abolido, com a decisão de que: “[...] de futuro, os descendentes de um membro masculino permaneceriam na gens, mas os descendentes de um membro feminino saíam dela, passando à gens de seu pai” (ENGELS, 1984, p. 60). Assim, segundo ele, foram instituídas a filiação paterna e o direito hereditário paterno, seguido do costume de dar aos filhos o nome da gens pertencente ao pai, marcando a passagem para o patriarcado.

Engels (1984, p. 61) irá dizer que isso significou a “grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo” e assinalou a transição para a família monogâmica. Esta configuração, conforme demonstra, manifesta-se com intensidade no período da civilização e se caracteriza pelo predomínio do homem e a finalidade de assegurar uma paternidade indiscutível, tendo em vista que os filhos serão os herdeiros dos bens deixados pelo pai. Porém, destaca que a monogamia foi imposta somente à mulher como forma de garantir a presunção de paternidade, e o adultério masculino continuava tolerado, pois não seria capaz de prejudicar a herança. Nesse sentido, a poligamia³⁸ continuou sendo praticada pelos homens e aceita socialmente (ENGELS, 1984).

Engels (1984) conclui que a família monogâmica não teve como causa condições naturais, tampouco surgiu como forma mais elevada de matrimônio, derivada de um amor mútuo (mesmo porque as uniões eram “arranjadas”, por conveniência). A monogamia representou o triunfo da propriedade privada e a dominação de um sexo pelo outro, “o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história [...]” (ENGELS, 1984, p. 70). E afirma que veio acompanhada de sua contradição, as figuras sociais do adultério e da prostituição.

Essa foi, de acordo com Engels (1984), a origem da monogamia na humanidade. Todavia, outras teorias trazem explicações diversas, como indica Santiago (2015). De acordo com ele, uma delas é da antropóloga Helen Fisher que

³⁸Segundo classificação trazida Ruzyk (2006) trata-se de uma poligamia exógena, ou seja, a existência de conjugalidades exteriores a uma comunidade familiar originária.

credita ao hábito nômade dos povos primitivos a necessidade de se manter um único parceiro. Assim, a autora destaca que, uma vez que os antepassados do homem estavam constantemente mudando de território em busca de alimentos era impossível ao macho nômade coletar e defender recursos para um grupo de mulheres. Por outro lado, observa que para as mulheres a união por pares se mostrava como único vínculo viável. De todo modo, o casal permanecia unido apenas pelo tempo suficiente para o término da infância da prole (FISHER *apud* SANTIAGO, 2015).

Não obstante, percebe-se que, independente de qual das duas teorias é abordada, a monogamia não aparece como um formato conjugal natural, mas como um regime surgido com estreitas ligações econômicas.

A seguir, será apresentado como a monogamia passou de formato conjugal para modelo de família nos ordenamentos jurídicos.

4.2 A adoção da monogamia nos ordenamentos jurídicos

Engels (*apud* OLIVEIRA, 2017) indica que na sua origem entre os romanos a palavra “família” era empregada para designar o conjunto de escravos domésticos pertencentes a um homem. Essa noção evidencia, mais uma vez, a estreita ligação que a ideia de família tinha à época com a questão patrimonial.

Oliveira (2017) aponta que na vigência do direito romano imperava o modelo monogâmico de família, com a prevalência da figura paterna que exercia domínio e autoridade sobre a esposa, filhos e escravos, com o pátrio poder sendo exercido até a sua morte. Posteriormente, em paralelo à decadência do Império Romano se observou a expansão do Cristianismo que introduziu a regulação da família através do direito canônico, sobretudo no Ocidente, o que se deu durante toda a Idade Média (OLIVEIRA, 2017).

A esse respeito, Silva (2013) destaca que o direito canônico delineou toda a concepção de família e conjugalidade da época, permanecendo influente mesmo após as revoluções burguesas. De acordo com ele, a Igreja Católica estruturou o estatuto jurídico da família através da promulgação dos doze cânones do Concílio de Trento em 1563 e também do chamado decreto Tametsi. O autor destaca o cânone I que declarou o casamento como um dos sete sacramentos da Igreja Católica,

determinando sua autoridade para dispor sobre a validade e regulamentação, o cânone II que consagrou a monogamia como princípio estruturante do casamento, e também os cânones V e VI que trataram da indissolubilidade do matrimônio, tendo a proibição do divórcio como reflexo do modelo monogâmico. Já o decreto Tametsi condenava o concubinato com gradações dos pecados cometidos e punições aplicáveis, de acordo com os envolvidos e circunstâncias (SILVA, 2013).

Silva (2013) afirma que a aplicação das normas do direito canônico encontrou em Portugal rápida adesão, sendo um dos primeiros países a incorporar tal regulamentação matrimonial ao seu ordenamento jurídico. Além da legislação eclesiástica, as leis extravagantes e as Ordenações Filipinas assimilaram as principais diretrizes do Concílio de Trento e o sucesso normativo da Igreja também decorreu, segundo ele, do investimento doutrinário e catequético, das obras didáticas, bem como da confissão como mecanismo de controle dos casados (SILVA, 2013).

Assim, o direito português e, posteriormente, o direito do Brasil colônia foram fortemente marcados pelo direito canônico e a influência em sede matrimonial também se verificou em outros países católicos no Ocidente, como França, Espanha, Itália onde a regulação tridentina permeou a legislação civil, fazendo da regulação da Igreja a lei do próprio Estado (SILVA, 2013).

Silva (2013) afirma que essa influência sobreviveu mesmo após a Revolução Francesa de 1789 que representou o rompimento do Estado com a Igreja. Na França, ainda que tenha havido um duro golpe no direito matrimonial canônico com a Constituição de 1791 proclamando o casamento como um contrato civil e leis de 1792 admitindo o divórcio e passando o casamento a ser celebrado por funcionário público (e não mais o sacerdote), tais tentativas não se impuseram (SILVA, 2013).

Silva (2013) ressalta que o Código Civil francês de 1804 mostrou-se alinhado aos princípios constitucionais de liberdade, mas não evoluiu em matéria matrimonial. Segundo ele, o casamento foi proclamado como um contrato civil, porém, com limites: não poderia ser fruto exclusivamente do exercício da autonomia da vontade. Isso porque, como destaca, precisava ser demarcado o interesse da sociedade e do Estado no casamento para, assim, se tornar uma instituição, para além do indivíduo. Projetou-se, assim, uma verdadeira função social, legitimando sua regulação (uniformização) pelo Estado (SILVA, 2013).

Assim, de acordo com Silva (2013), o diploma legal civil incorporou grande parte da regulação canônica, em especial no tocante aos impedimentos, nulidades, pátrio poder. Reflexos dessa influência foram o restabelecimento do casamento religioso paralelamente ao civil (por meio da Concordata de 1801) e a proibição do divórcio (através de uma lei em 1816), sendo “[...] um dos sinais mais visíveis de que em matéria matrimonial o direito civil ainda estava muito arraigado ao Antigo Regime. Não lograva ser expressão dos novos tempos.” (SILVA, 2013, p. 84). Segundo ele, o que se percebeu, foi a substituição no campo matrimonial de quem aplicava o direito canônico: antes a própria Igreja, depois o Estado.

Talvez isso possa ser explicado pelo fato de o modelo conjugal utilizado, baseado no casamento monogâmico, atender à perspectiva patrimonialista da codificação civil da época. O Código francês de 1804 buscava afirmar a separação do direito em público e privado, e assim não mais haver intervenções do Estado no campo civil, em especial na propriedade privada e nos contratos. A tônica era, portanto, a autonomia do indivíduo no tocante à gestão do seu patrimônio, o que se alinhava com a organização monogâmica da família que garantia a transmissão da herança. Nesse ponto, remete-se à teoria de Engels (1984) que, como analisado, traçou uma correlação entre a imposição da monogamia e o surgimento da propriedade privada, evidenciando a finalidade dessa configuração familiar na história da humanidade.

A seguir, como última etapa da investigação histórica sobre a monogamia, será apresentada sua incorporação na ordem jurídica brasileira.

4.3 A monogamia na legislação brasileira

No Brasil, de acordo com Silva (2013), a relação entre Direito e Igreja se mostrou muito mais evidente, tendo em vista que até 1891, com a Proclamação da República, os registros civis eram controlados pela Igreja. Assim, todos os nascimentos, casamentos e mortes eram registrados por ela, que determinava a validade e eficácia desses atos civis: “em última instância, no Brasil Império, o poder eclesiástico é que detinha a palavra sobre o status jurídico das pessoas” (SILVA, 2013, p. 85). E essas situações geravam efeitos jurídicos referentes à propriedade, herança, meação.

Sob a influência dos ares republicanos que clamavam por um Estado Laico, Oliveira (2017) indica a ruptura do matrimônio como forma exclusiva de se constituir família através do Decreto nº 181 de 1890, que estabeleceu o casamento civil (mantida a possibilidade do casamento religioso com efeitos civis).

Contudo, como demonstra Silva (2013), assim como observado na França, os ideais republicanos não conseguiram se impor totalmente à herança canônica. As propostas do Código Civil brasileiro de 1916, de cunho inovador, que tentaram emplacar a igualdade entre homens e mulheres e a superação da diferença entre filhos legítimos e ilegítimos, logo foram freadas pelos legisladores que definiram o marido como chefe da família e fixaram essa distinção entre a filiação (SILVA, 2013).

Logo, o Código Civil de 1916 manteve as características da família patriarcal e sua perspectiva patrimonialista. E aqui também parece possível a mesma análise feita para o Código de Napoleão de 1804 quanto à associação entre formato familiar e diretriz principiológica da legislação. Isso porque o projeto de Clóvis Beviláqua sofreu grande influência do código francês, de cunho individualista e patrimonialista. Assim, o modelo de casamento e de família herdado do direito canônico se alinhava perfeitamente à proteção da propriedade.

Para além dessa perspectiva patrimonial, Silva (2013) aponta que a transposição das bases da regulação matrimonial do direito canônico para o Direito Civil gerou um estatuto jurídico de exclusão social.

O reconhecimento de uma única família, aquela, formada do casamento, o estabelecimento de um catálogo taxativo de impedimentos matrimoniais, a consagração civil de um sacramento religioso, transubstanciado na indissolubilidade do vínculo matrimonial, a redução da capacidade civil da mulher casada, a estigmatização dos filhos extramatrimoniais, tiveram como efeito colateral a criação de uma família *a latere* (SILVA, 2013, p. 86).

Dessa forma, verifica-se que a normatização - ou “normalização” - da família deixou, historicamente, arranjos familiares à margem da sociedade, na esteira do que se convencionou a ser defendido, em cada época, como um modelo a ser seguido, um ideal moral (SILVA, 2013).

Silva (2013) traz também interessante análise de Orlando Gomes acerca das razões elencadas por Clóvis Beviláqua para a indissolubilidade do vínculo matrimonial: significaria um recuo da situação moral da monogamia para uma “poligamia sucessiva”. Beviláqua (*apud* SILVA, 2013) ainda teria evidenciado ser a

monogamia um modelo familiar que interessava ao Estado, que o casamento com suas regras estritas era forma de controle estatal da sexualidade e que o Código Civil traduzia um projeto civilizador trazido dos povos cultos europeus. Na mesma linha, Oliveira (2017) destaca que o Código de Beviláqua ao dispor sobre o “desquite” demonstrava sua conotação moral cristã, não possibilitando a constituição de um novo casamento, tendo em vista a indissolubilidade do matrimônio.

A partir desse panorama, verifica-se como a monogamia foi incorporada aos sistemas jurídicos, atendendo às finalidades patrimonialistas das codificações civis de uma época. E, com isso, segundo Silva (2013), a monogamia foi posta como inquestionável, permanecendo assim até fins do século XX.

Não obstante o status jurídico, a monogamia não conseguiu se impor de forma absoluta, permanecendo como um aspecto meramente formal em alguns casamentos dada a conveniência de se manter íntegra a imagem da família matrimonial, bem como seu patrimônio. Na realidade social, contraditoriamente, são observadas as figuras identificadas por Engels (1984) quando da análise da origem do modelo monogâmico: o adultério e o concubinato.

Na vigência do Código de 1916 que tinha como diretriz a família matrimonializada, negou-se reconhecimento às relações conjugais fáticas. Quando muito, diante das situações que se apresentavam, preocupava-se em definir a quem cabia eventual patrimônio, a exemplo da Súmula 380 do STF de 1963 que dispunha sobre a partilha dos bens nas relações concubinárias, comprovada a sociedade de fato³⁹. Outras situações também ficavam sem proteção estatal, como os solteiros e desimpedidos de casar que se uniam sem necessariamente formalizar tal relação, e ainda aqueles que não queriam mais manter o casamento, mas que ficavam impossibilitados de contrair um novo casamento diante da indissolubilidade do vínculo, mantendo relacionamentos invisíveis aos olhos do Estado (OLIVEIRA, 2017).

Entretanto, dessas situações decorriam direitos relativos à paternidade, partilha de bens, herança, pensão, entre outros, que permaneciam sem respaldo jurídico. Apenas em 1933, através do Decreto 22.872, a legislação previdenciária, pela primeira vez, atribuiu efeitos jurídicos às uniões conjugais fáticas não abrangidas

³⁹Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

pelo Código Civil, abrindo caminho para outras normas e entendimentos (OLIVEIRA, 2017).

Finalmente, com a Constituição Federal de 1988 dá-se o reconhecimento jurídico de configurações familiares não formadas à imagem do modelo matrimonial. A união estável, como família de fato, passou a ter proteção legal, mas a própria norma constitucional parece guardar certa preferência do Estado pelo matrimônio ao dispor que a lei deve facilitar sua conversão em casamento⁴⁰. Possivelmente isso se explica pelos resquícios do direito canônico no ordenamento e também pela maior segurança jurídica que o casamento assegura, em especial, aos efeitos patrimoniais.

Lançada a nova tábua axiológica do sistema jurídico pela Constituição de 1988, era preciso constitucionalizar os institutos no campo privado. Assim, o Código Civil de 2002 vinha com a proposta de efetuar a adequação à nova realidade normativa.

Quanto às relações conjugais, era necessário regular a união estável reconhecida no Texto Maior e disciplinada pelas leis 8.971/94 e 9.278/96. E nesse ponto um aspecto chama a atenção: a localização do título que trata da união estável, distante das demais normas que regem o direito pessoal dentro do livro destinado à família (casamento, dissolução da sociedade conjugal e vínculo conjugal, relações de parentesco, poder familiar). Uma explicação seria por ter sido inserida posteriormente ao projeto inicial, que apenas contemplaria o casamento. Isso porque, apesar de promulgado anos após a Constituição de 1988, o projeto do novo código começou a ser elaborado nos anos 60 e tramitou por quase três décadas no Congresso Nacional, entre 1975 a 2002 (BARCELLOS, 2012). Portanto, em matéria de família, o novo Código já estava velho, dissociado da dinâmica social e dos avanços ocorridos no campo jurídico.

4.3.1 A monogamia não é absoluta: o papel da boa-fé e segurança jurídica

Feito esse panorama sobre as origens da monogamia, sua incorporação nos sistemas jurídicos através do direito canônico, inclusive no Brasil, passa-se à análise dos dispositivos do Código Civil de 2002 que tratam sobre o tema, a fim de responder a questão inicialmente posta: a monogamia é regra ou princípio? E, para

⁴⁰Art. 226, §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

além disso, deve necessariamente reger as relações conjugais e convivenciais no ordenamento brasileiro?

Dentre os dispositivos que disciplinam as relações conjugais e convivenciais, conforme já mencionado, são apontadas as seguintes normas baseadas na monogamia: o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges (art. 1566, I), o impedimento para casar de pessoa já casada (art. 1521, VI), o adultério como possível causa de dissolução da sociedade conjugal (art. 1573, I), o dever de lealdade entre os companheiros na união estável (art. 1724), a denominação de concubinato para as relações não eventuais entre impedidos de casar (art. 1727), a vedação de doação de bens do cônjuge adúltero ao concubino (art. 550), a vedação da nomeação do concubino como herdeiro ou legatário do testador casado (art. 1.801, III), a extinção do direito a alimentos do credor que vier a ter relação concubinária (art. 1708), a impossibilidade de o concubino receber alimentos (art. 1.624)⁴¹, a impossibilidade de o concubino figurar como beneficiário de seguro de vida do consorte (art. 793)⁴².

A partir disso, observa-se que a monogamia norteia os dispositivos que regulam as relações conjugais e convivenciais no Código Civil, o que conduz ao entendimento de que tem razão a doutrina que a considera um princípio jurídico do Direito de Família⁴³.

Não obstante, não parece que os dispositivos mencionados têm como finalidade a proteção do modelo monogâmico em si. Talvez seja mais acertado afirmar que eles protegem a pessoa, sua boa-fé e confiança. Em outras palavras, a tutela jurídica não parece recair sobre o formato do casal afetivo, mas sobre a confiança de ser o único parceiro envolvido na relação, de forma a evitar surpresas de toda ordem, inclusive com repercussão patrimonial.

Assim, seria possível afirmar que as regras acima elencadas que traduzem o princípio da monogamia têm como fim a proteção de interesses pessoais e patrimoniais das pessoas que optam e esperam por ele estar regidas. Da mesma forma, a contrário senso, pode-se entender que a monogamia não deve reger obrigatoriamente as relações se os membros assumirem que tais normas não se amoldam aos seus interesses pessoais. Isto é, se as pessoas envolvidas decidem,

⁴¹Interpretação a partir do art. 1.694 do Código Civil que não o prevê no rol de legitimados.

⁴² Gonçalves (2015) e Figueiredo (2011).

⁴³Por todos: Pereira (2006).

consensualmente, compartilharem outro modelo conjugal (não monogâmico), não cabe ao Estado dizer que não podem ter esse projeto existencial, pois violaria sua autonomia.

Em tais casos, entende-se que a boa-fé, representada pelo consentimento (plena informação quanto a não exclusividade), funciona como importante baliza, tendo em vista que não haveria quebra da confiança. Nesse ponto, ainda que se considere a monogamia um princípio, a aplicação direta das normas dele derivadas perderia seu fundamento, pois não estariam voltadas à proteção da pessoa, pelo contrário, surgiriam apenas como óbice a sua realização pessoal. E ainda que não se tenha a fidelidade a um único parceiro (regra do art. 1566, I aplicável ao casamento), mantém-se substancialmente o dever de lealdade entre os membros (regra do art. 1724 para a união estável).

Portanto, parece ser a boa-fé um importante parâmetro para a análise da conformidade dessas situações jurídicas ao ordenamento brasileiro. E não apenas a boa-fé numa ótica interna, mas também externa, ou seja, perante a sociedade, atendendo ao requisito da publicidade exigido na união estável. Particularmente nesse ponto, não há como deixar de reconhecer que atos visando o registro ou reconhecimento das relações são demonstrativos de boa-fé e atuam no sentido de concretizar outro princípio de suma relevância: a segurança jurídica.

Conforme já sustentado, a análise das normas do Código Civil que derivam do princípio da monogamia sugere que, mais do que a proteção da exclusividade afetiva entre os cônjuges e companheiros, elas visam atender à pessoa e seus interesses, partindo da boa-fé e segurança jurídica para que não haja violação de direitos.

Aliás, da boa-fé e segurança jurídica parece derivar a tipificação no Código Penal do já mencionado crime de bigamia⁴⁴. O que conduz a essa hipótese é a ausência de um tipo penal para a mera existência de uma relação extraconjugal (ou mesmo a constituição de outra união estável), mas tão somente o duplo registro, público e solene perante o Estado, de outro casamento. Ademais, o dispositivo penal prevê que mesmo aquele que não é casado e contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, também é punido. Tem-se, nesse caso, uma violação da boa-fé e da segurança jurídica, próxima a uma fraude à ordem

⁴⁴Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
Pena - reclusão, de dois a seis anos.

social, aos registros públicos, à presunção de veracidade relativa aos estados civis das pessoas, que pode trazer danos a terceiros. Nos demais casos, havendo relações conjugais simultâneas o que será tutelado é o patrimônio do cônjuge ou companheiro, que não poderá ser atingido pela conduta desleal da outra parte que agiu com quebra da confiança.

A segurança jurídica e patrimonial é tão relevante que Moreira (2016) demonstra a partir de jurisprudência do STF e STJ, que os Tribunais Superiores têm se filiado ao posicionamento de negar reconhecimento a uniões paralelas ou simultâneas por considerarem ser possível apenas a existência de uma única família legítima. Com efeito, o principal fundamento das decisões é a segurança jurídica e a proteção de direitos. Contudo, o autor também apresenta precedentes favoráveis ao reconhecimento (em especial no Tribunal de Justiça gaúcho) quando presente a boa-fé na relação dita concubinária. Tais situações, apesar de distintas da união poliafetiva, trazem importantes elementos para a presente pesquisa, pois corroboram com a análise empreendida até aqui sobre os princípios da boa-fé e da segurança jurídica e a perspectiva de proteção aos direitos de terceiros.

Assim, quando se verifica a boa-fé como pano de fundo e a proteção do patrimônio dos envolvidos, remete-se novamente à tese de Engels (1984) sobre a origem da monogamia e sua relação com a preservação da propriedade. E se assim o for, a invocação da monogamia a partir dos mencionados dispositivos do Código Civil apenas pode se dar para a proteção da pessoa em seus múltiplos interesses, dentre eles, o patrimonial. Não pode a monogamia ser usada como simples argumento impeditivo da configuração de entidades familiares cujas relações afetivas não estejam organizadas sob a forma desse princípio.

Havendo consentimento entre os envolvidos quanto a um modelo conjugal diverso e sendo essa relação pautada pela licitude e boa-fé, não pode ser negado seu reconhecimento sob o fundamento de defesa da monogamia em si. Entendimento em sentido oposto representaria uma negação da matriz principiológica do próprio Código Civil pautado na boa-fé, bem como daquela trazida pela Constituição Federal de 1988 em que a pessoa é alçada ao centro do sistema jurídico. A eleição do formato conjugal e familiar que melhor atenda aos anseios do indivíduo é uma forma de realização de sua dignidade.

5 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

Talvez nenhum outro ramo do Direito tem sido tão sensível às modificações sociais quanto o Direito de Família. Diferentes configurações têm demandado proteção jurídica e não mais se fala em “família” (fruto exclusivo do matrimônio), mas “famílias”, demonstrando o reconhecimento da multiplicidade.

Como visto, se na vigência do Código Civil de 1916 apenas o casamento era meio apto para constituir família, com a Constituição Federal de 1988 a família é alçada a pilar da sociedade brasileira, com previsão de especial proteção estatal e o rol de entidades é ampliado. O antes chamado “concubinato puro” (união duradoura, constituindo uma família de fato, não adulterina) (AZEVEDO, 2004) recebe a denominação de “união estável” e também a família monoparental (constituída por um dos pais e seus filhos) passa a ser reconhecida expressamente como família.

Diante disso, surge o debate sobre a natureza do rol de entidades do art. 226, se exemplificativo ou taxativo, mas a mais importante questão é o que caracteriza uma família para o ordenamento jurídico brasileiro.

E, nesse sentido, doutrina e jurisprudência têm avançado para além dos tipos previstos na norma legislada. De acordo com Farias e Rosendal (2009), o conceito de família é plural e indeterminado, havendo uma verdadeira “cláusula geral de inclusão”. Para os autores, o rol apresentado nos parágrafos do art. 226 do texto constitucional teria natureza não taxativa, devendo sobressair a função social desempenhada pela família, esta sim merecedora de proteção legal, e não um elenco de formatos possíveis.

Na mesma linha, Lôbo (2002) ensina que não é sobre a família em si que recai a proteção constitucional e sim sobre esse *locus* de realização subjetiva do indivíduo, tutelado pela Constituição Federal a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que pressupõe liberdade de escolha no campo existencial. Dessa forma, pode-se dizer que a Lei Maior não traz requisitos para a configuração da família, mas dispõe sobre a sua proteção. Não sem razão, tem sido desenvolvida a concepção de família-instrumento em substituição à família-instituição (OLIVEIRA, 2017).

Nessa perspectiva, para além da entidade familiar decorrente do casamento, da união estável e a monoparental (do art. 226 da Constituição), outras configurações têm sido reconhecidas, ampliando o rol inicialmente previsto bem como o próprio conceito de família, a exemplo da homoafetiva, anaparental⁴⁵, pluriparental⁴⁶, unipessoal⁴⁷.

Nota-se que as novas categorias, ainda que não se encaixem nos tipos legais, têm como legitimadores o afeto e o *animus* de constituir família, elementos que unem os membros em torno do sentimento de pertencimento a esse grupo social especial. Não por acaso é amplamente apontado pela doutrina o princípio da afetividade que rege as entidades familiares e o Direito de Família⁴⁸. Presente o afeto, o *animus* e sendo uma situação regida pela boa-fé seria possível falar de um direito subjetivo de constituir família, como analisado no item 3.3.

No que tange à família resultante de relações convivenciais serão apresentados, a seguir, os requisitos exigidos no Código Civil para a união estável. Tais elementos são importantes, pois, conforme apresentado, a união estável antes de ser reconhecida como entidade familiar na Constituição Federal de 1988 era representativa de uma união apenas de fato. Ou seja, existia na realidade, mas não recebia status de família. Portanto, a análise desses elementos indica o que deve estar presente para se configurar juridicamente uma família proveniente dessas relações.

5.1 Elementos para reconhecimento da união estável

O Código Civil traz em seu art. 1.723 os requisitos exigidos para a configuração da união estável: convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família (*animus*).

⁴⁵Relação que possui vínculo de parentesco, mas não possui vínculo de ascendência e descendência, a exemplo de dois irmãos que convivem juntos.

⁴⁶Relação que surge do desfazimento de vínculos familiares anteriores e criação de novos vínculos, a exemplo de um casamento ou união estável do qual houve descendentes de um ou ambos os membros que passam a conviver juntos.

⁴⁷Formada por apenas um indivíduo. É reconhecida, especialmente através do instituto do bem de família, nos termos da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

⁴⁸Por todos: Azevedo (2016), que aborda o papel do afeto como vetor para entendimentos contemporâneos no Direito de Família, incluindo paternidade socioafetiva e indenização por abandono afetivo.

Analisando cada um desses requisitos, percebe-se de antemão a exigência de que a relação seja revestida de “publicidade”, ou seja, que seja notória aos olhos da sociedade. Conforme alerta Farias e Rosendal (2009), esse aspecto está mais ligado ao campo probatório da existência da relação convivencial do que propriamente a um elemento caracterizador. Complementando essa afirmação, acredita-se que a publicidade também está relacionada à perspectiva de boa-fé entre os membros, no sentido de uma relação que não ocorre “às escondidas”.

Avançando nos requisitos do art. 1.723, a relação deve ser “contínua”, apresentando certa estabilidade. Isso significa não haver interrupções temporais significativas que comprometam a convivência, o compartilhamento de vida. Associada à ideia de estabilidade, o dispositivo prevê também que a relação seja “duradoura” e que, portanto, desenvolva-se em certo período no tempo (apesar de não haver definição de tempo mínimo).

Por fim, e talvez o mais importante, deve ter “objetivo de constituir família”. Trata-se do *animus* que pressupõe o afeto entre os envolvidos, mas qualifica a relação a partir de um requisito finalístico que a distingue, por exemplo, de um namoro.

Presentes esses elementos, configurada está uma união estável. A análise desses requisitos, como já mencionado, é relevante tendo em vista que a união estável se impôs enquanto entidade familiar a partir da constatação de sua existência fática, independente de prévia previsão legal. Em outras palavras, os requisitos fixados posteriormente na lei civil apenas transportaram para o mundo jurídico o que já ocorria na realidade, quando um casal, a despeito de não celebrar o casamento, opta por viver como se casado fosse, configurando uma família não menos importante do que aquela oriunda do vínculo matrimonial. Isso é importante porque o que se verificou foi um caminho inverso: a realidade moldou o Direito, e não o contrário. Esse fenômeno tem sido observado quando do alargamento do rol de entidades familiares a fim de incorporar formatos não previstos, mas que se apresentam inexoravelmente na ordem social como “família”.

A partir disso, entende-se que esses mesmos elementos podem ser utilizados para a análise da conformação jurídica da união poliafetiva enquanto entidade familiar, uma vez que o conceito adotado nesta pesquisa representa uma “união estável de mais de duas pessoas”, conforme será exposto a seguir.

5.2 União poliafetiva: delimitação conceitual

Na atualidade, uma configuração familiar tem buscado reconhecimento: a união poliafetiva. Como dito acima, para fins deste estudo, adota-se essa terminologia com um recorte semântico específico: uma relação convivencial envolvendo mais de duas pessoas e que apresente os elementos apontados como essenciais à configuração de uma união estável: publicidade, estabilidade, afeto e *animus* de constituir família.

Não obstante esse enfoque, cabe pontuar, ainda que brevemente, a existência de diferentes concepções e formatos que poderiam ser agrupados na categoria “poliamor”, assim considerado, utilizando-se da definição de Cardoso (2010; 2017), como uma relação “não-monogâmica responsável” (consensual). Nesse sentido, a união poliafetiva seria uma espécie do gênero poliamor.

Segundo Cardoso (2010; 2017), o próprio surgimento da palavra “poliamor” na década de 90 é marcado pela diversidade de entendimentos, aparecendo em dois contextos distintos. Um de conotação espiritual e religiosa no âmbito da Igreja de Todos os Mundos (um grupo neo-pagão) que primeiramente utilizou a palavra *polyamorous* e, posteriormente, *polyamory* para se referir às pessoas que tivessem ou quisessem ter relações com mais de uma pessoa simultaneamente. A segunda vertente, como afirma o autor, seria menos transcendentalista, tendo surgido a partir de um grupo na internet voltado a debater sobre as relações não monogâmicas consensuais, quando a palavra *polyamory* teria sido empregada para substituir relações não-monogâmicas. Entendia-se não ser adequado usar uma palavra negativa (não-monogâmico) para transmitir uma ideia que deveria ter seu próprio campo de significação (CARDOSO, 2010; 2017).

Ilustrando as múltiplas possibilidades de configurações poliamorosas, Pilão e Goldenberg (2012) identificam ao menos três formatos: quando todos os envolvidos se relacionam entre si (“casamento em grupo”), quando cada um tem um relacionamento poliamorista distinto dos parceiros (e, nesse caso, os namorados de um não se relacionam entre si), ou quando um dos integrantes é poliamorista e o outro não (relação mono/poli). Tais modelos, ainda podem se subdividir em “aberto”

ou “fechado”, o que significa a exigência ou não de fidelidade entre os envolvidos (PILÃO; GOLDENBERG, 2012).

Feitas tais considerações e retomando o formato poliamoroso objeto deste trabalho, a união poliafetiva, nota-se que ele preenche todos os requisitos exigidos para a união estável, com a exceção de não se tratar de um casal, mas de mais de duas pessoas. Isso porque, como delimitado, adota-se a denominação “união poliafetiva” para se referir a uma relação convivencial entre mais de duas pessoas, de modo “fechado”, que apresente os elementos da publicidade, estabilidade, afeto e *animus* de constituir família. A diversidade de sexo não interfere no enquadramento, bem como é irrelevante se o relacionamento se dá entre todos (“casamento em grupo”) ou não.

Preenchidos os requisitos de uma união estável, seu reconhecimento encontraria óbice no número de parceiros e, portanto, no já analisado princípio da monogamia. Contudo, como exposto, apesar de considerar a monogamia um princípio, não se trata de norma absoluta. Diante do entendimento de que visa a proteger os interesses da pessoa, pessoais e patrimoniais, o princípio pode ser eventualmente afastado caso assim optem os envolvidos.

Se é verdade que a monogamia é um princípio no qual a união poliafetiva encontraria obstáculo, em outros princípios repousaria sua validade: igualdade, autonomia, pluralismo, como princípios autônomos e conteúdos da dignidade da pessoa humana, conforme analisado no item 3.2.1. Como também afirmado (item 3.3), é possível dizer de um direito subjetivo de constituir família a partir da especial proteção conferida pela Constituição Federal à família e o reconhecimento de ser ela entidade eletiva, voltada à formação da identidade e à realização existencial. Assim, atendendo a princípios e direitos fundamentais, a família atua na concretização da dignidade da pessoa humana.

5.2.1 Tentativas de reconhecimento de união poliafetiva: o caso CNJ

Reflexo de algumas tentativas de reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar foi a lavratura de escrituras públicas declaratórias em cartórios nos

Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, que tomaram repercussão após a veiculação na imprensa⁴⁹.

Conforme informa Amâncio (2016), até 2016 haviam sido lavradas ao menos dez escrituras nesses Estados⁵⁰. Porém, esse movimento aparentemente inaugurado em 2012⁵¹, recebeu um forte golpe em 2016: após representação ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) da Associação de Direito da Família e das Sucessões (ADFAS) requerendo cautelarmente a vedação de tais atos foi publicada uma recomendação aos cartórios para que fosse suspenso o registro de novos documentos. De acordo com o CNJ, até então se tratava de uma sugestão aos tabelionatos até que o órgão julgasse o Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000⁵² e fossem discutidas as implicações legais, notadamente no Direito de Família, Sucessório e Previdenciário.

Em junho de 2018, houve o julgamento final com a procedência do Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000 por maioria no Plenário do órgão, com a proibição do registro de escrituras públicas de união poliafetiva pelos cartórios nacionais⁵³. Segundo a maioria dos conselheiros, o documento atesta um ato de fé pública e implicaria o reconhecimento de direitos garantidos a casais ligados por casamento ou união estável.

No referido Pedido de Providências, a requerente ADFAS sustentou a inconstitucionalidade das escrituras públicas por violação dos princípios familiares básicos, das regras constitucionais sobre família, da dignidade da pessoa humana, das leis civis, e da moral e dos costumes brasileiros. Alegou ainda não haver lacuna quanto à matéria uma vez que a Constituição Federal seria expressa ao limitar a união estável a duas pessoas.

⁴⁹As reportagens relatam a lavratura de escrituras públicas de união poliafetiva em cartórios de notas de Tupã/SP e Rio de Janeiro/RJ. A respeito: Amâncio (2016).

⁵⁰Reportagens relatam a lavratura de pelo menos dez escrituras públicas de união poliafetiva em cartórios de notas de Tupã/SP e Rio de Janeiro/RJ, sendo a primeira em 2012.

⁵¹Reportagens relatam a relação entre um homem e duas mulheres que viviam juntos há três anos e que oficializaram a união através de uma escritura pública de união estável em cartório de notas de Tupã/SP. A respeito: 'ESTAMOS documentando o que sempre existiu', diz tabeliã que uniu três (2012), UNIÃO estável entre três pessoas é oficializada em cartório de tupã, SP (2012).

⁵²O Pedido de Providências foi distribuído em 04/04/16 tendo como órgão julgador a Corregedoria que fiscaliza a atuação dos cartórios no país, constando no polo passivo dois tabelionatos de notas do Estado de São Paulo: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente e Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos de Tupã.

⁵³O Pedido de Providências teve seu julgamento iniciado em 25/04/18, mas foi interrompido por pedido de vista. Em 26/06/18 foi julgado procedente por maioria no Plenário do CNJ.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) se manifestou pela improcedência do pedido⁵⁴, alegando não haver rol taxativo de entidades familiares. Ponderou que o Estado laico é condição da democracia (que pressupõe a pluralidade), e que, portanto, haveria múltiplas formas de se constituir família, dentre elas, a poliafetiva. Defendeu ainda que a monogamia é regra ou princípio moral - e não jurídico - e o que caracteriza a família não é seu enquadramento em um modelo legal, mas sua função constitucional. Assim, o não reconhecimento afrontaria os princípios da igualdade, liberdade, não intervenção do Estado na vida privada, não hierarquia entre as formas de família e pluralidade das formas constituídas de família.

O Colégio Notarial do Brasil através do Conselho Federal – CNB/CF também argumentou no sentido da proteção constitucional da família e da evolução histórica do instituto⁵⁵. Defendeu que a atividade notarial se limita à qualificação das partes para o registro da declaração de vontade e consequentes contornos jurídicos. Alegou que, no caso das uniões poliafetivas, o notário deve alertar as partes para a ausência de regulamentação legal e possibilidade de apreciação judicial no futuro, mas não pode impedir a manifestação de vontade, pois violaria a autonomia privada. E, por fim, sustentou que as escrituras públicas declaratórias de vínculos poliafetivos formam prova qualificada pela presunção relativa de autenticidade e veracidade, não havendo razão para a proibição da lavratura.

Em análise do acórdão do Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000, verifica-se que apesar da proibição ter sido decidida por maioria, a votação foi acirrada: oito votos pela procedência, cinco votos de divergência parcial para ser possível registrar a convivência de três ou mais pessoas por coabitação sem, no entanto, configurar união estável ou família, e um voto pela improcedência do pedido (ou seja, para permitir a lavratura de escrituras públicas de união poliafetiva).

Os votos pela procedência seguiram o relator João Otávio de Noronha que argumentou que a união poliafetiva consistente num relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas é reprimida pelo direito, logo não pode ser

⁵⁴O IBDFAM atuou no Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000 na condição de *amicus curiae*.

⁵⁵O Colégio Notarial do Brasil, assim como o IBDFAM, também atuou no Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000 na condição de *amicus curiae*.

objeto de escritura pública declaratória. Alegou que a Constituição Federal protege a família legalmente constituída e que a união poliafetiva está fora da regulamentação, caracterizando, em tese, ato ilícito que pode eventualmente configurar bigamia ou poligamia. Afirmou, ainda, que a sociedade é quem primeiro sinaliza o surgimento de novas formas de família, mas que a união poliafetiva é tema praticamente ausente na vida dos brasileiros, o que evidencia, em seu entendimento, que ela não foi incorporada socialmente, inabilitando seu reconhecimento. Ademais, sustentou que a união poliafetiva tem difícil conceituação e haveria dificuldade de aplicação analógica das regras que regulam as relações monogâmicas - tal como ocorreu com a união homoafetiva - às uniões poliafetivas. O relator concluiu em seu voto que a monogamia é estrutural na família, tendo sido incorporada ao ordenamento, de forma que os tribunais refutam o paralelismo afetivo. Sendo assim, a autonomia das partes não é ilimitada e não pode versar sobre a matéria. Por fim, ponderou que, futuramente, caso haja amadurecimento da ideia e a união poliafetiva venha a ser reconhecida como entidade familiar, poderá ser disciplinada por lei, o que nada impede que até então aqueles que desejam viver uma relação poliafetiva o façam, ainda que não sejam atribuídos os efeitos jurídicos do Direito de Família.

A divergência parcial foi aberta pelo conselheiro Aloysio Correa da Veiga que defendeu a possibilidade da escritura pública reconhecendo a existência de sociedade de fato para fins patrimoniais, impedindo, todavia, a equiparação com a união estável por inexistência de amparo legal.

No voto divergente, o conselheiro Luciano Frota fundamentou o pedido de improcedência na não taxatividade do rol do art. 226 da Constituição Federal. Segundo ele, o direito deve acompanhar a dinâmica das transformações sociais e que a especial proteção da família deve ser direcionada às pessoas que a integram - e não às formas e às estruturas tradicionais -, tendo como norte a autonomia e a dignidade humana. O conselheiro utilizou como paradigma o julgamento da ADI 4277-DF no STF em 2011 em que foi reconhecida a união homoafetiva, alegando que apesar de a Corte não ter abordado a união poliafetiva, trouxe nos fundamentos o caminho hermenêutico para sua viabilidade jurídica, qual seja, de que os vínculos jurídicos que constituem a família se dão pela afetividade, estabilidade e continuidade.

Apesar do posicionamento do relator de que o CNJ tem competência administrativa (e não jurisdicional) e que, portanto, a decisão não tem o condão de discutir a possibilidade ou não da união poliafetiva, tão somente de normatizar os atos cartorários em consonância com a legislação, entende-se que ela representou um retrocesso.

Tal como a união estável, a união poliafetiva não se constitui por escritura pública ou contrato particular, ela é um fato. Estas uniões existem faticamente, haja vista os casos levados a registro, e os envolvidos têm direito de declarar previamente sua vontade para que possam reger seus interesses privados da forma como julgarem mais adequado, sem que tenham que aguardar manifestações do Legislativo ou do Judiciário.

E isso não se limita à ideia de equiparar a união poliafetiva a uma sociedade de fato. Não se trata de pessoas organizadas com o objetivo patrimonial (econômico) e sim de uma relação familiar (existencial), com repercussões no patrimônio dos envolvidos. Esse entendimento remonta ao ocorrido com a união estável antes de seu reconhecimento como entidade familiar na Constituição Federal de 1988, em que se investigava a existência de sociedade de fato para cabimento da dissolução com partilha de bens⁵⁶. Não bastava a comprovação da relação concubinária, mas também o esforço comum na formação do patrimônio (AZEVEDO, 2004).

Entende-se que, diferentemente do que decidiu o CNJ, não apenas é importante permitir a lavratura como recomendável que aqueles que buscam maior segurança jurídica o façam através da formalização. Dessa forma, os documentos podem ter importante papel em esclarecer o prévio consentimento dos envolvidos em relação àquele formato familiar, bem como a situação dos bens.

A questão patrimonial além de fonte de preocupação é também objeto frequente de acionamento do Judiciário, por exemplo, em demandas envolvendo o reconhecimento de uniões estáveis. Assim, os documentos declaratórios poderiam contribuir para a solução desses impasses e diminuir o custo para os envolvidos e para a sociedade.

⁵⁶Caso da já mencionada Súmula 380 do STF: comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Nesse sentido, apresenta-se a seguir uma breve análise da função dos contratos no Direito de Família que versam sobre o planejamento patrimonial nas relações conjugais e convivenciais.

5.3 Contratos no Direito de Família: a disposição patrimonial

Os contratos no Direito de Família atinentes à constituição das sociedades conjugais e convivenciais podem ser analisados sob o prisma da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) e envolvem a tomada de decisões e o planejamento patrimonial através de pactos antenupciais (casamento) e contratos de convivência (união estável).

Em obra sobre o tema, Ferreira (2015) indica que talvez soe inusitada a abordagem de natureza econômica a institutos do Direito de Família, porém, o casamento é tratado pela maioria da doutrina como um contrato, ainda que *sui generis* (específico do Direito de Família)⁵⁷. A autora aponta como principal argumento a autonomia dos sujeitos que, por acordo de vontade, estabelecem a sociedade conjugal - ainda que haja normas regulamentadoras impostas pelo ordenamento. Apesar de se referir ao casamento, ela sustenta que o mesmo se dá na união estável que se distingue do matrimônio apenas pela ausência de formalidade para sua constituição.

Aplicando os pressupostos da economia, Ferreira (2015) indica o casamento como fruto de uma escolha racional dos indivíduos que buscam a maximização do bem-estar num mercado de recursos escassos. A escolha de determinado parceiro no “mercado”, segundo ela, leva em conta a opção que melhor atenda seus desejos e interesses, que maximize sua “utilidade”, entendida aqui como satisfação (aspectos materiais e imateriais). E mais, a escolha com melhor relação entre custos e benefícios.

No que tange à “maximização de utilidade”, Ferreira (2015) aponta que a constituição da família pode ser associada a benefícios como cuidados mútuos, prole, divisão de tarefas, patrimônio, dentre outros. Quanto aos custos, pode-se falar

⁵⁷Segundo Ferreira (2015, p. 29) há três correntes principais acerca da natureza do casamento: instituição, contrato ou figura híbrida (ora instituição ora contrato). Os fundamentos dessas distinções estão em considerá-lo como “ato formador de uma família” ou “estado decorrente deste ato”.

do valor gasto com o ato em si e os “custos de oportunidade” quando se renuncia a eventuais benefícios de se manter solteiro (BRYANT *apud* FERREIRA, 2015).

A constituição de sociedade conjugal gera efeitos pessoais e patrimoniais. Quanto aos patrimoniais, objeto de maior interesse neste item, tratam-se dos efeitos econômicos que atingem não apenas os cônjuges, mas também repercutem na sociedade, podendo atingir terceiros. Daí a importância, segundo Ferreira (2015), de se estabelecer um regime de bens.

Conforme preceitua Chaves e Rosenvald (2009), o regime de bens é o “estatuto patrimonial do casamento” no qual constam as regras que irão reger a gestão e partilha dos bens. A possibilidade de escolha do regime tem em vista o princípio da autonomia, salvo as hipóteses legais em que se impõe a separação de bens. Essa escolha também é uma faculdade na união estável mediante declaração no contrato de convivência. Em ambos, não havendo eleição de um regime será aplicada a regra legal da comunhão parcial.

Não é objetivo da análise aqui proposta explorar as diferentes modalidades de regimes de bens e seus respectivos efeitos, mas discuti-los enquanto instrumento de planejamento patrimonial pelas partes. Nesse sentido, Ferreira (2015) destaca, inclusive, a possibilidade de adoção de regimes híbridos ou mesmo a elaboração de modelos personalizados. No primeiro caso, tem-se a conjugação de regras oriundas de mais de um dos regimes legalmente previstos, como, por exemplo, regimes prevendo que aos bens imóveis será aplicada a separação de bens e aos móveis a comunhão parcial (FERREIRA, 2015). Já no caso de regime personalizado, a autora cita a comunicação gradativa de modo a consignar, por exemplo, que nos primeiros anos será aplicada a separação e, após determinado período, a comunhão parcial.

Assim, ressalvados os direitos de terceiros, é dado às partes a liberdade de escolha de como irão gerir seu patrimônio com a constituição da família. Além disso, o pacto antenupcial ou o contrato de convivência pode antecipar posturas e interesses das partes, reduzindo, segundo Ferreira (2015), os problemas relacionados ao que na teoria econômica se denomina de assimetria de informação (desigualdade ou falta de informação entre as partes).

A eleição de determinado regime, pela ótica econômica, se dá como resultado de uma tomada de decisão racional pelos indivíduos, após levar em consideração diversos fatores (FERREIRA, 2015). Desse modo, o pacto antenupcial ou o contrato

de convivência pode reduzir os custos diante de eventual dissolução da sociedade e contribuir para uma maior eficiência, tendo em vista que a mera aplicação de regras legais, pode não produzir efeitos coerentes com a alocação de recursos pelas partes, gerando conflitos e prejuízos (FERREIRA, 2015).

Diante disso, entende-se que também no caso da união poliafetiva a formalização através de escrituras públicas ou contratos registrados, ainda que meramente declaratórios, é importante instrumento para oficializar uma união de fato, conferindo publicidade, trazendo balizas sobre aspectos patrimoniais por vontade das partes, no exercício de sua autonomia, e ajudando a solucionar eventuais conflitos. Aliás, segundo relatos nas reportagens analisadas sobre casos levados a registro, um dos motivos que levaram à formalização dessas relações (muitas já consolidadas há anos) seria questões de cunho patrimonial, não apenas sucessório, mas também para inclusão em plano de saúde, benefício previdenciário, etc⁵⁸.

Portanto, é legítima a preocupação de definir previamente o regime de bens, já que, uma vez reconhecida e não havendo disposição a respeito, será aplicado o regime legal da comunhão parcial⁵⁹, que pode não ser o pretendido pelas partes. Nesse sentido, mais uma vez, ressalvado o interesse de terceiros, não pode ser negada a oportunidade das pessoas gerirem suas vidas em um campo em que são as únicas titulares e destinatárias dos direitos. E, evidentemente, esses documentos têm limites que serão analisados oportunamente pelo Judiciário, especialmente no tocante a outros efeitos, tais como filiação, parentesco, alimentos e demais desdobramentos jurídicos possíveis.

Discutidas essas tentativas de formalização da união poliafetiva pela via extrajudicial, à semelhança da união estável, será abordada a seguir a possibilidade de reconhecimento judicial a partir de interpretação constitucional, no âmbito da atuação contramajoritária.

⁵⁸Por todos: Amâncio (2016).

⁵⁹Conforme dispõe o art. 1.725 do Código Civil: Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

6 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme analisado no capítulo 2, sob o paradigma do pós-positivismo jurídico desenvolveu-se uma atividade hermenêutica que propõe a ampliação do papel do juiz na atuação jurisdicional, em especial a partir da aplicação de princípios. No campo constitucional, isso foi reforçado pelo movimento neoconstitucionalista. Para tanto, foi preciso superar a perspectiva da mera subsunção de regras, com a afirmação da normatividade e coexistência dos princípios no sistema jurídico.

Apesar da distinção não hierárquica entre ambas as espécies de norma, o entendimento de que os princípios fornecem diretrizes valorativas, permite que sejam importantes ferramentas na interpretação. Contudo, dessa forma de atuação resultam críticas, pois ao aplicar o conteúdo abstrato dos princípios no caso concreto, confere-se uma margem de subjetividade ao juiz.

Falar de uma atuação “criativa” no Direito pelo Judiciário remete à questão da separação dos Poderes, pois a legitimidade das normas jurídicas numa democracia depende da participação popular, ainda que através de seus representantes eleitos. Considerando que os juízes não preenchem tais requisitos e ao Judiciário cabe a função típica de aplicação das normas editadas pelo Legislativo, haveria um déficit democrático.

Apesar de alguns autores defenderem técnicas para superar esse problema e reconduzir determinada decisão ao ordenamento jurídico⁶⁰, a questão principal permanece, pois se a fundamentação remeter a conteúdos abstratos preenchidos de forma subjetiva pelo juiz (princípios e cláusulas abertas), como dizer se a decisão possui ou não respaldo jurídico? Daí o porquê de nesta pesquisa ter sido destacada a importância da metodologia para aplicação dos princípios.

Portanto, o desdobramento do paradigma pós-positivista na hermenêutica jurídica pode conduzir a uma situação de conflito com o próprio ideal do Estado Democrático de Direito. Essa discussão é travada de forma ainda mais incisiva no âmbito do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, o que os teóricos chamam de atuação contramajoritária, que será explorada a seguir.

⁶⁰Como apresentado no item 2.4, a exemplo de Barroso (2005) que indica o princípio instrumental da razoabilidade.

6.1 A dificuldade contramajoritária

Em determinados países, é função do Judiciário analisar a conformidade de atos e normas em relação à Constituição exercendo “controle de constitucionalidade”. Disso surge a expressão “dificuldade contramajoritária” para designar o problema apontado por alguns autores de juízes que não são eleitos democraticamente invalidarem normas elaboradas pelo Parlamento, representante do povo.

A expressão “dificuldade contramajoritária” foi inicialmente colocada por Alexander Bickel ao apontar as implicações desse controle judicial sobre atos normativos, afirmando que o “[...] *judicial review* é um instituto desviante na democracia norte-americana” (BICKEL *apud* WALDRON, 2010, p. 94).

Waldron (2010) afirma que embora possa haver falhas nos processos legislativos - o que por vezes é classificado de “tirania da maioria” -, ainda sim a invalidação pelo Judiciário não é apropriada em sociedades democráticas. Segundo ele, mesmo em temas polêmicos, a decisão deve caber ao Parlamento, sendo debatida e deliberada pelos representantes do povo, tal como ocorre nos países que não adotam o *judicial review*, a exemplo da Grã-Bretanha⁶¹. O autor sustenta que nos Estados Unidos (e países que realizam o *judicial review* nos mesmos moldes), não se tem segurança que os atos aprovados em processos legislativos irão prevalecer, pois “Se alguém que discorda da resolução legislativa decidir levar a questão a juízo, o ponto de vista que prevalecerá em última instância será aquele dos juízes.” (WALDRON, 2010, p. 95).

Dessa forma, para Waldron (2010), a democracia deve ser vivenciada pelos cidadãos por meio do direito de participação e a deliberação levada a efeito por representantes eleitos ainda é muito mais significativa do ponto de vista democrático do que a decisão judicial sobre direitos. Portanto, ele concentra suas críticas em dois pontos: o fato de este modelo não fornecer meios claros para a sociedade abordar um tema quando há divergência sobre direitos e o déficit de legitimidade

⁶¹O autor cita debates no Parlamento envolvendo a liberalização do aborto, a legalização da conduta homossexual e abolição da pena de morte em que houve ampla deliberação pública, afastando a afirmação de incapacidade do Legislativo de tratar tais assuntos bem como a das majorias reconhecerem direitos de grupos minoritários (WALDRON, 2010).

democrática, pois entrega decisões a juízes não eleitos e irresponsáveis politicamente.

Waldron (2010) parte de quatro pressupostos para defender o porquê de o *judicial review* nos moldes norte-americanos (controle difuso) não é apropriado. Primeiro, pressupõe a existência de um Legislativo eleito democraticamente em razoável condição de funcionamento; segundo, presume instituições judiciais não representativas também funcionando adequadamente na execução de sua função típica; terceiro, supõe que a maioria da sociedade e autoridades esteja comprometida com os direitos individuais e de minorias; por fim, considera a existência de divergência substancial quanto aos direitos e seus conteúdos dentre aqueles que se comprometem com a ideia de direitos. Confirmando essas circunstâncias, o *judicial review* não se sustenta (WALDRON, 2010).

Waldron (2010) discute a chamada “tirania da maioria” como argumento utilizado para justificar a intervenção judicial. Para ele, se for considerada tirânica a discordância sobre direitos e sua negação a alguém, então ela seria praticamente inevitável, pois todas as instituições - incluindo os tribunais - são passíveis de agir de forma tirânica. O autor sustenta que para ser caracterizada a tirania nesses casos, não basta dizer que uma minoria foi vencida numa deliberação sobre direitos, mas que a decisão foi errada em relação aos direitos e que os afetados foram negativamente impactados.

Segundo Waldron (2010), o alinhamento entre minorias tópicas (grupos cujos direitos estão em jogo) e minorias decisórias não deveria existir se observados os quatro pressupostos destacados inicialmente por ele. Isso porque seu pressuposto número três é de que a maioria das pessoas se importa com os direitos, ou seja, leva-os em consideração tanto quanto os demais direitos em discussão. E o pressuposto quatro é de que a discordância não seja motivada por “interesses egoístas”, mas pela complexidade envolvida na questão. Assim, o autor afirma ser a “tirania da maioria” possível, mas não reduzida a casos em que uma dada posição não prevaleceu e sim quando as pessoas se importam pouco com direitos que não são os seus (quando maiorias tópicas estão alinhadas com maiorias decisórias).

Esse ponto consiste em um dos principais argumentos invocados a favor do *judicial review*, pois se os direitos das pessoas não são respeitados no processo deliberativo político haveria tirania - e ainda que presente uma decisão por maioria,

ela não seria legítima democraticamente⁶². Todavia, a resposta de Waldron (2010) é que qualquer regra de tomada de decisão padece do problema de, ao final, apresentar seu próprio ponto de vista. Para o autor, a oposição ao *judicial review* numa democracia se baseia no fato de que há divergência sobre direitos na sociedade, o que não significa, necessariamente, disfuncionalidade em seu processo legislativo. As discordâncias devem ser resolvidas através de procedimentos deliberativos com participação popular (WALDRON, 2010).

Griffin (2010) comenta a “nova teoria do *judicial review*” com as contribuições de Cass Sunstein e Mark Tushnet que avançam nessa discussão e propõem novos modelos de controle que possam ser justificados em contextos democráticos.

Segundo Griffin (2010), essa mudança foi condicionada por um novo ambiente no qual a Suprema Corte norte-americana tem recuado em sua atuação como defensora de direitos, especialmente de minorias. De acordo com ele, na medida em que a Corte se mostra mais distante da discussão e defesa de direitos constitucionais, o Legislativo tem assumido este papel. Esse fenômeno, como destaca o autor, traz importantes implicações para o *judicial review*, pois suas tradicionais justificativas giram em torno da ideia de que ele amplia o processo político a indivíduos excluídos ou protege direitos de grupos minoritários contra o preconceito.

Assim, essa “nova política” não vê o antagonismo Legislativo (majoritário/violador) e Judiciário (minoritário/garantidor), mas sim um campo de concorrência e cooperação entre as instituições em que nenhuma delas tem supremacia na defesa de direitos fundamentais (GRIFFIN, 2010).

Griffin (2010) indica que o minimalismo judicial de Sunstein capta esse momento político e oferece uma proposta alternativa entre o ativismo e a moderação judiciais ao sustentar que a Corte deva se abster de fazer largas (aplicação a outros casos) e profundas (nível de discussão conceitual) considerações de princípios em suas decisões. Segundo ele, para o minimalismo é possível a invalidação de normas inconstitucionais pelos tribunais, mas algumas questões devem ficar em aberto e esses “espaços em branco” ser deixados para a deliberação política.

Já Tushnet (*apud* GRIFFIN, 2010) repensa o *judicial review* a partir de uma perspectiva em que os pareceres constitucionais não sejam exclusividade dos

⁶²Por todos: Dworkin (2006).

tribunais. A ideia de “Constituição fina” de Tushnet representaria os princípios consignados na Declaração de Independência e no preâmbulo da Constituição interpretados também por instituições populares, a exemplo do Congresso (GRIFFIN, 2010).

Dessa forma, o que Griffin (2010) sustenta é que Sunstein e Tushnet não debatem a “dificuldade contramajoritária” em si, apenas apontam não haver exclusividade por parte da Suprema Corte na definição de direitos constitucionais.

Após serem apresentados os principais argumentos e desenvolvimentos em torno da crítica ao *judicial review* através da dificuldade contramajoritária, serão abordados a seguir os posicionamentos favoráveis ao controle jurisdicional.

6.2 A democracia para além da premissa majoritária

Na defesa do controle judicial, Dworkin (2006) expõe um método de interpretação constitucional que denomina de “leitura moral”, que se justifica, segundo ele, pelo fato de a maioria das Constituições trazerem direitos individuais de forma ampla e abstrata para que sejam aplicados de acordo com “princípios morais”. Dworkin (2006) reconhece que a moralidade política é “incerta e controversa”, daí o porquê da necessidade de se definir quem deverá interpretá-la: no *judicial review* são os juízes.

Nesses termos, Ommati (2015) afirma que a leitura moral da Constituição não se confunde com moralização do Direito, tal como já apontado por alguns críticos⁶³, significa que o Direito seria um “compartimento da moral”. Segundo Ommati (2015), nem todas as normas do ordenamento possuem um fundo moral, mas as fundamentais sim, pois traduzem valores da comunidade, tais como igualdade e liberdade. Do mesmo modo, isso não implica que as decisões devam ser baseadas numa moralidade pessoal ou ainda de uma maioria, mas da “moral política da comunidade” (DWORKIN *apud* OMMATI, 2015).

Dworkin (2006) indica que a “leitura moral” não é novidade, ela explica, por exemplo, porque alguns juízes são considerados liberais e outros conservadores: porque eles têm diferentes compreensões acerca desses princípios morais abstratos

⁶³Ommati (2015) cita como exemplo Ingeborg Maus em sua obra “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na ‘sociedade órfã’” (2000).

da Constituição. Todavia, segundo ele, essa leitura não é defendida abertamente por ser considerada problemática e isso se deve a uma equivocada vinculação entre democracia e vontade da maioria.

Dworkin (2006) sustenta que a leitura moral se aplica a dispositivos constitucionais que carregam princípios abstratos nos quais se deve buscar não apenas a vontade do legislador, mas também observar a coerência com a Constituição e a jurisprudência na construção conjunta de uma “moralidade constitucional”. Essa perspectiva se traduz nos conceitos de “integridade” e de “romance em cadeia” apresentados por ele e que afastariam a discricionariedade.

A leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais – a melhor compreensão, por exemplo, de o que realmente significa a igualdade moral dos homens e das mulheres – que se encaixe no conjunto da história norte-americana. Não lhes pede que sigam os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua própria classe ou partido, caso esses ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico (DWORKIN, 2006, p. 16).

Ommati (2015) afirma que Dworkin a partir da ideia do Direito enquanto integridade trouxe valiosas contribuições na medida em que congregou as teorias jurídica, política e filosófico-moral. Assim, a noção de Dworkin de Direito como conceito interpretativo rompe com a perspectiva positivista, ao mesmo tempo em que demonstra ser equivocada a afirmação de que os juízes decidem de forma discricionária, pois eles estão vinculados aos princípios (OMMATI, 2015).

Nesse contexto, surge a figura de Dworkin do “juiz Hércules”⁶⁴, pois se exige conhecer profundamente o Direito e analisar todas as variáveis envolvidas no caso para se chegar a uma única decisão mais adequada e mais justa (OMMATI, 2015). Isso, contudo, não afasta a perspectiva da integridade, pois o juiz não pode desconsiderar os precedentes, devendo também contribuir para a interpretação do Direito como um texto escrito em etapas (romance em cadeia), num “projeto coletivo comum” (OMMATI, 2015).

Para que isso seja possível, a interpretação deve ser vista como uma atividade coletiva em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para melhorar o trabalho. Isso só é possível porque a Constituição está redigida em uma linguagem tremendamente abstrata, para ser

⁶⁴Dworkin traz a figura mitológica de Hércules para ilustrar o trabalho quase sobre-humano exigido do magistrado nesta tarefa.

atualizada em cada momento histórico específico. E é justamente isso que Dworkin chama de leitura moral da Constituição (OMMATI, 2015, p.47).

Segundo Dworkin (2006), as restrições impostas pela história e pela noção de integridade tornam exagerada a alegação de poder discricionário dos juízes, pois dizer que o Direito é uma questão de princípios (e, portanto, eminentemente interpretativo), não significa fugir ao ordenamento ou às decisões anteriores, pelo contrário, significa que a interpretação jurídica é construtiva e não criativa.

Para Dworkin (2006), essa discussão gira em torno da concepção do que é democracia, sendo a premissa majoritária um pressuposto de “resultado justo” no processo político, que não se confunde, porém, com a própria ideia de democracia.

Dworkin (2006) afirma que nos Estados Unidos também a maioria daqueles que pensam ser essa premissa a definição própria de democracia concorda que, em algumas situações, a vontade majoritária deve ser afastada para a proteção de direitos individuais. Assim, o autor apresenta o que chama de “concepção constitucional de democracia” através da qual “[...] as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito.” (DWORKIN, 2006, p. 26). Esse objetivo, segundo ele, exige estrutura estatal semelhante à premissa majoritária (representantes eleitos, votação com decisões majoritárias), mas que, essencialmente, o compromisso é com a igualdade dos cidadãos. Por esta razão, de acordo com Dworkin (2006), a concepção constitucional lança mão de procedimentos não majoritários quando sua adoção, em casos específicos, estiver mais alinhada ao ideal de “igualdade de status” a todos.

Segundo Victor (2015), Dworkin faz distinção entre “argumentos de política” e “argumentos de princípio” para separar funções do Legislativo e do Judiciário. Nessa concepção, conforme explica, o Parlamento estaria habilitado a legislar visando a alcançar finalidades públicas, ao passo que os juízes poderiam invalidar as medidas adotadas pelo Legislativo quando violadoras de direitos morais dos indivíduos.

Esse ponto também é ressaltado por Silva (2015) que enxerga na regra da maioria não um princípio democrático em si, mas uma simples técnica para tomada de decisões no interesse geral. Este, aliás, nem sempre corresponde ao interesse da maioria, pois em democracias representativas a maioria representada pelos

agentes públicos, por vezes, reflete uma minoria dominante, ou seja, titulares de interesses com maior representação (SILVA, 2015).

Dworkin (2006) trabalha, portanto, não com a questão de o *judicial review* ser ou não um empecilho à democracia, mas em que circunstâncias ele seria justificado. Para tanto, ele diferencia duas concepções de democracia, majoritária e constitucional, e afirma que esta última rejeita a premissa majoritária.

Em seguida, Dworkin (2006) discute a alegação de que o desrespeito à regra majoritária afrontaria a liberdade e a igualdade. Em relação à primeira, ele questiona se os dispositivos constitucionais que limitam o poder da maioria violariam a liberdade da sociedade. Distinguindo-a em negativa (direitos constitucionais, tal como a liberdade de expressão) e positiva (autodeterminação através do autogoverno), ele afirma que seria a liberdade positiva que estaria em xeque quando não se respeita a vontade majoritária. Contudo, ele pondera o grau de exercício dessa liberdade lembrando que, como membros do grupo político, as decisões vinculam os indivíduos, ainda que com elas não se concorde. O autor então problematiza o que significa ser de fato um membro dessa comunidade. Para ele, isso perpassa a ideia de “participação moral” e autogoverno que refletiriam um governo verdadeiramente democrático. Dessa forma, Dworkin (2006) indica que a ideia de que a não observância da regra da maioria é um preço quanto à liberdade só se sustenta se todos os membros dessa sociedade são “membros morais”⁶⁵ e essa condição não é aceita pela premissa majoritária.

Por tal razão, Dworkin (2006) afirma que a concepção constitucional de democracia (em contraponto à majoritária) pressupõe algumas condições para que decisões por maioria preencham esse critério da participação moral. Dentre elas, ele destaca o poder de interferir nas decisões coletivas (por exemplo, via eleições), a possibilidade de expressar a opinião de forma livre, além de o processo político refletir uma igualdade de consideração com os interesses de todos os membros (o que chama de reciprocidade), pois só se é membro de um grupo quando este também o trata como tal (DWORKIN, 2006).

⁶⁵Dworkin (2006) afirma, por exemplo, que os judeus na Alemanha nazista não poderiam ser tidos como membros morais numa sociedade que tentou exterminá-los, ainda que tenham participado nas eleições; ou mesmo considerar o Holocausto fruto do autogoverno, ainda que a maioria do povo alemão o tenha aprovado.

Dworkin (2006) afirma que se uma sociedade ignora as necessidades de uma minoria, não há participação moral e ela não é legítima. Por fim, o autor expõe o que chama de “independência moral”. Para ele, deve haver certo grau de autonomia dos cidadãos quanto a alguns aspectos da vida para que haja, em relação a outros, aceitação de decisões tomadas por terceiros, ainda que nem todos concordem com uma ou outra medida.

Isso porque, segundo Dworkin (2006), aquele que mantém a responsabilidade pela condução dos valores centrais de sua vida não pode delegá-la ao grupo, ainda que através do voto. É necessário manter certa independência. O grupo não pode determinar a forma como cada um deve pensar, mas apenas criar circunstâncias para que se discutam os pontos de vista e cheguem a decisões coletivas (DWORKIN, 2006).

A esse respeito, Ommati (2015) afirma que na visão de Dworkin a esfera política deve permitir que os cidadãos tenham motivos para se sentir parceiros de um empreendimento coletivo, sendo isso possível apenas quando há garantia de direitos e respeito mútuo. Com efeito, “Não se é um parceiro se a maioria considera as opiniões ou os gostos tão perigosos, chocantes ou indignos que ninguém esteja autorizado a ouvi-los” (DWORKIN *apud* OMMATI, 2015, p. 81). Dessa forma, para Dworkin, se não há participação das pessoas como parceiras no debate político, também não seria legítimo, por exemplo, sua submissão às leis por ele produzidas (OMMATI, 2015). E esse ponto se relaciona com a discussão do *judicial review*, pois é através da análise da constitucionalidade que se reafirma o igual respeito e consideração, ou seja, o princípio democrático de parceria (OMMATI, 2015).

Assim, o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma garantia das minorias contra a tentativa das majorias oprimi-las aprovando leis que firam o igual respeito e consideração por todos e o projeto democrático de uma comunidade formada por homens livres e iguais que se veem como parceiros desse empreendimento político comum (DWORKIN *apud* OMMATI, 2015, p. 82).

Diante do exposto, para Dworkin (2006), não se pode dizer que a liberdade positiva é comprometida quando a premissa majoritária é rejeitada, pelo contrário, haveria um reforço se a medida se dá em razão da concepção constitucional de democracia. O recurso ao Judiciário seria um modo direto e viável de participação

do indivíduo, reclamando seus direitos inclusive contra o resultado de deliberações legislativas (DWORKIN *apud* VICTOR, 2015).

Em relação à igualdade como segundo argumento em favor da premissa majoritária, Dworkin (2006) afirma que se trata da igualdade política e depende da interpretação de ação coletiva adotada. Pela interpretação estatística, a igualdade leva em conta os cidadãos individualmente (soma de vontades), e que, de todo modo, as restrições constitucionais à vontade da maioria não são capazes de diminuir o poder político de cada um (DWORKIN, 2006). Por outro lado, pela interpretação comunitária não se considera o indivíduo em si, mas o grupo social (o povo) e, portanto, quando é necessário utilizar mecanismos constitucionais de revisão judicial para derrubar atos de seus representantes isso demonstra que o povo está retomando seu poder (DWORKIN, 2006).

Assim, Dworkin (2006) afirma que a revisão judicial, ao contrário das críticas de déficit de legitimidade democrática, pode contribuir para a deliberação de alguns temas e que não pode ser a “participação política” restringida apenas à escolha de representantes para o processo legislativo.

Se há atos sobre os quais se têm dúvidas quanto à constitucionalidade e a Constituição autoriza que a questão seja levada aos tribunais, a decisão judicial estando correta fortalece a democracia (DWORKIN, 2006). Para ele, não há redução do autogoverno, nem de igualdade ou de participação. Segundo o autor, uma decisão equivocadamente tomada pelo tribunal pode trazer prejuízo à democracia, mas que essa possibilidade de erro também existe na esfera legislativa que sem a revisão judicial poderia permanecer inalterada (DWORKIN, 2006).

Segundo Fioravanti (*apud* OMMATI, 2015), essa concepção de Dworkin compatibiliza-se com a própria ideia do constitucionalismo moderno que preceitua não apenas o autogoverno pelo povo, mas também a igualdade dos cidadãos. Com base no princípio da igualdade, esse modelo liberal tem como sociedade justa aquela que permite a realização de diferentes projetos de vida, pois “[...] Uma sociedade plural que não permite que todos realizem, de fato, seus projetos pessoais de vida não é capaz de criar uma predisposição generalizada para a cooperação democrática” (SOUZA NETO *apud* OMMATI, 2015, p. 77).

Essa discussão envolvendo a liberdade e igualdade remete à afirmação de Bobbio (*apud* OMMATI, 2015, p. 85-86) de que “toda vez que se tenta realizar a

igualdade, a liberdade sai diminuída, como também toda vez que se tenta realizar a liberdade, é a vez da igualdade sair diminuída”. Contudo, se levada em conta a concepção de Dworkin (*apud* OMMATI, 2015) de que igualdade significa tratar a todos como iguais e que isso implica o igual respeito e consideração e que liberdade é poder tomar decisões com responsabilidade e limites, os princípios não entram em conflito.

Para Dworkin, os princípios são valores e não entram em conflito, podendo ser compatibilizados pela interpretação, a exemplo da liberdade e igualdade: liberdade não pode ser considerada atuação sem qualquer intervenção (caso contrário, normas penais invadiriam a liberdade pessoal), mas sim a atuação livre desde que não viole o direito de terceiros; igualdade não é apenas garantir o mesmo a todos (ou as políticas redistributivas não se justificariam), mas possibilitar iguais condições de participação dos cidadãos na sociedade (OMMATI, 2015). Tais premissas demonstram a concepção de democracia constitucional de Dworkin que não se restringe à regra da maioria, tratando-se de um projeto político comum que, para tanto, exige o respeito pela diversidade, como a figura metafórica usada pelo autor de uma orquestra que reunindo vários músicos diferentes compõe um todo harmônico (OMMATI, 2015).

Assim, na medida em que se compreende a igualdade como o direito que todo cidadão tem de ser tratado com igual respeito e consideração por seus concidadãos e pelo próprio Estado, pode-se perceber que a igualdade é a sombra que cobre a liberdade, pois o igual respeito implicará a atribuição de iguais liberdades a todos. Dessa forma, o aparente conflito entre esses valores desaparece (DWORKIN *apud* OMMATI, 2015, p. 71).

Trazendo essa reflexão para o contexto brasileiro, Barroso (2015) também amplia o conceito de democracia para além da ideia de governo da maioria. Segundo ele, democracia extrapola o critério numérico dos votos (procedimental), abrangendo também uma dimensão substantiva (valores e direitos fundamentais) e deliberativa (debate, argumentação), o que ele traduz pela expressão “votos, direitos e razões”. Isso porque, relembra o autor, caso a democracia se resumisse apenas à questão majoritária, episódios históricos como o fascismo na Itália, o nazismo na Alemanha ou mesmo a ditadura de Médici no Brasil poderiam ser considerados democráticos.

Segundo Barroso (2015), o constitucionalismo democrático do século XX resulta de duas ideias: constitucionalismo (Estado limitado pelo Direito) e democracia (soberania popular). Com isso, ensina que para mediar eventuais conflitos entre direitos constitucionais e vontade da maioria foram instituídos tribunais para o exercício de controle de constitucionalidade, a exemplo do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Nesse ponto, também cabe destacar que, no Brasil, a atuação judicial no controle de constitucionalidade não se restringe ao controle concentrado através das ações objetivas, mas também do controle difuso no caso concreto.

Como explica o autor, as sociedades contemporâneas são complexas e plurais, exigindo o respeito às diferenças para que todos possam conviver de forma harmônica e digna. Por vezes, o embate de direitos antagônicos e igualmente protegidos gera os chamados *hard cases*⁶⁶. Diante disso, o intérprete deve construir soluções, de forma argumentativa, através das normas, dos precedentes, de aspectos adjacentes ao sistema jurídico, sempre tendo em vista o caso concreto (BARROSO, 2015). Para ele, o que muitos chamam de “criação judicial do Direito” é a atividade do juiz de buscar o fundamento normativo do argumento e da decisão. Daí o desenvolvimento de novas categorias para interpretação e aplicação do direito constitucional, conforme já mencionado no item 2.3, quando da análise do paradigma pós-positivista e do neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, de acordo com Barroso (2015), falar de discricionariedade judicial é remeter à dimensão subjetiva da atuação do juiz, que superou a perspectiva formalista do positivismo, quando apenas se realizava a subsunção de regras jurídicas. Nesse ponto, é possível dizer que o autor dialoga com Dworkin (2006) quando sustenta não haver subjetividade plena do intérprete, que está vinculado aos deveres de integridade (normas jurídicas, precedentes) e coerência (próprias decisões anteriores).

Barroso (2015) afirma que as críticas em torno da chamada “dificuldade contramajoritária” não foram suficientes para impedir a adoção de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade na maior parte dos países de tradição

⁶⁶Segundo Barroso (2015), os *hard cases* também podem resultar da imprecisão semântica de alguns termos e princípios constitucionais (a exemplo da dignidade da pessoa humana), de “desacordos morais razoáveis” (o autor cita a existência ou não de um direito à morte digna) e colisão de normas constitucionais.

democrática. Essencialmente, segundo ele, isso se deve ao fundamento da proteção de direitos fundamentais e das regras democráticas, ainda que ocorra contra a vontade da maioria representada no Legislativo, porque “Mais do que o direito à participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte” (BARROSO, 2015).

Todavia, para não incorrer em ilegitimidade, Barroso (2015) defende que a atuação contramajoritária dos tribunais deve estar restrita às hipóteses de violação de direitos fundamentais ou de pressupostos da democracia. O autor também faz reflexões acerca da representação política como mecanismo de aferição da vontade da maioria tendo em vista falhas do sistema eleitoral/partidário em razão da descrença por parcela significativa da população na política, corrupção, *lobbying*, etc. Segundo ele, se antes a “dificuldade contramajoritária” era o foco das discussões sobre legitimidade democrática, também a representação política passa a ser lembrada, motivo pelo qual destaca, no Brasil, a expansão da demanda pela atuação do Judiciário em contraponto aos demais Poderes. Para Barroso (2015), são sinais de que a democracia também se utiliza de outros canais que podem, por vezes, exercer papel representativo. O autor sustenta que para além do critério de “legitimação eleitoral” dos votos é necessária a “legitimação discursiva”, isto é, a tomada de decisões após amplo debate e com fundamento em razões (argumentos). Nessa linha, Barroso (2015) cita o reconhecimento, em 2011, pelo STF da união homoafetiva no Brasil, tema analisado no item 3.3. Ele argumenta que talvez a questão não passasse pelo crivo majoritário, mas como envolve direitos fundamentais autorizou a atuação da Corte.

Adicionalmente às posições apresentadas acerca da legitimidade do papel contramajoritário do Judiciário, destaca-se outro ponto a favor do modelo: há sempre a possibilidade de reabrir o debate da matéria na esfera política a fim de contornar a decisão judicial.

De acordo com Victor (2015), trata-se do “diálogo institucional”, que apesar de não ser institucionalizado, ocorre com certa frequência. O autor apresenta vários exemplos de superação de decisões do STF pelo Congresso⁶⁷, sugerindo que o

⁶⁷O autor cita questões tributárias como o IPTU progressivo, a taxa de iluminação, a criação de municípios, dentre outros. De uma grande quantidade de casos em que STF se pronunciou e sobreveio reação do Congresso com edição de lei ou emenda constitucional, seguidos ou não de

diálogo institucional entre ambos parece incrementar os índices democráticos do sistema jurídico-político, uma vez que não impede o recurso ao Judiciário, tampouco cerceia - e sim estimula - a participação dos representantes eleitos na tomada de decisões constitucionais. Ainda segundo Victor (2015), esse diálogo ocorre de modo mais constante e mais natural no Brasil do que em países como os Estados Unidos com sistemas jurídicos do *common law* e cujas Constituições são muito mais enxutas e difíceis de ser alteradas formalmente.

Victor (2015) também aponta casos de omissões legislativas nas quais a Corte mesmo diante de uma decisão de perfil aditivo, deixou aberto o diálogo ao legislador, a exemplo da união homoafetiva. Ou seja, o STF ressalva que a decisão normativa valerá apenas até o advento da legislação. Dessa forma, o diálogo institucional, ao trazer o Legislativo para o debate, incrementa os índices democráticos do modelo, com a construção conjunta dos significados constitucionais (VICTOR, 2015).

Victor (2015) pondera que parcela relevante da atuação do STF se dá por meio das competências de controle abstrato de constitucionalidade (na forma dos tribunais constitucionais europeus) em que não há o acesso ao tribunal por parte dos cidadãos individualmente. Assim, a questão da representação se faz presente por meio de órgãos governamentais ou de entidades representativas, afastando o monopólio interpretativo da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

[...] em uma democracia recente como a brasileira, sustentada por uma Constituição extremamente prolixa e pródiga no que se refere à concessão de direitos, o Judiciário, exercendo a função de controle de constitucionalidade, não apenas aplica a Constituição aos atos de governo e aos atos legislativos, com vistas a lhes impor limites, como também coopera com os demais órgãos de poder, colaborando democrática e institucionalmente para uma construção conjunta dos significados constitucionais e, assim, atuando para efetivar o texto da Constituição (VICTOR, 2015, p. 239).

Por fim, de acordo com Victor (2015), o estudo de autores como Bickel e Dworkin demonstra a dificuldade de se justificar o controle de constitucionalidade na tradição do *common law*. Já a jurisdição constitucional baseada no modelo europeu (*civil law*) funcionaria como uma “terceira câmara do parlamento” para minorias

nova investida do STF para declarar inconstitucionalidade, houve superação da decisão judicial (VICTOR, 2015).

políticas derrotadas no processo legislativo, sendo organizadas na forma das entidades representativas (VICTOR, 2015).

Diante disso, esse entendimento se coloca como alternativa entre as noções de supremacia judicial (constitucionalismo) e soberania do parlamento (democracia). É uma vez que a união poliafetiva, objeto desta pesquisa, envolve direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, filia-se ao posicionamento de que é possível uma atuação judicial que a reconheça como entidade familiar através da interpretação conforme a Constituição, sem que isso implique em déficit de legitimidade.

7 CONCLUSÃO

O pluralismo é uma das características das sociedades democráticas contemporâneas motivo pelo qual tem crescido as demandas por respeito à diversidade e reconhecimento de direitos relacionados às minorias.

As transformações sociais impactam a cultura e o próprio Direito que está em constante atualização para acompanhar essa evolução. Nesse contexto, o Direito de Família é um dos ramos em que isso tem sido observado de forma intensa, transportando para o mundo jurídico o que se passa na realidade. O conceito de família já não é mais o mesmo, nem se limita aos formatos previstos no ordenamento, daí o porquê de se falar em Direito das Famílias, em homenagem à diversidade e ao entendimento de que o rol não é taxativo.

Uma configuração de família que melhor se adapte aos propósitos de vida dos indivíduos não pode ser considerada ilícita simplesmente por não atender às expectativas de uma maioria e, portanto, não estar regulada em lei – caso da união poliafetiva. Essa concepção não é compatível com o pluralismo presente nas sociedades e os princípios constitucionais que garantem o “direito à diversidade” ao dispor sobre a igualdade, a não discriminação, a autonomia e, por fim, a própria dignidade da pessoa humana conectada com tais conteúdos.

O que deve ser estabelecido são os limites dessa autonomia de forma a respeitar a boa-fé, a segurança jurídica e, sobretudo, os direitos de terceiros. É possível afirmar a existência de um direito subjetivo de constituir família considerando a especial proteção conferida pela Constituição Federal de 1988, numa concepção de família-instrumento, voltada à formação da identidade e da realização de direitos da personalidade.

Essa perspectiva permite incluir como direitos subjetivos também aqueles que não encontram correspondência direta com a norma positivada sob a forma de regra, mas que têm respaldo jurídico na medida em que decorrem da dignidade da pessoa humana através de seus elementos constituintes: valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento. Isso porque, como visto, é função deste princípio servir de parâmetro para identificação de direitos fundamentais não inseridos expressamente no texto constitucional.

A concepção de pessoa em seu valor intrínseco, como fim em si mesma, é marca das Constituições do pós-guerra que trouxeram as noções de ética e justiça aos ordenamentos jurídicos numa perspectiva humanista, especialmente sob a forma de princípios. Estes ganharam normatividade e integraram a atividade hermenêutica sob o paradigma pós-positivista, projetando formas de eficácia que impactam a leitura de institutos jurídicos (interpretativa), funcionam como barreira àquilo que os violem (negativa) e, excepcionalmente, exigem a atuação estatal para sua realização (positiva) – a exemplo da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica marcada por essa mudança de paradigma: a pessoa passou a ser o centro do sistema. Essa característica é refletida na própria organização do documento que traz uma carta de direitos e garantias logo nos primeiros dispositivos e os qualifica como fundamentais, com sua guarda feita de forma especial pelo Judiciário, através de mecanismos de controle de constitucionalidade, para que fossem protegidos inclusive do processo político majoritário.

A dignidade da pessoa humana foi alçada a fundamento da República Federativa do Brasil. Quando a perspectiva se desloca para a pessoa como sujeito de direito, a pluralidade e diversidade tomam relevância, pois as pessoas são livres para se autodeterminar no campo existencial. Em outras palavras, podem eleger o projeto de vida, no qual se inclui a família, que melhor atenda aos seus interesses e concretizem sua dignidade. O limite, conforme defendido, é a observância da legalidade, da boa-fé e dos direitos de terceiros.

Na esfera da teoria constitucional, como fruto desse paradigma, destaca-se o neoconstitucionalismo e os princípios e métodos de interpretação que superaram a perspectiva formalista do positivismo, limitada à subsunção de regras jurídicas. Despontam as ideias de normatividade da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e interpretação constitucional que, a partir da abertura metodológica permitiram um diálogo entre o Texto Maior e as normas infraconstitucionais. Contudo, seja considerando a existência de princípios como espécie normativa ao lado das regras ou como vetores hermenêuticos do sistema jurídico, o conteúdo abstrato exige a mediação do intérprete, trazendo uma carga de subjetividade e alargando o papel do juiz na aplicação da norma. Por isso é imprescindível o uso de metodologias, argumentação e fundamentação consistentes.

Muitas críticas têm sido direcionadas a atuação judicial a luz desse paradigma. Em geral, elas se direcionam não ao uso de princípios em si, mas a falta de parâmetros para tanto. A flexibilidade semântica e necessidade de atribuição de sentido podem levar a uma discricionariedade quase absoluta, arbitrária e com graves prejuízos à segurança jurídica e à legitimidade democrática. Não se pode aplicar um princípio de forma automática e desconsiderando por completo as regras sempre que se entender que ele serve de fundamento a uma decisão.

Nesse sentido, a investigação do tema da união poliafetiva nesta pesquisa adotou a metodologia proposta por Sarmiento (2016) para aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, foi justificado seu uso, analisado o conteúdo e apontada qual leitura pode ser feita a fim de solucionar a questão posta.

A invocação da dignidade da pessoa humana se justifica em casos como este em que há lacuna normativa (assumindo o papel de integração) e colisão de normas constitucionais (servindo de critério de ponderação). Para definição do conteúdo da dignidade humana, não se pode levar em conta crenças religiosas ou políticas, mas fundamentos jurídicos universalizáveis, movidos por razões públicas. Dentre os elementos constitutivos do princípio, três deles podem ser considerados aplicáveis: o valor intrínseco da pessoa (que tem direito ao igual respeito e consideração), sua autonomia para determinação existencial (especialmente quanto à afetividade e vida privada), o direito ao reconhecimento de identidades não hegemônicas na sociedade (sinalizando sua inclusão como membro moral), observadas a boa-fé e a ausência de dano a direitos de terceiros. Entende-se não serem cabíveis concepções heterônomas de dignidade, com intervenções autoritárias e moralistas na liberdade individual numa tentativa de impor padrões de felicidade e vida boa.

Quanto aos quatro eixos metodológicos adotados para aplicação da dignidade da pessoa humana, no que tange ao primeiro (norte hermenêutico), foi avaliada a concorrência do princípio com direitos fundamentais específicos, hipótese em que deve incidir o critério da especialidade. No caso da negativa de reconhecimento à união poliafetiva, identifica-se a violação a direitos específicos: igualdade e não discriminação (art. 5º, caput), liberdade (art. 5º, II), intimidade e vida privada (art. 5º, X). Todavia, há também afronta a componentes autônomos da dignidade, quais sejam: autonomia e reconhecimento, o que autoriza a aplicação do princípio concomitantemente a esses direitos específicos.

Em relação ao segundo eixo metodológico (maior rigor na fundamentação do princípio), explica-se o porquê de a análise da união poliafetiva se conectar com o princípio da dignidade: há referência direta a dois de seus elementos constitutivos, a autonomia e o direito ao reconhecimento, que leva à configuração de um direito subjetivo de constituir família.

Já no terceiro eixo metodológico (fundamentação laica e movida por razões públicas), argumenta-se que o impedimento da união poliafetiva figurar como entidade familiar é pautado em conteúdo moralista e, portanto, não legítimo, traduzindo visões particulares de mundo e do que é tido como bom, que não devem prevalecer.

Por fim, o último eixo adotado (“minimalismo judicial”) envolve a ideia de que a fundamentação na aplicação do princípio da dignidade humana deve ser consistente, mas não pretender exaurir o debate, deixando espaço para deliberações futuras e novos desenvolvimentos. Foi o que se objetivou nesta pesquisa: foi abordada a questão da união poliafetiva, com os diferentes argumentos e normas incidentes ao caso, chegando-se ao final a uma solução favorável ao seu reconhecimento como família, mas que não esgota todos os aspectos, tampouco se pretende definitiva.

Como analisado, a união poliafetiva tal como foi delimitada é espécie de poliamor e tem formato específico: relação convivencial envolvendo mais de duas pessoas e que apresenta os requisitos exigidos para a união estável: publicidade, estabilidade, afetividade, *animus* de constituir família. Esses requisitos se mostram relevantes na medida em que denotam uma união que se apresenta na realidade, que existe de fato. Assim, uma vez preenchidos, a união poliafetiva encontraria óbice no princípio da monogamia.

A monogamia teve sua origem vinculada a questões patrimoniais e foi incorporada pelo direito canônico, permanecendo presente nas codificações liberais tendo em vista seu espírito patrimonialista e de proteção da propriedade. No Código Civil de 2002, a monogamia foi vinculada ao casamento e depois transposta para a união estável como padrão de conjugalidade natural e indiscutível. Historicamente, a normatização da família deixou excluídos outros arranjos que não se enquadravam no modelo imposto.

Contudo, o que se demonstrou é que ainda se entenda que a monogamia é um princípio jurídico – com regras dele derivadas no ordenamento brasileiro -, ela não é norma absoluta, pois numa perspectiva civil-constitucional visa proteger a pessoa, seus interesses e direitos. A “repersonalização” traz a noção de que é o Estado e o Direito que existem para atender os indivíduos, não o contrário. Assim, tais normas não podem ser usadas como argumento impeditivo das uniões poliafetivas se seus membros, consensualmente, decidem não ter sua relação regida pelo modelo monogâmico. Ou seja, havendo boa-fé e não trazendo prejuízo a terceiros, não é legítima a intervenção estatal nesta esfera.

Numa interpretação conforme a Constituição é possível defender que as normas legais que evidenciam a monogamia têm como fim a promoção dos direitos da pessoa. Por tal razão, se essas normas forem impostas às pessoas, limitando direitos, apenas por se considerar que a monogamia seria o melhor para elas, isso se mostraria incompatível com o “estado de coisas” tutelado pela Constituição. Tratar-se-ia de concepção heterônoma de dignidade, que invade a liberdade, a intimidade e a vida privada.

Por isso, conclui-se pela viabilidade jurídica das uniões poliafetivas enquanto entidades familiares uma vez presentes os elementos caracterizadores de uma união estável. A concorrência entre os princípios aplicáveis conduz à conclusão de que a monogamia não deve reger obrigatoriamente todas as relações se os membros entenderem que tais normas não se amoldam aos seus interesses, num exercício de sua autonomia, como desdobramento da dignidade da pessoa humana, preservados a boa-fé e os direitos de terceiros. Em outras palavras, se as pessoas envolvidas numa relação poliafetiva decidem, em comum acordo e obedecendo a certas balizas, compartilharem uma vida e viver como uma família, não cabe ao Estado negar efeitos jurídicos a este projeto existencial. Como também não pode impedir que os envolvidos manifestem sua vontade quanto à existência de uma relação e a forma como desejam que ela seja regida no campo patrimonial, tal como ocorreu na proibição do CNJ de os cartórios lavrarem escrituras públicas.

Quanto aos questionamentos de legitimidade democrática e respeito à separação de Poderes, entende-se estar a matéria no âmbito da atuação contramajoritária, que tem como norte a defesa de direitos fundamentais. Há minorias que por vezes não têm suas demandas representadas pela vontade da

maioria no Legislativo, mas que ainda sim têm direitos, considerando uma democracia constitucional que não se resume à regra majoritária (que pode levar a um raciocínio utilitarista). Não obstante, esse entendimento não encerra o debate democrático, pelo contrário, pode contribuir para o “diálogo institucional” com o Parlamento, através de legislação que supere determinada leitura constitucional.

Reconhece-se, há inúmeras questões que tangenciam a temática e muitas respostas estão em aberto. Apenas uma discussão aprofundada e transdisciplinar possibilitará um novo olhar sobre esse *hard case* do Direito das Famílias.

REFERÊNCIAS

AMÂNCIO, Thiago. Casais de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil. 2016. **Folha de São Paulo**. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>. Acesso em: 13 abril 2017.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. n. 17, Salvador, jan/mar. 2009. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 20 jul. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: jurisprudência, evolução legislativa e novo Código Civil. **Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 24, p. 47-58, jan./mar. 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Afeto na relação familiar. **Revista Síntese – Direito de Família**. nº 93: p. 69-81, dez./jan. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 221, p.159-188, jul./set. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588/45167>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. O processo de elaboração do código civil no Congresso Nacional e a participação dos professores de direito. *In*: HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Coords.). **História do Direito**. Niterói: CONPEDI: 2012, p. 284-313. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c33e57e3dbd8a52>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. de 2010. No prelo. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 06 dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.5, número especial. 2015, p.23-50.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **Vida**

acadêmica, jurisdição constitucional e debates públicos. 2005. Disponível em: http://www.luisebarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 12 abril 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** (Trad.) Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília – Unb, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07 abril 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 abril 2019.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-DF.** Relator: Min. Ayres Britto. 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 10 abril 2017.

CARDOSO, Daniel dos Santos. Amores plurais situados – para uma meta-narrativa sócio-histórica do poliamor. **Tempo da ciência: revista de ciências sociais e humanas** / Centro de Ciências Humanas e Sociais da UNIOESTE, Toledo. Dossiê Poliamor, nº 48, v. 24: p. 12-28, jul./dez. 2007.

CARDOSO, Daniel dos Santos. **Amando vári@s - individualização, redes, ética e poliamor.** Orientador: António Fernando da Cunha Tavares Cascais. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação). Faculdade de Ciências Sociais e Humanas – Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, 2010.

CARVALHO NETTO. Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>. Acesso em: 06 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Plenário). **Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000.** Diário de Justiça Eletrônico nº 120, em 29 de junho de 2018.

COSTA, Alexandre Bernardino; ROCHA, Eduardo Gonçalves. Epistemologia e Pesquisa em Direito. *In*: BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson. **Metodologia da pesquisa em Direito**. Caxias do Sul: Educs, 2015. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook_metodologia_da_pesquisa.pdf. Acesso em: 12 abril 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Escritura de união poliafetiva: possibilidade**. 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-poliafetiva-possibilidade/9753>. Acesso em: 17 abril 2017.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. (Trad.) Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

‘ESTAMOS documentando o que sempre existiu’, diz tabeliã que uniu três. **UOL Notícias**. 2012. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2012/08/28/estamos-documentando-o-que-sempre-existiu-diz-tabelia-que-uniu-tres.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio: contributos da economia ao Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FIGUEIREDO, Luciano L. Monogamia: princípio jurídico?. **Revista Brasileira de Direito da Família e Sucessões – IBDFAM**, Porto Alegre, n. 23, p-15-40, ago./set. 2011.

FUHRMANN, Nadia. Luta por reconhecimento: reflexões sobre a teoria de Axel Honneth e as origens dos conflitos sociais. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, n. 38, p. 79-96, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/2586/2735>. Acesso em: 17 dez. 2018.

GONÇALVES, Helanne Barreto Varela. O respeito à liberdade de amar ou a ruptura do modelo monogâmico de família. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. n.2, v.1: p.178-196, jul./dez. 2015.

GRIFFIN, Stephen M. Enfim a hora da democracia? A nova crítica ao *judicial review*. *In*: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (coord.). Tradução Adauto Villela; Geraldo de Carvalho. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 281-298.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Escritura reconhece união afetiva a três**. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862>. Acesso em: 05 jul. 2017.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **União poliafetiva: escritura é necessária?**. 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970>. Acesso em: 05 jul. 2017.

LAUREANO, Delze dos Santos. **Direito das minorias: desafios epistemológicos**. Coleção Direito e Diversidade, v.3. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família - Síntese/IBDFAM**, n. 12, p.40-55, jan./mar. 2002.

MASSON, Cleber. **Direito Penal – Parte geral**. vol. 1, 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Método. 2015, p. 50 e 161.

MOREIRA, Thacio Fortunato. Poliamorismo nos tribunais. **Revista Síntese – Direito de Família**, nº 93: p. 18-45, dez./jan. 2016.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família - limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

OLIVEIRA, Caroline Buarque Leite de. **Poliamor: da aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais à legitimidade jurídica das uniões múltiplas e seus efeitos**. Maceió: [Imprensa Oficial Graciliano Ramos], 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Os fundamentos constitucionais do direito à diversidade**. Coleção Direito e Diversidade, v.2. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (5.: 2005: Belo Horizonte, MG) **Família e dignidade humana / V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 844-851.

PILÃO, Antonio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. **Revista Ártemis**, ed. v.13: p. 62-71, jan./jul. 2012.

POLI, Luciana Costa; HAZAN, Bruno Ferraz. Descortinando invisibilidades: união poliafetiva. **Revista de Direito de Família e Sucessão**. v.2, n.1, p. 16-32, jan./jul. 2016.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2001.

PORCIUNCULA, André Ribeiro; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A desconstrução de soluções prontas: um debate sobre a colisão de direitos fundamentais na perspectiva da metodologia da pesquisa. *In*: BIRNFELD, Carlos André Huning; SANCHES, Samyra Haydê Dal Farra Naspolini; MEZZAROBBA, Orides (Coords.). **Direito, educação e metodologias do conhecimento**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/cl178h0tg/017e0bex/OZ2oH30912211x40.pdf>. Acesso em: 12 abril 2017.

RAVAGNANI, Herbert Barucci. Luta por reconhecimento: a filosofia social do jovem Hegel segundo Honneth. **Revista Kínesis**. Marília, v. 1, n.1, p.39-57, 25 jun. 2009. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/kinesis/article/view/4291>. Acesso em: 17 dez. 2018.

RODRIGUES, Mateus. Dois anos após conseguir o registro da união poliafetiva, trio do Rio ainda enfrenta problemas burocráticos. **G1 Globo**. 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/dois-anos-apos-conseguir-o-registro-da-uniao-poliafetiva-trio-do-rio-ainda-enfrenta-problemas-burocraticos.ghtml>. Acesso em: 07 jul. 2018.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (5.: 2005: Belo Horizonte, MG). **Família e dignidade humana / V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 193-221.

SALVADORI, Mateus. Honneth, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. **Revista Conjectura**, Caxias do Sul, v. 16, n.1, p. 189-192, jan./abr. 2011. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/895>. Acesso em: 17 dez. 2018.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídica**. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, Lara Marcelino de; RÊGO, Lorena Nogueira. Contornos jurídicos, filosóficos e sociais da monogamia: paradigmas do poliamor no Direito de Família. **Revista FIDES**, n. 2, v.4, p. 184-202, jul./dez.2013.

UNIÃO estável entre três pessoas é oficializada em cartório de tupã, SP. **G1 Bauru e Marília**. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>. Acesso em: 13 abril 2017.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. Os efeitos do poliamorismo no direito contemporâneo: uma análise à luz a dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese – Direito de Família**, nº 93, p. 09-17, dez./jan. 2016.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (coord.). Tradução Adauto Villela; Geraldo de Carvalho. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 93-157.