

A MONOGAMIA À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ALEXY: AUTONOMIA PRIVADA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO DE INTERESSES

João Paulo Andrade de Souza*

RESUMO

O presente estudo busca compreender se a monogamia tem natureza jurídica de princípio ou de regra no atual ordenamento jurídico brasileiro à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy. O método empregado é o dedutivo e a pesquisa configura-se enquanto jurídico-compreensiva. Com abordagem qualitativa e caráter exploratório, compreende a análise de dados primários e secundários, sendo empregada a técnica de pesquisa documental. As conclusões alcançadas indicam que a monogamia é uma norma expressa por meio de diferentes enunciados normativos, que estabelece uma proibição e que tem natureza jurídica de regra no atual ordenamento, estando restrita ao casamento.

Palavras-chave: monogamia; regra; princípio; Robert Alexy; teoria dos princípios.

Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família sofreu uma série de mudanças, sendo uma das principais a perda do status do casamento como única forma legítima de constituir família. A partir disso, estabeleceu-se a ideia de pluralidade das entidades familiares.

Nesse cenário, passou-se a questionar se a monogamia, marca decisiva da família matrimonial, se irradia para entidades familiares outras. Assim, intensificou-se a discussão acerca da monogamia enquanto regra ou princípio, restritos ou não ao casamento.

Dessa forma, estabelece-se como problema central deste estudo o seguinte questionamento: à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy, monogamia tem natureza jurídica de princípio ou de regra no atual ordenamento jurídico brasileiro?

Alguns trabalhos anteriores abordam o tema, geralmente de forma indireta, classificando a monogamia como regra, princípio, valor, elemento estruturante, dentre outros. Contudo, não se tem de forma clara os conceitos e critérios utilizados para a classificação.

*Advogado, bacharel em Comunicação Social pela Universidade Federal de Sergipe, bacharel em Direito e mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, endereço de e-mail: jpandrade.s@gmail.com.

O ponto de vista aqui abordado está calcado exatamente nas noções de norma, regra e princípio expostas pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy na sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais. O objetivo geral é analisar a monogamia a partir da teoria dos princípios elaborada pelo autor.

Este trabalho possui ainda como objetivos específicos investigar a natureza jurídica da monogamia no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de conflitos entre normas, a relação com a autonomia privada e direitos fundamentais, bem como a ponderação de interesses.

O estudo justifica-se por abordar o tema de forma direta e pela proposta de compreender a monogamia a partir dos conceitos e critérios utilizados por Alexy em sua teoria. Assim, o estudo convém diante da aplicabilidade e originalidade da pesquisa em refletir academicamente acerca de um fenômeno central para o Direito de família.

O método empregado nesta pesquisa é o dedutivo. Proposto por René Descartes, ele é caracterizado por ser pautado na dúvida, principalmente do que já se tem estabelecido como verdade absoluta. O método é útil e válido para investigar diversos objetos de estudo e possibilita o afloramento do raciocínio lógico na atividade científica ao seguir um percurso claro e uma ideia de sistematização.

Essa pesquisa recorre a um procedimento analítico de investigação do objeto de estudo em seus diversos aspectos. O estudo, com abordagem qualitativa e caráter exploratório, compreende a análise de dados primários (legislação) e secundários (livros, artigos e doutrina), sendo empregada a técnica de pesquisa documental.

A principal hipótese do estudo é que, tomando por base a teoria dos princípios de Robert Alexy, a monogamia tem natureza jurídica de regra no atual ordenamento jurídico brasileiro, bem como está restrita ao casamento, conforme interpretação sistêmica da Constituição brasileira.

O presente artigo se estrutura em sete partes: a primeira consiste nesta introdução, a segunda se destina a explicitar o sentido de monogamia e traçar algumas distinções de termos, a terceira busca apresentar as mudanças ocorridas, a Constitucionalização do Direito Civil e o papel dos princípios. A quarta parte trata de algumas consequências dessas mudanças, como o conflito de princípios ou colisão de direitos fundamentais e a quinta versa sobre as contribuições de alguns autores

acerca da monogamia e como eles a classificam. Por fim, temos a sexta parte, analisando a monogamia sob a perspectiva da teoria dos princípios de Alexy, bem como a conclusão como parte final.

1. O sentido de monogamia

O termo monogamia significa estar casado com apenas uma pessoa por vez, respeitado o dever de fidelidade. Trata-se de um pacto público socialmente aceito. A monogamia trata da característica da união exclusiva, aquela em que o indivíduo tem apenas um cônjuge, enquanto se mantiver vigente o seu casamento.

Dessa forma, a monogamia veta a celebração de mais de um casamento simultâneo, bem como o reconhecimento de união estável iniciada por pessoa já casada e sem separação de fato, conforme art. 1.521, VI e art. 1.723, §1º, ambos do Código Civil brasileiro.

Com efeito, necessário pontuar a diferença entre monogamia, bigamia e poligamia. Essas duas últimas dizem respeito à existência de dois ou mais casamentos simultâneos que, conforme o art. 235 do Código Penal Brasileiro, ensejam a prática de crime, punível com até seis anos de reclusão.

A poligamia ocorre quando um indivíduo se casa, de forma subsequente ou simultânea, com vários indivíduos. Ou seja, quando falamos de monogamia, bigamia e poligamia, falamos de casamento, do modelo de família matrimonial.

Nessa perspectiva, é preciso ainda esclarecer o sentido de termos como união poliafetiva, união simultânea, poliafetividade e poliamorismo. A união poliafetiva caracteriza-se pela “interação recíproca, consensual e conjugal por mais de duas pessoas na mesma unidade familiar”. Ou seja, é um único núcleo formado pela união de ao menos três pessoas no mesmo arranjo familiar¹.

Já a união simultânea compreende “famílias distintas onde há um mesmo sujeito figurando como parceiro afetivo nestes arranjos, independente do conhecimento dos demais envolvidos”. Assim, uma mesma pessoa constitui mais de

¹ SILVA, Larissa Fernanda Peixoto dos Santos. A pluralidade nas relações de família. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 80.

um arranjo, situação recorrente na sociedade brasileira, apesar da previsão do dever de fidelidade e de lealdade².

A diferença entre poliafetividade e poliamorismo é a mesma entre afetividade e amor. Poliafetividade diz respeito à dimensão possível de ser tutelada pelo Estado, é a externalização do poliamor ou poliamorismo. Trata-se da afetividade e do amor entre mais de dois sujeitos nessa interação, respectivamente. Assim, quando tratamos do tema juridicamente, a nomenclatura poliafetividade mostra-se mais precisa.

Entretanto, em 2018, o Conselho Nacional de Justiça proibiu cartórios de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas, invocando para isso a noção de monogamia como elemento estrutural da sociedade. Trata-se do pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000 que teve como requerente a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e requeridos, Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros³.

Tendo como relator o Ministro João Otávio de Noronha, triunfou o entendimento pela impossibilidade de registrar por meio de escritura pública a união poliafetiva. Restou disposto que “a sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural” e que os tribunais repelem o paralelismo afetivo, “o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública”⁴.

Ademais, restou consubstanciado que o “relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição”. Como visto, a monogamia acabou por irradiar para além do casamento e da família matrimonial⁵.

2. Constitucionalização do Direito Civil e papel dos princípios

2 Ibid., p. 80,85.

3 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000.

Disponível em

<<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=51260&i>>. Acesso em: 01 dez. 2022.

4 Ibid.

5 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000.

Disponível em

<<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=51260&i>>. Acesso em: 01 dez. 2022.

Anderson Schreiber define o direito civil constitucional como “a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição”. Para o autor, trata-se de perseguir a “máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”⁶.

Pode ser entendido como um reencontro entre o Direito Civil e a Constituição que, antes segregados, partem para a noção de que a Constituição irradia suas diretrizes e valores para todo o ordenamento jurídico, inclusive para os institutos do direito privado. “O direito civil não representa um mundo à parte, um campo jurídico guiado por valores próprios e autônomos, mas se insere no ordenamento jurídico, que é uno e gravita todo em torno do projeto constitucional”⁷.

Assim, não se tratam de microssistemas, mas da “unificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais”⁸. Dessa forma, cada lei infraconstitucional deve ser interpretada e aplicada em conformidade com o quanto disposto na Constituição, pois essa não é tão somente uma carta política de conteúdo programático.

Ademais, “a metodologia civil constitucional reclama a aplicação dos princípios constitucionais, mas tal aplicação se dá necessariamente de modo técnico e criterioso”. Não se trata de invocar de maneira geral e abstrata determinado princípio ou valor de maneira que se prestaria a justificar qualquer posição. Deve haver uma “fundamentação controlável, ancorada no dado normativo”⁹.

De acordo com Maria Berenice Dias, a Constituição da República “impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei”. Influenciada por textos normativos internacionais de direitos humanos, alargou a esfera de direitos merecedores de tutela, visando a “proteção da personalidade humana naquilo que é o seu atributo específico: a qualidade de ser humano”¹⁰.

O fenômeno da constitucionalização do Direito como um todo alterou a

6 SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). Direito civil constitucional. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 9.

7 Ibid., p. 14.

8 SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). Direito civil constitucional. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 15.

9 Ibid., p. 21.

10 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 55.

“concepção, sentido e papel conferido aos princípios, que de meros coadjuvantes passaram a protagonistas deste novo cenário jurídico”. Muito disso devido aos aportes teóricos de Ronald Dworkin e Robert Alexy que ajudaram no surgimento de uma fase pós-positiva dos princípios¹¹.

Essa abertura para os princípios viabilizou o contato do ordenamento jurídico com os objetivos e valores eleitos como relevantes pela sociedade. Contato esse que restou um pouco esquecido no modelo positivista puro em que imperava a ideia de neutralidade da ciência jurídica. Assim, nesse novo cenário, os princípios possuem relevante função¹².

O reconhecimento de que os princípios são objeto de construção do discurso jurídico é vital para compreensão do seu papel na contemporaneidade. A gestação de um princípio se faz no embate teórico-jurisprudencial, sendo o resultado destas discussões o que dita quais princípios são vigentes ou não para determinado sistema jurídico e, ainda, o que significam tais princípios adotados para aquela comunidade naquele momento¹³.

Contudo, não se pode confundir os princípios constitucionais com os princípios gerais de direito que se encontram previstos como uma das formas de preencher as lacunas da lei, juntamente com a analogia e os costumes, conforme art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Princípios gerais de direito são “preceitos extraídos implicitamente da legislação pelo método indutivo”, “fundamentos de legitimação da ordem jurídica, bases de validade que tem o condão de suprimir omissões que o legislador não consegue prever em leis formais e de modo a exprimir todas as situações jurídicas particulares”¹⁴. Assim, enquanto um é norma, outro é fonte do direito recorrível diante

11 CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 87.

12 Ibid., p. 98-99.

13 CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 100.

14 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 57-58.

da omissão do legislador.

Maria Berenice Dias entende que o ordenamento jurídico positivo é composto de princípios e regras, sendo que essas normas não possuem o mesmo grau de importância. “Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico”¹⁵.

Assim, na visão da autora, os princípios teriam o papel de consagrar valores generalizantes e balizar todas as regras. Dessa forma, os princípios são mais importantes que as regras, sendo que estas últimas “não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios”¹⁶.

3. Algumas consequências da Constitucionalização do Direito

Segundo Maria Berenice Dias, a partir do movimento de constitucionalização do Direito, “passou-se a enfrentar o problema do conflito de princípios ou colisão de direitos fundamentais”, fazendo-se necessário invocar o princípio da proporcionalidade para a resolução. A autora defende que não cabe a simples anulação de um princípio para a total observância do outro, devendo haver uma harmonização, um diálogo¹⁷.

Contudo, convém destacar que a proporcionalidade não se trata propriamente de um princípio, mas sim de um postulado racional ou uma máxima, similar ao conceito de dignidade da pessoa humana, que não admite sopesamento com outros princípios. Assim, não é possível falar em uma decisão desproporcional ou que ofenda em algum grau a dignidade da pessoa humana¹⁸.

A dignidade da pessoa humana, assim, é equivalente às expressões justiça ou proporcionalidade. Para comprovar isso, basta se realizar o exercício de substituição dos termos, o que prova a interdefinibilidade dos mesmos. Ou seja, “não ofende a justiça” ou “não ofende a proporcionalidade” realizar certas escolhas é o mesmo

15 Ibid., p. 58.

16 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 59.

17 Ibid.

18 ALMEIDA, Bruna dos Santos; BAHIA, Saulo José Casali. Ponderação, direitos fundamentais e retrocesso social. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, v. 32, ano 2022, p. 5.

que dizer “não ofende a dignidade da pessoa humana” escolher algo. Não há conteúdo concreto e absoluto para a dignidade da pessoa humana¹⁹.

Essa dimensão da dignidade da pessoa humana pode ser útil para abordar o objeto de estudo, bem como para compreender que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto ou irrestrito, como podemos perceber no caso de conflitos.

Por exemplo, a incidência das garantias fundamentais pressupõe apenas uma delimitação de direitos para ambas as partes envolvidas, através da fixação de limites sinalagmáticos que impedem a extrapolação no exercício de prerrogativas de um sujeito em relação ao outro, de modo a harmonizar os interesses antagônicos. Assim, “os interesses de todos os sujeitos contemplados pela proteção constitucional devem ser conciliados, não se podendo definir de modo apriorístico a hierarquia cabível”²⁰.

Segundo Alexy, valores e princípios tendem a colidir e uma colisão de princípios somente pode ser resolvida através do balanceamento de interesses, que é, de um ponto de vista metodológico, o conceito central da prestação jurisdicional, em detrimento do enfoque da subsunção²¹.

No caso da monogamia, como disposto na decisão do CNJ que proibiu os cartórios de fazer escrituras públicas de uniões poliafetivas, esta acabou por limitar a autonomia da vontade das partes. Segundo Flávio Tartuce, o fundamento constitucional da autonomia privada é a liberdade, um dos principais atributos do ser humano, conforme art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988²².

Importa ainda frisar que a liberdade, nos ideais modernos, estava ligada à ideia de ausência de interferência estatal na conduta dos indivíduos. Já no Estado Social, é exigido que “as leis reconheçam as diferenças materiais existentes na sociedade”. Assim, no paradigma atual, “liberdade e igualdade são reinterpretadas como direitos

19 BAHIA, Saulo José Casali. Judicialização da política, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. R. Trib. Reg. Fed. 1ª Região, Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019, p. 147.

20 TEIXEIRA, Érica Silva; BAHIA, Saulo José Casali Bahia. A captura da teoria do sopesamento e a importância da consideração dos limites materiais e jurídicos à realização dos direitos fundamentais. Revista Brasileira de Teoria Constitucional | e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 95 – 113 | Jan/Jun. 2018, p. 102.

21 ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140.

22 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; METODO, 2021, p. 2022.

que regulam determinada sociedade”²³.

Nesse cenário, a liberdade está relacionada à real possibilidade do sujeito agir e não apenas à ausência de impedimentos à sua atuação. No que se refere à igualdade, esta “não deve representar a homogeneização obrigatória, mas o reconhecimento de que todas as pessoas possuem a mesma liberdade de serem diferentes”²⁴.

4. Monogamia: regra ou princípio?

Como dito anteriormente, não há unanimidade em torno da natureza jurídica da monogamia, sendo esta classificada de diversas maneiras: regra, princípio, valor, elemento estruturante, fundamento, etc. Contudo, não se tem de forma clara os conceitos e critérios utilizados para tais classificações.

Para Flávio Tartuce, a monogamia trata-se de um princípio que pode ser retirado do art. 1.521, inc. VI, do Código Civil, uma vez que não podem casar as pessoas casadas. O referido autor afirma que “tal princípio continua tendo aplicação para o âmbito do casamento” e destaca que a monogamia constitui um impedimento matrimonial a gerar a nulidade absoluta do casamento, conforme art. 1.548, inc. II, do Código Civil²⁵. Assim, podemos deduzir que o autor defende que a monogamia é um princípio aplicável ao casamento.

Por outro lado, Maria Berenice Dias afirma que “a monogamia não é um princípio do direito estatal de família, é regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado”. Dessa forma, monogamia seria “um modo de organização da família conjugal”. A autora destaca ainda que o avesso da monogamia não significa necessariamente a promiscuidade, visto que “traição e infidelidade não ensejam a quebra do sistema monogâmico”²⁶.

Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpre o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio, até porque a Constituição

23 SILVA, Larissa Fernanda Peixoto dos Santos. A pluralidade nas relações de família. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 49.

24 Ibid.

25 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; METODO, 2021, p. 2046.

26 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 60.

não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adúlteras ou incestuosas²⁷.

Prestigiando a monogamia, o art. 550 do Código Civil dispõe que é anulável a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice. De acordo Maria Berenice Dias, “pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional leva a resultados desastrosos”²⁸.

Tratando de uniões paralelas, por exemplo, a autora defende que não emprestar efeitos jurídicos a uma ou a ambas uniões, sob o fundamento da monogamia, “acaba permitindo o enriquecimento sem causa do parceiro infiel”, que fica com a “totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro”. Ou seja, uma solução predominante na doutrina e na jurisprudência que afronta a ética e “afasta-se do dogma maior de respeito à dignidade humana”²⁹.

De acordo com Maria Berenice Dias, a monogamia “sempre foi considerada função ordenadora da família”, uma convenção instituída muito em decorrência da propriedade privada e que, portanto, serve muito mais a questões patrimoniais. Além do mais, compõe um sistema de regras morais. A autora não nega que a sociedade ocidental contemporânea é centrada em um modelo familiar monogâmico. Contudo, argumenta que “não cabe ao Estado, em efetivo desvio funcional, se apropriar deste lugar de interdição”³⁰.

Dessa forma, haveria um conflito entre monogamia e liberdade, em que, nos termos da autora, existe uma ameaça à liberdade na esfera existencial das pessoas, sendo dever do Estado assegurar o estabelecimento dos arranjos familiares diversos. “Caso contrário, a monogamia representa regra de cerceamento inconstitucional da autonomia privada em situações subjetivas existenciais”³¹.

Oportuno pontuar que a própria decisão do CNJ no Pedido de providências nº

27 Ibid.

28 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 61.

29 Ibid.

30 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 61.

31 Ibid., p. 60.

0001459-08.2016.2.00.0000 dispõe que a monogamia é um elemento estrutural e que limita a autonomia privada dos indivíduos. Ou seja, ao proibir a lavratura de escritura pública de uniões poliafetivas, podemos concluir que a monogamia restou vencedora em detrimento da liberdade.

Já William Ventura dos Anjos afirma que “a sociedade, as instituições religiosas e o próprio Poder Judiciário continuam a defender veementemente a monogamia como fundamento ético moral estruturante das relações familiares”. Segundo o autor, toda a transformação social das últimas décadas e os novos arranjos familiares, principalmente se olharmos para o período pós Constituição Federal de 1988, são ignorados³².

Para o autor, a monogamia é um fundamento ético-moral do Estado para organizar a sociedade tendo por base o dever de fidelidade. Assim, a monogamia é travestida de princípio orientador do ordenamento jurídico brasileiro para dar ar de legitimidade para uma forma organizacional das famílias pautada em questões culturais, quando, na verdade, trata-se de um conceito moral e individual³³.

Por último, Paulo Lôbo entende que a monogamia é um princípio do âmbito do Direito de família aplicável à entidade familiar constituída pelo casamento. Esse princípio específico é, portanto, cabível em uma situação determinada, não sendo mais geral, “em virtude do fim da exclusividade da família matrimonial, no direito brasileiro”. Assim, o referido princípio, presente na cultura judaico-cristã, persiste, mas restrito tão somente ao casamento³⁴.

Todavia, o autor entende que “até mesmo em relação ao casamento, esse princípio tem sido atenuado pelos fatos da vida, na medida em que o direito brasileiro tem admitido efeitos de família ao concubinato”. Assim, cita como exemplo a previsão de que com o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos, conforme o art. 1.708 do Código Civil³⁵.

Sobre a aplicação do princípio monogâmico à união estável, afirma:

Controvertem a jurisprudência e a doutrina acerca da

32 ANJOS, William Ventura dos. Afastamento da Monogamia como princípio jurídico no Direito de Família e a possibilidade de novos arranjos familiares sob fundamento da autonomia privada. Trabalho de Conclusão de Curso Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói, 2017, p. 4.

33 Ibid., p. 11.

34 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 41.

35 Ibid.

aplicação do princípio monogâmico à união estável. Entendemos não ser possível essa extensão, não só por se tratar de restrição de direitos — que não admite a interpretação extensiva —, mas também porque não se pode submeter a união estável às características próprias do casamento. Se há, nas situações da vida cotidiana, duas ou mais uniões estáveis paralelas, devem os direitos patrimoniais decorrentes ser objeto de partilha entre os companheiros, notadamente nas obrigações alimentares e na sucessão³⁶.

Assim, sustenta que o direito brasileiro manteve, apenas para a família matrimonial, o princípio da monogamia, dada a natureza do casamento e a tutela constitucional das entidades familiares outras. Para o autor, “monogamia significa interdição a outro casamento, mas não a outra entidade familiar”³⁷.

Conduz a essa conclusão também o fato de que a bigamia, crime do duplo casamento, não pode ser estendida à outra situação fática, por força do princípio da tipicidade penal. “Sendo a união estável distinta do casamento, regra peculiar e restritiva deste não pode ser aplicável àquela, nem mesmo com recurso à analogia”. Ademais, a Constituição não prevê tal requisito para a formação de união estável³⁸.

Enfim, como pode ser visto, não há unanimidade quando se trata do assunto. Além da falta de consenso na doutrina, é importante destacar que alguns cartórios chegaram a lavrar escritura pública de união poliafetiva e a própria decisão do CNJ no pedido de providências contou com voto divergente.

5. Monogamia sob a perspectiva da teoria dos princípios de Alexy

Na obra Teoria dos Direitos Fundamentais, principalmente no terceiro capítulo, o jusfilósofo alemão Robert Alexy apresenta a base da sua teoria dos princípios. As lições do autor acerca do que seria uma regra e um princípio foram posteriormente utilizadas por diversos autores para o estudo dos mais variados temas.

36 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 124-125.

37 Ibid., p. 131.

38 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 131.

Convém pontuar que há uma série de conceitos distintos postos para caracterizar regras e princípios atualmente, bem como há quem use os termos sem muito critério. Fato é que a teoria de Alexy serviu para estudar normas para além daquelas de direitos fundamentais e pode ser considerada pioneira no tratamento acertado da temática.

Dessa forma, passaremos a analisar a monogamia sob a ótica da sua teoria dos princípios. Antes, porém, importante ter em mente que o caminho inicia-se ao compreender o conceito de norma, que é “um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos”³⁹.

O termo norma é de uso corrente tanto na linguagem coloquial, cotidiana, quanto em outras ciências, sendo empregado com uma variedade imensa de sentidos. Alexy afirma que “toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre seu próprio caráter”⁴⁰.

Dessa forma, é recomendado que se busque um modelo de norma que seja sólido o suficiente para constituir a base das análises, mas também suficientemente frágil para que seja “compatível com o maior número possível de decisões no campo dos problemas”. Para isso, o autor elege o “modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias sobre validade”⁴¹.

O ponto de partida do referido modelo consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo. Norma é o significado de um enunciado normativo. Por outro ângulo, enunciado normativo é a expressão da norma, sendo que “a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos”. Ademais, as normas “podem ser também expressas sem a utilização de enunciados, como é o caso, por exemplo, das luzes de um semáforo”⁴².

Para identificar uma norma podemos nos valer das modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão. Para reconhecer se um enunciado expressa uma

39 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 51.

40 Ibid., p. 51-52.

41 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 52.

42 Ibid., p. 53-54.

norma, é preciso recorrer aos outros enunciados que estão em conexão com esse enunciado em análise e também às circunstâncias e regras de sua utilização⁴³.

Em conclusão, “toda norma pode ser expressa por um enunciado normativo” e “é possível expressar uma norma de diversas maneiras”. Dentre elas, destaca-se quando a norma é expressa por enunciado deontico, aquele enunciado caracterizado pelo uso de expressões deonticas como ‘permitido’, ‘proibido’ e ‘devem’⁴⁴.

Nesse momento, já podemos deduzir que a monogamia é uma norma expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Assim, podemos citar o art. 1.521, inc. VI, do Código Civil - não podem casar as pessoas casadas -, bem como o impedimento matrimonial gera a nulidade absoluta do casamento, conforme art. 1.548, inc. II, do Código Civil, fora a previsão do crime de bigamia - contrair alguém, sendo casado, novo casamento. Ademais, apesar de estabelecer uma proibição, ausente o uso de enunciado deontico.

Ato contínuo, dirigindo-se ao centro da questão, temos que a distinção entre regras e princípios é a “base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”⁴⁵.

Alexy afirma que sem essa distinção não podemos falar em restrições a direitos fundamentais, em colisões e no papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. “Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito”⁴⁶.

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma

43 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 54-55.

44 Ibid., p. 56.

45 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 85.

46 Ibid.

das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais⁴⁷.

Com esse espírito, o autor traça uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção. Primeiramente, esclarece que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”⁴⁸.

Assim, podemos falar que ‘as pessoas casadas não devem casar’ e ‘alguém, sendo casado, não deve contrair novo casamento’. Ou ainda, ‘é proibido casar as pessoas casadas’ e ‘é proibido alguém, sendo casado, contrair novo casamento’.

Segundo Alexy, “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”⁴⁹. Assim, temos que as normas, expressas por meio de enunciado normativo ou não, que pode ainda ser deôntico, subdividem-se em regras e princípios.

Para o autor, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. São “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”. Quando falamos das possibilidades jurídicas, trata-se do que é “determinado pelos princípios e regras colidentes”⁵⁰.

Por outro lado, “regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. O conteúdo das regras são “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Como dito anteriormente, toda norma é uma

47 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 85.

48 Ibid., p. 87.

49 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 87.

50 Ibid., p. 90.

regra ou um princípio e a distinção entre um e outro é qualitativa, e não uma distinção de grau⁵¹.

Não raro os termos regra e princípio são usados de maneira indistinta. Também podemos dizer que a teoria dos princípios se desvia do uso corrente da linguagem. É o caso do chamado princípio da anterioridade da lei penal previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988 - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Apesar de conhecida como princípio, a referida norma é uma regra, pois a exigência é sempre ou cumprida ou não cumprida⁵².

Assim, podemos, desde logo, concluir que a monogamia tem natureza jurídica de regra no atual ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração que ou a pessoa casada contrai novo casamento ou não contrai. A norma não pode ser satisfeita em graus variados. A exigência é sempre ou cumprida ou não cumprida. Não se pode cumprir em parte, casar em parte.

Quando nos debruçamos sobre as colisões entre princípios e conflitos entre regras, a concepção do autor torna-se ainda mais clara. Vemos que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito”. Não sendo possível esse tipo de solução, “pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico”⁵³.

Ou seja, diante de uma situação em que se constata a aplicabilidade, em um caso, de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, é possível introduzir uma cláusula de exceção em uma das regras para eliminar a contradição. Contudo, não havendo essa saída, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida⁵⁴.

Já no caso das colisões entre princípios, estas devem ser solucionadas de forma diversa. “Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos

51 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 91.

52 Ibid., p. 109.

53 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 91-92.

54 Ibid., p. 92.

princípios terá que ceder”. Contudo, isso não quer dizer que um princípio será declarado inválido ou ainda que será introduzida uma cláusula de exceção⁵⁵.

Nesse caso, em verdade, “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”. Ou seja, depende da situação concreta, que irá determinar o peso dos princípios e, conseqüentemente, aquele que tem precedência. Assim, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”⁵⁶, através do sopesamento entre os interesses conflitantes.

Importante delinear que os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Eles representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Já as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, há uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas⁵⁷.

Ademais, no caso de conflito entre regras, há a possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. “Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo”, já que o mandamento foi afastado naquela circunstância⁵⁸.

A partir disso, Alexy conclui que princípios e regras são razões de naturezas distintas, pois princípios, como espécie de norma contraposta à regra, são sempre razões *prima facie*, enquanto as últimas são, não havendo cláusula de exceção, razões definitivas⁵⁹.

Por fim, podemos arrematar no sentido de que o direito fundamental à liberdade é aberto, não tendo seu conteúdo definido. Em outro turno, não podemos caracterizar a monogamia como regra válida para outros arranjos familiares além daquele formado através do casamento.

55 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 93.

56 Ibid., p. 93-94.

57 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 103-104.

58 Ibid., p. 104.

59 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 106.

Nesse cenário, é primordial frisar que, conforme o art. 1.723, §1º, do Código Civil brasileiro, é reconhecida como entidade familiar a união estável de pessoa já casada e separada de fato. Assim, a monogamia é regra que impede, proíbe, tão somente, dois casamentos simultâneos, sendo esse propriamente o conceito do termo.

Conclusão

Diante do exposto, podemos concluir que a monogamia é uma norma expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Assim, podemos citar o art. 1.521, inc. VI, do Código Civil - não podem casar as pessoas casadas -, bem como o impedimento matrimonial gera a nulidade absoluta do casamento, conforme art. 1.548, inc. II, do Código Civil, fora a previsão do crime de bigamia - contrair alguém, sendo casado, novo casamento.

Ademais, apesar de estabelecer uma proibição, ausente o uso de enunciado deôntico. Contudo, podemos falar que 'as pessoas casadas não devem casar' e 'alguém, sendo casado, não deve contrair novo casamento'. Ou ainda, 'é proibido casar as pessoas casadas' e 'é proibido alguém, sendo casado, contrair novo casamento'. Todos modos de expressar a norma.

Dito isso, a monogamia tem natureza jurídica de regra no atual ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração que ou a pessoa casada contrai novo casamento ou não contrai. A norma não pode ser satisfeita em graus variados. A exigência é sempre ou cumprida ou não cumprida. Não se pode cumprir em parte, casar em parte.

Por fim, não podemos caracterizar a monogamia como regra válida para outros arranjos familiares além daquele formado através do casamento. Isso porque, conforme o art. 1.723, §1º, do Código Civil brasileiro, é reconhecida como entidade familiar a união estável de pessoa já casada e separada de fato. Assim, a monogamia é regra que impede, proíbe, tão somente, dois casamentos simultâneos, sendo esse propriamente o conceito do termo.

Dessa forma, o presente estudo respondeu a questão proposta e cumpriu com seus objetivos, tendo a hipótese do estudo sido confirmada, considerando que, tomando por base a teoria dos princípios de Robert Alexy, a monogamia tem natureza

jurídica de regra, bem como está restrita ao casamento, conforme interpretação sistêmica da Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.

SILVA, Larissa Fernanda Peixoto dos Santos. **A pluralidade nas relações de família**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 80.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=51260&i>>. Acesso em: 01 dez. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). Direito civil constitucional. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 9.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 55.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 87.

ALMEIDA, Bruna dos Santos; BAHIA, Saulo José Casali. **Ponderação, direitos fundamentais e retrocesso social**. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, v. 32, ano 2022, p. 5.

BAHIA, Saulo José Casali. **Judicialização da política, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana**. R. Trib. Reg. Fed. 1ª Região, Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019, p. 147.

TEIXEIRA, Érica Silva; BAHIA, Saulo José Casali Bahia. **A captura da teoria do sopesamento e a importância da consideração dos limites materiais e jurídicos à realização dos direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 95 – 113 | Jan/Jun. 2018, p. 102.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; METODO, 2021, p. 2022.

ANJOS, William Ventura dos. **Afastamento da Monogamia como princípio jurídico no Direito de Família e a possibilidade de novos arranjos familiares sob fundamento da autonomia privada**. Trabalho de Conclusão de Curso Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói, 2017, p. 4.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 41.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015, p. 51.

