

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

CARLOS EDUARDO RAHAL REBOUÇAS DE CARVALHO

O IMPÉRIO DA SUBJETIVIDADE:  
O RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA À LUZ DO  
NEOCONSTITUCIONALISMO E DA ÉTICA DA AUTENTICIDADE DE CHARLES  
TAYLOR

SÃO PAULO

2019

CARLOS EDUARDO RAHAL REBOUÇAS DE CARVALHO

O IMPÉRIO DA SUBJETIVIDADE: O RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE  
SOCIOAFETIVA À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DA ÉTICA DA  
AUTENTICIDADE DE CHARLES TAYLOR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Escola de Direito de São Paulo da Fundação  
Getúlio Vargas, como requisito parcial para a  
Obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Filosofia do Direito

Orientador: Prof. Dr. José Garcez Ghirardi

SÃO PAULO

2019

CARLOS EDUARDO RAHAL REBOUÇAS DE CARVALHO

O IMPÉRIO DA SUBJETIVIDADE: O RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE  
SOCIOAFETIVA À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DA ÉTICA DA  
AUTENTICIDADE DE CHARLES TAYLOR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Escola de Direito de São Paulo da Fundação  
Getúlio Vargas, como requisito parcial para a  
Obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Filosofia do Direito

Data de aprovação: 02/12/2019

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. José Garcez Ghirardi (Orientador)

---

Profa. Camila de Jesus Mello Gonçalves  
(Professora Convidada)

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. José Garcez Ghirardi, meu orientador, inspiração desde o primeiro dia de faculdade, meu grande exemplo de que inteligência e sensibilidade podem ser uma coisa só; pela incansável generosidade, pela sabedoria dividida, pelo rigor do raciocínio; por me lembrar, com sua gentileza costumeira, que este também é um momento de conquista e de celebração.

À Profa. Dra. Camila de Jesus Mello Gonçalves, cuja clareza e didática despertaram em mim o gosto pelo Direito de Família, que, dentre outros, gestou este trabalho.

Aos meus pais, Luis Eduardo e Adriana, pela presença e carinho diário, por cada palavra ou gesto de amor, pela maior demonstração do que é, de fato, uma família fundada no afeto.

Ao meu irmão, Gustavo, meu parceiro, por me ensinar que o convívio com as diferenças nos fortalece e por fazer da minha vida uma aventura deliciosa e impossível sem um irmão.

Às minhas amigas e aos meus amigos de toda a vida, por cada instante infinito. Minha vida é deles. Em especial, ao Risadaria.

À Cia. da Gaivota, companhia teatral da FGV-SP, da qual orgulhosamente faço parte, pelo acolhimento, pela entrega, pelo olho no olho e por tornar minha experiência universitária mais doce, mais inteira. Só o teatro salva.

Ao Célia Helena Centro de Artes & Educação, onde, em dezembro de 2019, me formo ator.

À querida equipe do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, onde trabalhei durante o ano de 2019, pelo aprendizado profissional e humano, pela gentileza diária, por tornar minha rotina de trabalho (e, consequentemente, a redação deste texto) mais prazerosa e mais leve.

À FGV Direito SP, em nome de todas e todos que, durante os meus cinco anos de graduação, me proporcionaram momentos de alegria, aprendizado, muito crescimento e construção ética e cidadã.



“Não, meu coração não é maior que o mundo. É muito menor”.

*Mundo Grande*, Carlos Drummond de Andrade.

## RESUMO

Este trabalho busca analisar os argumentos do voto do Min. Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC (reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da parentalidade socioafetiva com base no direito à busca da felicidade e no princípio da dignidade humana) a partir de proposições teóricas sobre subjetividade moderna (em especial os conceitos de ética da autenticidade e imaginário social, de Charles Taylor) e neoconstitucionalismo. A abordagem é fundamentalmente descritiva. Adotou-se a metodologia de revisão bibliográfica desses conceitos para servirem como ferramental de análise dos argumentos jurídicos do caso concreto. Parte-se da hipótese geral de que formas de subjetividade e formas de organização política e jurídica influenciam-se mutuamente e que, atualmente, há um descompasso entre essas instâncias que gera um embate entre estruturas simbólicas normativas e desejos de expressão individual. Pressupõe-se, ainda, que a concepção jusfilosófica moderna de indivíduo, em alguma medida, reverbera no Direito, sobretudo na gramática dos direitos fundamentais e da dignidade humana. A partir disso, a pesquisa conclui que o voto de Fux no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC revela aspectos da subjetividade moderna (racionalidade instrumental, valorização da autonomia e busca da própria felicidade) e do paradigma neoconstitucionalista (proeminência do Poder Judiciário, hermenêutica principiológica e primazia dos direitos fundamentais). Argumenta-se, também, que há uma tensão entre as novas formas de subjetividade da pós-Modernidade, fundadas na recusa de uma dignidade humana metafísica e universalista, e a representação moderna do Direito.

Palavras-chave: Parentalidade socioafetiva. Subjetividade. Modernidade. Charles Taylor. Neoconstitucionalismo.

## **ABSTRACT**

This paper aims to analyze the arguments of Justice Luiz Fux in the Extraordinary Appeal (Recurso Extraordinário) n. 898.060/SC (recognition, by the Brazilian Supreme Court, of legal parenthood based solely on affection, as from the right to the pursuit of happiness and the principle of human dignity). Such analysis will be guided by theoretical propositions on modern subjectivity (especially Charles Taylor's concepts of ethics of authenticity and social imaginaries) and neo-constitutionalism. The approach is thus fundamentally descriptive. Bibliographic revision was the adopted methodology so that the concepts were used as analytical tools for the legal arguments of the specific case. The main hypothesis here is that there is a mutual influence between forms of subjectivity and forms of political and legal organization, and that, today, there is a mismatch between those instances which causes a conflict between normative symbolic structures and desire of individual expression. It is also presupposed that the modern legal-philosophical concept of individual somehow echoes in the Law, especially regarding fundamental rights and human dignity. In this sense, the research concludes that Fux's vote in the Extraordinary Appeal (Recurso Extraordinário) n. 898.060/SC reveals aspects of modern subjectivity (instrumental rationality, valorization of autonomy, and the pursuit of happiness) as well as of the paradigm of neo-constitutionalism (Judiciary's protagonism, principled hermeneutics, and primacy of fundamental rights). It also claims that there is a conflict between new forms of subjectivity of the post-Modernity, founded on the refusal of a metaphysical universalist concept of human dignity, and the modern representation of the Law.

Key-words: Parenthood based on affection. Subjectivity. Modernity, Charles Taylor. Neo-constitutionalism.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO: AS ESCOLHAS, AS HIPÓTESES, AS PREMISSAS.....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>A CONSTRUÇÃO DA SUBJETIVIDADE MODERNA E O NEOCONSTITUCIONALISMO: OS TERMOS DA MOLDURA TEÓRICA DE ANÁLISE.....</b>	<b>17</b>
2.1	DO MEDIEVAL AO MODERNO, DO MODERNO AO CONTEMPORÂNEO: A CONSTRUÇÃO DA SUBJETIVIDADE POR CHARLES TAYLOR.....	17
2.2	NEOCONSTITUCIONALISMO: CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, HERMENÊUTICA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO.....	34
<b>3</b>	<b>DA MOLDURA AO CASO: ANÁLISE DO VOTO DO MIN. REL. LUIZ FUX NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 898.060/SC.....</b>	<b>47</b>
3.1	HISTÓRICO DO CASO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	47
3.2	O ESCUDO E O ALFAIATE: ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DE FUX À LUZ DA MOLDURA TEÓRICA.....	49
<b>4</b>	<b>DO CASO À MOLDURA: NOVAS DEMANDAS DE SUBJETIVIDADE E SEUS DESAFIOS PARA O DIREITO.....</b>	<b>66</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS: NOVAS REPRESENTAÇÕES DO DIREITO.....</b>	<b>83</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>89</b>
	<b>ANEXO 1 – VOTO VENCEDOR DO MIN. REL. LUIZ FUX NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 898.060/SC.....</b>	<b>95</b>
	<b>ANEXO 2 – VOTO DO MIN. DIAS TOFFOLI NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 898.060/SC.....</b>	<b>125</b>

## 1 INTRODUÇÃO: AS ESCOLHAS, AS HIPÓTESES, AS PREMISSAS

“Ser ou não ser – eis a questão”.

(William Shakespeare, *Hamlet*, III, 1)<sup>1</sup>.

Para compreender o propósito deste texto, é preciso voltar um tanto atrás: para 2017 e 2018, e para a passagem do século XVI ao século XVII. Isso porque este trabalho de conclusão de curso nasceu de pesquisa anterior de iniciação científica, realizada entre agosto de 2017 e julho de 2018, cujo objeto central de estudo era *Hamlet*, peça de teatro escrita por William Shakespeare em meados de 1600, na Inglaterra.

A partir da análise de trechos da peça, a pesquisa buscava compreender algumas tensões políticas, jurídicas e filosóficas características do período de escrita do texto – a passagem do feudalismo para a Idade Moderna, na Europa. Dentre elas, concentrava-se na relação dialética entre sujeito e Estado modernos. Para norteá-la, selecionou-se o conceito de legitimidade do poder político<sup>2</sup> como índice de leitura da peça. Tal escolha se deu em virtude de este conceito pressupor uma relação de mútua influência entre formas de subjetividade e formas de Estado, pois a legitimidade do poder dependeria de uma percepção do sujeito sobre o exercício da autoridade política e sobre os valores que essa autoridade tem por premissa<sup>3</sup>.

A legitimidade política, portanto, foi definida como “um reconhecimento, pelo sujeito, de que determinada crença, norma, prática ou instituição adequa-se à ordem vigente [de modo que a] autoridade legítima é aquela que o sujeito aceita como parte da ordem que é fonte de sua visão de mundo” (CARVALHO, 2018, p. 14).<sup>4</sup> Assim, a legitimação envolveria um juízo de adequação, validade e propósito; trata-se de um elo entre o sujeito e o Estado. Foi com este olhar que se analisou o texto de Shakespeare.

<sup>1</sup> SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Trad. de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2012.

<sup>2</sup> Os autores então utilizados foram Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel, em especial suas obras *Leviatã* e *O Príncipe*, respectivamente.

<sup>3</sup> Cf., e.g., BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999; HABERMAS Jürgen. **Problemas de legitimação no estado moderno**: para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1990; e DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. **Revista de Informação Legislativa**, a. 38 n. 150. Brasília, abr./jun., 2001, p. 99-120.

<sup>4</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de. **O mundo inteiro é uma prisão**: aspectos da construção moderna do sujeito político em *Hamlet*. São Paulo, 2018. 38 p. Relatório final de pesquisa de Iniciação Científica (Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP, 2018.

Cf. também DINIZ: “a questão da legitimidade tem estado associada com os fundamentos de validade do poder político”. In: DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. **Revista de Informação Legislativa**, a. 38 n. 150. Brasília, abr./jun., 2001, p. 113.

A obra narra a trajetória do príncipe Hamlet em torno do dever de vingar a morte do pai, assassinado pelo próprio irmão (tio do príncipe), que ambicionava o trono. O conflito da peça é o tormento da dúvida de Hamlet entre a ação e a inação – o célebre questionamento de “ser ou não ser”. Pois ainda que entenda que não agir conforme o seu dever é uma impossibilidade ética e política, Hamlet sente uma profunda descrença no sentido de fazê-lo (GHIRARDI, 2011)<sup>5</sup>.

O objetivo central do trabalho era compreender, da perspectiva da filosofia política e da teoria do Direito, por que Hamlet considera ilegítimo o Estado e, portanto, injustas as suas leis. Considerando que a legitimidade pressupõe um reconhecimento de sentido da ordem vigente, argumentou-se que, para Hamlet, a autoridade política do Rei é ilegítima porque é fruto de um ato de tirania, um golpe de Estado. Mas não só.

Valendo-se de referências teóricas trazidas por Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel<sup>6</sup>, que discutem a construção do Estado moderno, e Charles Taylor, que investiga a construção do sujeito moderno a partir de conceitos como imaginário social e ética da autenticidade<sup>7</sup>, a pesquisa concluiu que, nesse mundo que lhe impõe um dever esvaziado de sentido, Hamlet desconfia da moralidade, das leis e da própria condição humana porque não se sente parte da ordem – jurídica, política, moral, cosmológica – que legitima esse dever. Em outras palavras, Hamlet é um sujeito moderno em um mundo regido por práticas e instituições pré-modernas. Isso significa que o conjunto de valores que forja a visão de mundo e o sentido de humano do príncipe está em descompasso com o conjunto de valores fundantes da ordem externa a ele.<sup>8</sup> Se, no regime monárquico absolutista vigente, o Rei é considerado a corporificação do Estado e da lei<sup>9</sup>, então, o choque entre Hamlet e o Rei, ou entre o sujeito e o Estado, torna-se irresolúvel, pois o que legitima a ética e a ação de um é o que torna ilegítima a ética e a ação do outro.

Essa incongruência, esse “embate entre estruturas simbólicas e desejo de expressão”, é uma angústia que parece se manifestar também em nosso tempo (GHIRARDI, 2011, p. 40)<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> GHIRARDI, José Garcez. **O mundo fora de prumo**: Transformação social e teoria política em Shakespeare. São Paulo: Almedina, 2011.

<sup>6</sup> Os textos então utilizados foram *Leviatã*, de Thomas Hobbes e *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel.

<sup>7</sup> Os conceitos de Charles Taylor serão retomados neste trabalho a partir do tópico 2.1.

<sup>8</sup> Esta ideia está intimamente conectada com o conceito de imaginário social de Charles Taylor, que será apresentado no tópico 2.1 deste trabalho.

<sup>9</sup> Esta é uma premissa do contratualismo político de Thomas Hobbes, em sua obra *Leviatã*. Discussão semelhante é feita por Harold J. Berman, que descreve as raízes históricas do Direito ocidental moderno, desde o feudalismo até os regimes monárquicos absolutistas e as guerras religiosas da Idade Moderna. Cf. BERMAN, Harold J. **Law and Revolution**: the formation of the Western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

<sup>10</sup> GHIRARDI, José Garcez. **O mundo fora de prumo**: Transformação social e teoria política em Shakespeare. São Paulo: Almedina, 2011.

Talvez por isso, as peças de Shakespeare ainda sejam tão lidas, estudadas e representadas no mundo inteiro, mais de 400 anos depois: porque elas “consistentemente se articulam em torno de personagens enredados na angústia

Partindo da hipótese de que o mundo pré-moderno é “afetado por muitas das contradições que desafiam nosso mundo pós-moderno” (GHIRARDI, 2011, p. 16)<sup>11</sup>, optou-se por dar continuidade à temática de pesquisa da iniciação científica, o que desembocou no presente trabalho de conclusão de curso – eis porque um passo atrás importa para a compreensão mais profunda do pano de fundo deste texto.

Aqui, no entanto, a obra de Shakespeare deixa de ser o objeto central de estudo, ainda que inspire nossas análises. Se, na pesquisa de iniciação científica, o intuito geral era compreender aspectos da falência do arcabouço simbólico da pré-Modernidade, agora, o foco volta-se para um tempo mais recente, que se pode chamar de pós-Modernidade<sup>12</sup>: de cerca da metade do século XX<sup>13</sup> até os dias atuais.

Pode-se dizer, então, que o grande tema ou fio condutor deste texto é a existência de uma conexão entre formas de subjetividade e formas de organização política e jurídica.

Disso decorre que, quando essas instâncias estão em descompasso, quando há um “hiato entre instituições e sujeitos” (GHIRARDI, 2016, p. 14)<sup>14</sup>, quando os fundamentos que as legitimam são diferentes, há uma tensão entre a estrutura simbólica e o desejo de expressão individual. Nesse sentido, o argumento pressupõe que o hiato entre instituições e sujeitos decorre de uma disputa pelo sentido de humano. Essa tensão é um dos aspectos do que se pode chamar de “crise valorativa e simbólica nas sociedades contemporâneas” ou “enfraquecimento e colapso das referências simbólicas” (OLIVEIRA, B., 2012, p. 2)<sup>15</sup>.

---

de desejos e aspirações possíveis de serem experimentados, mas impossíveis de serem realizados dentro das molduras de sentido socialmente disponíveis”. In: GHIRARDI, José Garcez. **O mundo fora de prumo: Transformação social e teoria política em Shakespeare**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 40.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> Cf., e.g., LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004; BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Augusto de Souza Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

<sup>13</sup> Zygmunt Bauman propõe uma definição de pós-Modernidade como uma era de desregulamentação das subjetividades e das relações interpessoais, cuja marca seria a primazia da liberdade individual: o “valor pelo qual todos os outros valores vieram a ser avaliados e a referência pela qual a sabedoria acerca de todas as normas e resoluções supra-individuais devem ser medidas”. Nesse cenário, Bauman traça um contraponto entre os mal-estares da Modernidade e os mal-estares da pós-Modernidade: “Os mal-estares da modernidade provinham de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais em busca da felicidade individual. Os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais”. In: BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução: Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 7-10.

<sup>14</sup> GHIRARDI, José Garcez. **Narciso em sala de aula** [recurso eletrônico]: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 104 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17694/Narciso-em-sala-de-aula.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Bruno Augusto Santos. A erosão do juiz como símbolo nas sociedades contemporâneas e a necessidade de formação ética e crítica do indivíduo-magistrado. **Justiça & Educação**, v. 1, n. 1, p. 1-5, jul./dez., 2012.

Portanto, a primeira grande hipótese deste trabalho pode ser sintetizada do seguinte modo: assim como no período de ruptura da experiência medieval e surgimento da era moderna, há hoje em dia um descompasso entre estruturas simbólicas e desejo de expressão. Esse embate revela que modos de existir subjetivamente não correspondem aos modos de organizar o coletivo (institucionalmente, politicamente, juridicamente). Em outras palavras, as formas de subjetividade entram em choque com as formas políticas e jurídicas. Isso pressupõe que há uma conexão importante entre subjetividade e Estado. Supõe-se aqui que a dialética entre essas instâncias está no coração das crises de identidade e crises políticas tanto na passagem do mundo medieval ao mundo moderno quanto na passagem do mundo moderno ao mundo contemporâneo, ou pós-moderno.

O impacto deste diagnóstico filosófico para o campo jurídico justifica-se pelas transformações que ele pode promover no que Ghirardi e Nasser definem como representações do Direito: “os modos de pensar, de imaginar e de viver o jurídico”. Segundo esta perspectiva, uma compreensão mais profunda do fenômeno jurídico passa pela análise dos “elementos culturais, pré-jurídicos, dentro dos quais e a partir dos quais o direito se estrutura e funciona” (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 13-16)<sup>16</sup>. Os autores desenvolvem esta ideia:

Noções jurídicas tão fundamentais quanto as de sujeito de direitos e Estado só podem ter eficácia se concertadas com os valores e a visão de mundo que informam os grupos dentro dos quais emergem. Reverberam no conceito jurídico de sujeito de direitos, por exemplo, compreensões específicas do que sejam ser humano e indivíduo, e essas compreensões determinam, em larga medida, o sentido possível daquele conceito. De modo semelhante, implícitas na ideia política de Estado estão crenças sobre o sentido do coletivo, sobre os limites entre público e privado, e sobre as relações entre individual e universal. (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 16)<sup>17</sup>

Logo, se uma concepção de humano orienta uma concepção de sistema jurídico, então “buscar as origens de um modo de representar o direito pode significar [...] uma investigação sobre os fatos históricos e seu encadeamento” (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 23)<sup>18</sup>. Norberto Bobbio ratifica este entendimento dizendo que o “problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização” (BOBBIO, 1990, p. 16)<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.



Eis, então, a segunda grande hipótese deste trabalho: que uma concepção de humano orienta uma concepção de Direito (e, portanto, do sentido das normas) em determinado contexto histórico<sup>20</sup>. Em particular, este trabalho se concentra nos contextos da Modernidade da pós-Modernidade, inspirado sobretudo pelo trabalho de Charles Taylor (em especial as obras *The ethics of authenticity* e *Modern social imaginaries*), assim como na pesquisa anterior de iniciação científica. A explicação detalhada dos conceitos do autor será apresentada mais adiante. Por ora, é suficiente descrever a hipótese nos seguintes termos: há uma concepção jusfilosófica moderna de indivíduo, de humano, que em alguma medida reverbera no Direito, sobretudo na gramática dos direitos fundamentais – em especial no princípio da dignidade da pessoa humana –, e que orienta a hermenêutica jurídica segundo um modelo que se pode denominar neoconstitucionalismo.

A terceira grande hipótese deste texto identifica a existência de duas tensões que a concepção moderna de indivíduo traz para o Direito na pós-Modernidade: uma de caráter mais substantivo (relacionada ao fundamento e à interpretação das normas), outra de caráter mais procedimental (relacionada às prerrogativas do Estado, especialmente do Poder Judiciário). Estas tensões serão avaliadas a partir de dicotomias características da dialética entre estruturas simbólicas e desejo de expressão individual, como indivíduo/coletivo, autonomia/heteronomia e substancialismo/procedimentalismo.

Finalmente, dessas três hipóteses decorre a quarta e última grande hipótese deste texto: que uma das instituições afetadas pela tensão entre estruturas simbólicas e desejo de expressão é a família, aqui entendida como unidade básica de formação das identidades e o primeiro coletivo onde o indivíduo se forma no mundo ocidental; *i.e.*, como a “ambientação primária

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, Ghirardi e Nasser apontam e respondem a uma ressalva importante feita ao seu próprio raciocínio, que vale pontuar aqui: “Está autorizado o argumento de que, para os sistemas jurídicos, que detêm afinal o poder de dizer o que é e o que não é jurídico, apenas o que interessa é a existência das normas enquanto direito. Interessa a norma e o que ela diz, e não o porquê de ela dizer o que diz. As considerações morais, políticas, de necessidade, de justiça ou de oportunidade que levam a que a norma exista e determinam seu conteúdo são, em princípio, desimportantes para o direito no sentido de que não constituem elas o critério do jurídico. Não obstante, as normas jurídicas precisam ter conteúdos e as razões para esses conteúdos são razões saídas do mundo”. (p. 25)

“Em nosso dia a dia, tendemos a pensar sobre o mundo, não sobre a forma como pensamos o mundo [...] A forma como pensamos o mundo, entretanto, não deixa de importar apenas porque a deixamos de lado. Pelo contrário. Torna-se ainda mais relevante porque, silenciosa e despercebida, continua moldando nossos juízos, nossas escolhas cotidianas, nossos sentimentos de fracasso ou sucesso. Ela está na origem de nossos impulsos para abraçar e rejeitar valores, de nossas decisões sobre o que perseguir e o que evitar, e inscreve-se no mais profundo de nossos objetos de realização pessoal. Por isso, temos boas razões para examiná-la mais de perto”. (p. 61) In: GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

[em] que o homem se distingue dos demais animais” (FARIAS, 2008, p. 2)<sup>21</sup>. Esta hipótese é importante porque o objeto de estudo deste trabalho será um caso jurídico concreto que versa sobre um tema específico de Direito de Família: o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da parentalidade socioafetiva, no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC, decidido em setembro de 2016, Tema 622 de Repercussão Geral, e transitado em julgado em junho de 2019. Pressupõe-se que este caso nos permite ilustrar, compreender e problematizar as quatro hipóteses apresentadas com mais concretude.

Nesse sentido, este texto persegue três objetivos estruturais.

Primeiro objetivo: descrever e analisar aspectos acerca: (i) da construção da subjetividade ocidental moderna, a partir de revisão bibliográfica sobre o tema, em especial das obras *The ethics of authenticity* e *Modern social imaginaries*, de Charles Taylor; e (ii) da emergência do chamado neoconstitucionalismo, sobretudo enfocando a proeminência do Poder Judiciário, a formulação de uma hermenêutica jurídica principiológica e a centralidade dos direitos fundamentais, em particular a dignidade humana. Isso se dará principalmente a partir dos textos “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”<sup>22</sup>, de Luís Roberto Barroso, e “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”<sup>23</sup>, de Ana Paula de Barcellos.

Segundo objetivo: avaliar em que medida as novas formas de subjetividade impactaram a visão sobre direitos fundamentais, em geral, e a visão de família, em particular, em especial à luz do voto do Relator Min. Luiz Fux no Recurso Extraordinário 898.060/SC (reconhecimento pelo STF, da parentalidade socioafetiva com base no chamado direito à busca da felicidade e no princípio da dignidade humana).

Terceiro objetivo: identificar e apresentar as duas tensões, apontadas pela terceira hipótese acima, que essas formas de subjetividade trazem para o Direito, em especial para o Poder Judiciário: uma tensão de caráter substantivo (relacionada à estrutura normativa, à crise do fundamento abstrato e universalista da dignidade humana e da igualdade formal), outra de caráter procedimental (relacionada ao papel do Judiciário enquanto intérprete das normas).

Em síntese, poderíamos dizer que este trabalho busca analisar os argumentos do voto do Relator Min. Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC a partir de proposições

---

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito à família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-17, 2008.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

<sup>23</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

teóricas sobre neoconstitucionalismo, construção da subjetividade moderna, ética da autenticidade e imaginário social, como forma de testar as quatro hipóteses apresentadas. Assim, propõe-se uma abordagem fundamentalmente teórica e descritiva. Adota-se uma metodologia de revisão bibliográfica desses conceitos a partir de textos teóricos e filosóficos, para que sirvam como ferramental de análise dos argumentos jurídicos do caso concreto. Além dos textos de Taylor, Barroso e Barcellos, serão bastante utilizados também *A era dos direitos* de Norberto Bobbio e “Representações do Direito e a crise da Modernidade”<sup>24</sup>, de José Garcez Ghirardi e Salem Hikmat Nasser.

O objetivo central é utilizar os conceitos teóricos relevantes como moldura para analisar os argumentos utilizados na decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC, ou seja, é testar essa moldura teórica na análise de um caso concreto. Contudo, uma tal escolha metodológica impõe a clareza do entendimento dos termos abstratos. Para isso, será necessário reconstruir essa moldura e entender sua estrutura, em geral, para aplicá-la como índice de análise ao exemplo específico, em particular.

Os três objetivos elencados acima correspondem exatamente à organização da estrutura argumentativa deste trabalho. O texto é dividido em três partes, além desta introdução, das considerações finais e das referências bibliográficas. A primeira parte apresenta a moldura teórica, concentrando-se nos conceitos de subjetividade moderna, imaginário social, ética da autenticidade e neoconstitucionalismo (primeiro objetivo; primeira e segunda hipóteses). A segunda parte apresenta o caso e analisa os argumentos do voto de Fux a partir dos conceitos da moldura teórica (segundo objetivo; quarta hipótese). A terceira parte identifica as duas tensões acima apontadas e avalia, brevemente, como elas podem sinalizar uma mudança nas representações de Direito (terceiro objetivo; terceira hipótese).

Assim, pode-se dizer que os temas centrais destas páginas serão: subjetividade moderna e pós-moderna, neoconstitucionalismo, dignidade humana, ética da autenticidade, parentalidade socioafetiva e direito à busca da felicidade. Logo, os campos do Direito com os quais se dialoga mais fortemente são a Filosofia do Direito, a Filosofia Ética e Política, o Direito Constitucional e o Direito de Família. Importante esclarecer que este trabalho não se pretende dogmático, de tal modo que, muito embora algum diálogo com o Direito de Família ou o Direito Constitucional seja indispensável, a análise dos argumentos que levaram ao reconhecimento

---

<sup>24</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

jurídico da socioafetividade será feita a partir de uma perspectiva filosófica dos direitos fundamentais. Entende-se que a interdisciplinaridade enriquece o argumento: a intersecção do Direito com outras áreas do conhecimento humano “amplia os horizontes de análise de um problema teórico do Direito” (CARVALHO, 2018, p. 6)<sup>25</sup>.

Importante, também, oferecer uma justificativa para as escolhas pela moldura e pelo caso.

Em primeiro lugar, optou-se pelo trabalho de Charles Taylor como guia conceitual por ser ele uma referência no estudo das conexões entre subjetividade e política. O autor constrói seu argumento de forma muito semelhante à primeira e à segunda hipóteses deste texto. Seus conceitos de ética da autenticidade e imaginário social possibilitam uma compreensão dessas relações de forma bilateral: tanto do sujeito para a instituição, quanto da instituição para o sujeito, permitindo avaliar como as categorias influenciam-se mutuamente. Além disso, pensando na chave de representações do Direito, como propõem Ghirardi e Nasser, também “ocorre de as propostas normativas manterem implícitas as suas concepções ontológicas. Neste caso, a reconstrução proposta por Taylor tem a função de desnudar esses pressupostos” (COELHO; OLIVEIRA, R., 2018, p. 209)<sup>26</sup>.

Em segundo lugar, a menção ao neoconstitucionalismo justifica-se por ser um modo de entender a Constituição, ou uma possível representação do Direito, que permite discutir questões como o papel do Poder Judiciário, os limites da hermenêutica, a natureza dos princípios constitucionais e a relevância atribuída pela ordem normativa constitucional aos direitos fundamentais (e, consequentemente, à dignidade humana).

Em terceiro lugar, a escolha pelo caso seguiu três etapas.

A primeira etapa, a opção por um tema de Direito de Família, seguiu três critérios. Primeiro critério: a família é um dos primeiros coletivos aos quais um indivíduo pertence e onde se forma, o que abre espaço para refletir sobre a relação entre instituições e sujeitos (afinal, nos termos do art. 226 da própria Constituição Federal, a família é a “base da sociedade”<sup>27</sup>). Segundo critério: a família é um campo do Direito que sofre constantes transformações na

<sup>25</sup> Trecho extraído da pesquisa de iniciação científica que originou este trabalho. Na ocasião, indicou-se a seguinte referência para subsidiar essa afirmação: Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007. Cap. 3 – “Direito e Ciências Sociais”, p. 33-52.

<sup>26</sup> COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, p. 206-223, jul./dez., 2018. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/807/531>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>27</sup> BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 set. 2019.

compreensão dos seus conceitos (já se fala, por exemplo, não em Direito de Família, mas em Direito das Famílias<sup>28</sup>), o que permite ilustrar o argumento da historicidade do Direito e de suas representações. Terceiro critério: dentro do fenômeno da constitucionalização do Direito, que é tido como uma das características do neoconstitucionalismo, o direito civil (no qual se inclui o Direito de Família) é um dos campos mais fortemente influenciados<sup>29</sup>.

A segunda etapa da escolha do caso, a seleção pelo Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC, seguiu dois critérios. Primeiro critério: trata-se de um caso recente (decidido em 2016 e transitado em julgado em 2019) e relevante (haja vista ter sido tema de repercussão geral). Segundo critério: há dois elementos utilizados na fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal bastante interessantes para relacionarmos com a ética da autenticidade da perspectiva da busca pela boa vida ou pela autorrealização – o direito à busca da felicidade e o princípio da afetividade.

A terceira e última etapa da opção pelo caso, a escolha do voto do Min. Luiz Fux, justifica-se em razão de ser ele o relator do Recurso Extraordinário. O Tribunal decidiu, por maioria, conforme seu voto, vencidos em parte o Min. Dias Toffoli e o Min. Marco Aurélio, cujos votos divergentes serão mencionados oportunamente.

Esse trabalho representa um esforço de compreensão mais aprofundada e interdisciplinar sobre a origem e as implicações de uma determinada representação de Direito, de família e de indivíduo. Ele busca, sobretudo, testar uma abordagem analítica, ampliando os horizontes, tendo como premissa a importância de “relacionar o conceito de sujeito de direitos à noção do próprio sujeito” (GONÇALVES, 2010, p. 17)<sup>30</sup>.

Acredita-se, assim, que o “desafio de recompor ordens coletivas significativas passa pela capacidade de ressignificar categorias até agora centrais para a forma como pensamos o jurídico e a política. É preciso repensar as ideias de Estado, sujeito e direito” (GHIRADI; NASSER, 2016, p. 58)<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Cf. CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>29</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Fernando de Barros Autran. **A estrutura conceitual do sujeito de direitos**: sobre o problema da individualização dos conflitos, através da evolução do conceito de self nas hermenêuticas de Charles Taylor e Paul Ricoeur. Recife, 2010. 146p. Dissertação de Mestrado (Direito) - UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, 2010. Disponível em:

[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3732/1/arquivo140\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3732/1/arquivo140_1.pdf). Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>31</sup> GHIRADI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

## 2 A CONSTRUÇÃO DA SUBJETIVIDADE MODERNA E O NEOCONSTITUCIONALISMO: OS TERMOS DA MOLDURA TEÓRICA DE ANÁLISE

“É evidente que esse que nos criou com tanto entendimento,  
Capazes de olhar o passado e conceber o futuro, não nos deu  
Essa capacidade e essa razão divina  
Para mofar em nós, sem uso”  
(William Shakespeare, *Hamlet*, IV, 4)<sup>32</sup>.

Este capítulo busca apresentar um panorama descritivo sobre a moldura conceitual teórica do argumento deste texto. O primeiro subtópico apresenta um panorama sobre a construção da subjetividade ocidental moderna a partir das descrições teóricas conceituais de Charles Taylor, sobretudo conforme discutidas em *Modern social imaginaries* e *The ethics of authenticity*. O segundo subtópico apresenta um panorama sobre a emergência do neoconstitucionalismo e descreve suas características centrais.

### 2.1 DO MEDIEVAL AO MODERNO, DO MODERNO AO CONTEMPORÂNEO: A CONSTRUÇÃO DA SUBJETIVIDADE POR CHARLES TAYLOR

Neste tópico, o objetivo geral é compreender aspectos da construção da subjetividade moderna através da filosofia moral e política de Charles Taylor. O objetivo específico é identificar as características e valores atribuídos ao indivíduo moderno, bem como aspectos contraditórios de sua construção, a partir dos seguintes conceitos: ética da autenticidade, autonomia X heteronomia, imaginário social e racionalidade moderna. A questão, portanto, é entender qual é o sentido de humano produzido pela Modernidade ocidental. Para tanto, um primeiro passo é esclarecer o que significa essa tal Modernidade.

Empresto aqui a explicação apresentada na ocasião da pesquisa de iniciação científica, que definiu a Modernidade nos seguintes termos:

*Modernidade*, neste trabalho, designa, basicamente, um momento histórico: Europa, do Renascimento à metade do século XX. Assim também para Anthony Giddens: “emprego o termo ‘modernidade’ num sentido muito geral para referir-me às

---

<sup>32</sup> SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Trad. de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2012.

instituições e modos de comportamento estabelecidos pela primeira vez na Europa depois do feudalismo” (GIDDENS, 2002, p. 21)<sup>33</sup>.

Importante atentarmos para a ideia de “instituições e modos de comportamento”. Significa que a Modernidade é, antes de tudo, uma rede de crenças, práticas, expectativas, concepções e formas de vida nesse determinado período histórico ocidental. (CARVALHO, 2018, p. 13)<sup>34</sup>.

Concepção semelhante é adotada por Zygmunt Bauman, como relembra Miriam Adelman: “eu tomo aqui o conceito de ‘modernidade’ para definir uma percepção do mundo, mais do que (como tem sido erroneamente interpretada) o mundo em si mesmo; uma percepção fundada em uma perspectiva que apontou sua universalidade e ocultou seu particularismo” (BAUMAN, *apud* ADELMAN, 2009, p. 198)<sup>35</sup>. Nesse sentido, a Modernidade é uma visão de mundo, embebida por visões de ordem e de sentido. Três pilares fundamentais dos discursos fundantes desta visão de mundo são a racionalidade, o individualismo e a secularização (TAYLOR, 2003, p. 1)<sup>36</sup>. Portanto, a compreensão do que seja o indivíduo moderno depende de uma compreensão correlata sobre o que seja a racionalidade moderna. A secularização – a perda de prestígio das verdades religiosas na explicação do sentido da existência individual e coletiva – é apontada por Charles Taylor como um dos principais atributos dessa racionalidade. Para ele, a Modernidade é uma “era secular”<sup>37</sup>.

Logo, se historicamente o início da Idade Moderna é identificado junto ao término da Idade Média, filosoficamente se segue o mesmo critério. Isso significa que “a falência das narrativas cosmológicas medievais é o que inaugura a era moderna” (CARVALHO, 2018, p. 13)<sup>38</sup>. Jean-François Lyotard conceitua esse fenômeno como o “esgotamento das grandes narrativas” (LYOTARD, *apud* GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 56)<sup>39</sup>. Max Weber e Charles Taylor, por sua vez, adotam o termo “desencantamento do mundo”.

<sup>33</sup> A referência então utilizada, e que aqui reponho, era: GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução por Plínio Detzian. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p. 21.

<sup>34</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de. **O mundo inteiro é uma prisão**: aspectos da construção moderna do sujeito político em *Hamlet*. São Paulo, 2018. 38 p. Relatório final de pesquisa de Iniciação Científica (Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP, 2018.

<sup>35</sup> ADELMAN, Miriam. Visões da pós-modernidade: discursos e perspectivas teóricas. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 21, p. 184-217, jan./jun. 2009. Tradução livre. No original: “I take here the concept of ‘modernity’ to stand for a perception of the world, rather than (as it has been misleadingly intimated) the world itself; a perception locally grounded in a way that implied its universality and concealed its particularism”.

<sup>36</sup> TAYLOR, Charles. **Modern social imaginaries**. Duke University Press: Durham, Carolina do Norte, EUA: 2003.

<sup>37</sup> Cf. TAYLOR, Charles. **A secular age**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

<sup>38</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de. **O mundo inteiro é uma prisão**: aspectos da construção moderna do sujeito político em *Hamlet*. São Paulo, 2018. 38 p. Relatório final de pesquisa de Iniciação Científica (Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP, 2018.

<sup>39</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

Taylor desenvolve essa construção em sua obra *Modern social imaginaries*, em que argumenta, basicamente, que a história dos sujeitos e do que chama de imaginários sociais modernos é a história da falência das narrativas medievais sobre o fundamento da ordem normativa dada pela natureza e pela religião. Sua hipótese central é que a Modernidade é inseparável de um certo tipo de imaginário social e de uma nova concepção sobre a ordem moral que fundamenta as práticas e instituições de uma sociedade. Para desenvolvê-la em seu texto, o autor define o conceito de imaginário social da seguinte forma:

Por imaginário social, eu quero dizer algo muito mais amplo e mais profundo do que as estruturas intelectuais a que as pessoas podem recorrer quando pensam sobre a realidade social de modo desengajado. Eu me refiro, na verdade, à forma como as pessoas imaginam sua existência social, como elas se encaixam umas junto às outras, como as coisas se dão entre elas e seus companheiros, as expectativas que são normalmente atendidas e as noções e imagens normativas mais profundas que ancoram essas expectativas. [...] o imaginário social é o entendimento comum que torna possível haver práticas comuns e um senso de legitimidade amplamente e intersubjetivamente compartilhado. [...]

Nosso imaginário social em determinado tempo é complexo. Ele incorpora um senso de expectativas normais que temos uns para com os outros, o tipo de entendimento comum que nos permite consolidar as práticas coletivas que constituem nossa vida social. Isso incorpora um certo entendimento de como todos nós nos encaixamos, juntos, na realização de uma prática comum. Esse entendimento é tanto factual quanto normativo; isto é, temos um sentido de como as coisas geralmente acontecem, mas ele é entremeadado por um sentido de como elas deveriam acontecer, de quais passos em falso invalidariam aquela prática. [...]

A relação entre as práticas e o entendimento prévio por trás delas não é, portanto, unilateral. Se o entendimento torna a prática realizável, é certo também que é a prática que, em larga medida, carrega esse entendimento. (TAYLOR, 2003, p. 23-25)<sup>40</sup>.

O termo “imaginário social” é invocado porque diz respeito à imagem, à visão, à leitura que a comunidade cívica constrói sobre si mesma – ou seja, é um sentido para ela criado e que a sustenta. Portanto, nesse imaginário ecoam concepções sobre a natureza e a finalidade do

---

<sup>40</sup> TAYLOR, Charles. **Modern social imaginaries**. Duke University Press: Durham, Carolina do Norte, EUA: 2003. Tradução livre. No original: “By social imaginary, I mean something much broader and deeper than the intellectual schemes people may entertain when they think about social reality in a disengaged mode. I am thinking, rather, of the ways people imagine their social existence, how they fit together with others, how things go on between them and their fellows, the expectations that are normally met, and the deeper normative notions and images that underlie these expectations. [...] the social imaginary is that common understanding that makes possible common practices and a widely shared sense of legitimacy. [...] Our social imaginary at any given time is complex. It incorporates a sense of the normal expectations we have of each other, the kind of common understanding that enables us to carry out the collective practices that make up our social life. This incorporates some sense of how we all fit together in carrying out the common practice. Such understanding is both factual and normative; that is, we have a sense of how things usually go, but this is interwoven with an idea of how they ought to go, of what missteps would invalidate the practice. [...] The relation between practices and the background understanding behind them is therefore not one-sided. If the understanding makes the practice possible, it is also true that it is the practice that largely carries the understanding”.



indivíduo, do coletivo e de suas relações. Eis porque, diz Taylor, a Modernidade funda-se em e funde-se com um imaginário social específico.

Isso significa que a Modernidade ocidental é ancorada numa concepção específica de ordem moral da sociedade, de como as instituições devem funcionar. Segundo Taylor, o imaginário social é o que permite que membros de uma mesma comunidade sociopolítica compartilhem um senso de moralidade. Este senso comum (no sentido de intersubjetivamente compartilhado) gera direitos e obrigações de um sujeito perante o outro e perante a comunidade. Em primeiro lugar, é o conceito de ordem moral que fundamenta esses direitos e obrigações.

Na Idade Média, marcada pelas sociedades estamentais, altamente estratificadas, as formas de organização sociopolítica pressupunham uma ordem natural dada por um mandamento divino. A função e o propósito de vida de cada indivíduo independiam, portanto, de seu desejo; eram submetidos ao dever moral imposto a esse indivíduo pela ordem natural de Deus – dever cujo critério maior era o lugar de berço<sup>41</sup>. No imaginário social medieval, o desejo não era concebido como parte da natureza humana, mas como algo imoral que se deveria reprimir.

Nessa perspectiva, a Modernidade surge a partir do momento em que os sujeitos passam a questionar a legitimidade desse dever moral e da ordem divina na qual ele se fundamenta. Quando isso acontece, há justamente uma tensão entre estruturas simbólicas e desejo de expressão individual. Shakespeare, que testemunhou o surgimento da Modernidade, constrói suas peças a partir deste mote: sujeitos modernos, que buscam a perseguição do próprio desejo, enclausurados em um mundo ainda medieval (ou pré-moderno), regido pelo estatuto do dever (GHIRARDI, 2011)<sup>42</sup>. O imaginário social moderno considera que sentir desejo é o que nos faz humanos e que, assim, o desejo diz uma verdade sobre nós. Em outras palavras, na concepção moderna, humano é quem tem a coragem de seguir o próprio desejo. E se o desejo é constitutivo da natureza humana, sua realização torna-se um imperativo moral.

Este é um dos marcos centrais da Modernidade e da construção de seu imaginário social: a ruptura com o estatuto do dever e a afirmação do estatuto do desejo. O que permite a passagem de um para o outro, argumenta Taylor, é o atributo da racionalidade, através do qual o ser humano pode libertar-se do determinismo imposto pela ordem divina e reinventar seus horizontes de ordem moral a partir do exercício da escolha. Pois o imaginário social moderno

---

<sup>41</sup> Cf. LEGOFF, Jacques. **O imaginário medieval**. Tradução: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

<sup>42</sup> GHIRARDI, José Garcez. **O mundo fora de prumo**: Transformação social e teoria política em Shakespeare. São Paulo: Almedina, 2011.

entende que poder desejar significa poder ter escolha – a tarefa do sujeito é justamente decidir sobre quais desejos se age, quais desejos são razões legítimas para a ação.

Disso decorre que um dos mais importantes valores da subjetividade moderna será a liberdade, a autonomia para fazer essas escolhas e assim definir o próprio sentido da existência. Isso significa a “interiorização das verdades no próprio homem” (SILVA FILHO, 2008, p. 306)<sup>43</sup>, a busca do indivíduo dentro de si mesmo pelo “fundamento de suas crenças e a referência para seus sentimentos” (OLIVEIRA, I., 2006, p. 135)<sup>44</sup>. A inexistência de verdades para além do sujeito é uma das premissas fundamentais da Modernidade. No mundo medieval, a história é coletiva porque as razões para a ação individual são dadas de antemão pela narrativa da salvação, uma macronarrativa religiosa. Na Modernidade, esta narrativa perde sua inteligibilidade. O sentido da história coletiva torna-se o sentido da descoberta de si mesmo. O sujeito moderno se constrói em torno da busca pela sua autobiografia, que é dada pelo desejo.

No entanto, segundo a concepção moderna, se, por um lado, o desejo é o que nos faz humanos, por outro, esse desejo, associado à natureza, deve ser filtrado pela razão, pois em um mundo de sujeitos autointeressados, a perseguição indiscriminada dos desejos individuais pode gerar um estado de insegurança e guerra generalizada. O *Leviatã* de Thomas Hobbes é um exemplo clássico desse entendimento. Para o autor, o estado de natureza é marcado pela condição de igualdade fundamental de todos os homens, o que faz com que todos eles tenham direito a todas as coisas necessárias para garantir sua autoconservação. Para evitar que a perseguição dos desejos individuais destrua a comunidade e os próprios sujeitos, Hobbes propõe a celebração de um pacto visando à instauração de um Estado responsável pela garantia da paz e da segurança<sup>45</sup>.

Não interessa aqui aprofundar as nuances do contratualismo político clássico, mas é importante compreender que, na Modernidade, o desejo se submete à razão e a autonomia se submete à heteronomia. Ou seja: entende-se que o “caminho para a verdadeira autonomia passa [...] por uma sujeição do que é (visto como) inferior ao que é (visto como) superior: da natureza bruta à razão”. De tal modo, o “desejo de autonomia da Modernidade autoriza para sua

---

<sup>43</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de personalidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, p. 299-322, dez., 2008.

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor. **Revista Brasileira de Ciências Sociais, RBCS**, v. 21, n. 60, p. 135-145, fev., 2006.

<sup>45</sup> Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

consecução, e sem contradição aparente, uma dinâmica social baseada na heteronomia, isto é, na constrição do sujeito a partir de fora” (GHIRARDI, 2016, p. 26)<sup>46</sup>.

Assim, a comunidade política, no mundo moderno, tem como preocupação central o bem-estar dos indivíduos. Isso significa que a racionalidade moderna, que funda essa comunidade, é altamente funcional, instrumental e utilitarista, pois a natureza e a sociedade são vistas como instrumentos de realização dos interesses individuais:

No Renascimento, muda a forma de se entender e explicar a natureza. [...] [N]esse processo de racionalização, humanização e instrumentalização da natureza, o Deus uno e ordenado, embora não desapareça por completo, perde espaço para a ciência – racionaliza-se.

Nessa narrativa de desencantamento do mundo, há uma noção de ordem, de que a ordem das coisas é benfazeja. Basicamente, há uma convicção de que a ordem da natureza funciona e funciona bem para todos. Se transpusermos essa visão para a sociedade – se a sociedade for vista como uma ordem natural – isso implica que ela também deve ser benfazeja para todos.

Assim, na Modernidade, importa não só a racionalidade, mas a funcionalidade: há uma preocupação em ser útil ao mundo. Essa utilidade é relevante na medida em que altera a noção que se tem de humano. No mundo medieval, o dever se sobrepunha ao desejo. O que nos fazia humanos era o cumprimento de nossos deveres nessa ordem cosmológica. O mundo moderno inverte esta lógica: a noção de humano passa a se basear no desejo individual fruto da escolha racional. (CARVALHO, 2018, p. 13-14)<sup>47</sup>.

Neste mundo, a razão instrumental ocupa papel chave na execução do projeto moderno:

Disciplinar o corpo e o sujeito, e o sujeito a partir do corpo são essenciais para esse projeto que necessita de indivíduos que sejam funcionais dentro dessa nova concepção de sociedade. Abandonada a ideia de uma finalidade transcendente para o corpo político, os modernos passam a justificar a sociedade como um espaço para a otimização das condições de florescimento individual. Charles Taylor indica que uma dimensão central do projeto da Modernidade é justamente o entendimento de que a função da sociedade é servir como instrumento para o benefício mútuo. Se, no mundo medieval, as ações humanas tinham por critério de validade a sua relação com a salvação eterna, sua finalidade última, na experiência moderna, elas se justificam a partir de seu aporte para o bem-estar comum, sua utilidade máxima. (GHIRARDI, 2016, p. 27-28)<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> GHIRARDI, José Garcez. **Narciso em sala de aula** [recurso eletrônico]: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 104 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17694/Narciso-em-sala-de-aula.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>47</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de. **O mundo inteiro é uma prisão**: aspectos da construção moderna do sujeito político em *Hamlet*. São Paulo, 2018. 38 p. Relatório final de pesquisa de Iniciação Científica (Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP, 2018.

<sup>48</sup> GHIRARDI, José Garcez. **Narciso em sala de aula** [recurso eletrônico]: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 104 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17694/Narciso-em-sala-de-aula.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Em contrapartida, essa mesma razão instrumental que, para a Modernidade, permite a realização do desejo de autonomia do sujeito é alvo de grandes críticas que a consideram muito mais um mecanismo de aprisionamento do que de emancipação. Tais críticas estão presentes no discurso moderno, mas já apresentam um prelúdio da crise da Modernidade no mundo pós-moderno – que será explorada no capítulo 4.

Como exemplo disso, citam-se as proposições da Escola de Frankfurt (sobretudo de Adorno e Horkheimer, na associação entre a instrumentalização da natureza e a ascensão dos regimes totalitários do século XX), de Michel Foucault (que define as instituições modernas como instâncias de controle social, normatização e disciplina em sua análise do biopoder) e de Sigmund Freud (cuja psicanálise dedica-se ao estudo da repressão ou sublimação dos desejos e impulsos primitivos do ser humano)<sup>49</sup>.

Charles Taylor também constrói uma objeção à primazia da razão instrumental, a qual ele identifica com uma fonte de mal-estar contemporâneo. A razão instrumental, afirma, é baseada em um cálculo utilitário de custo-benefício, que reduz todas as esferas da vida humana – pessoal, profissional, afetiva – a uma avaliação quantitativa voltada à máxima eficiência. Ou seja, ela faz com que a relação custo-benefício mensure “todos os âmbitos da vida humana, mesmo aqueles que deveriam ser decididos por critérios diversos, como é o caso da ética” (RIBEIRO, 2012, p. 27)<sup>50</sup>. Segundo Taylor, isso esvazia e enfraquece a profundidade da experiência humana. Ao assumir uma tal postura, o sujeito “confere caráter utilitário a todas as associações a que pertence” (OLIVEIRA, I., 2006, p. 136)<sup>51</sup>. O problema de uma tal postura é que o “utilitarismo não se importa com o valor que há nos sentimentos, ele apenas os calcula quantitativamente” (SILVA FILHO, 2008, p. 303)<sup>52</sup>.

Esse esvaziamento da experiência humana pela razão instrumental é indicativo de um fenômeno que Taylor conceitua como perda dos horizontes morais na Modernidade. Com isso, o autor refere-se a um aspecto contraditório da superação da ordem moral medieval pelo imaginário social moderno: se, por um lado, a conquista da liberdade moderna só se deu com a

---

<sup>49</sup> Para uma compreensão mais aprofundada da temática, *c.f.* ADORNO, Theodore W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antonio de Almeida. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986; FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008; FREUD, Sigmund. **O Eu, o Id, “autobiografia” e outros textos**. Trad. Paulo César de Souza. Obras Completas, Volume 16 (1923-1925). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>50</sup> RIBEIRO, Elton Vitoriano. Ética na filosofia de Charles Taylor. **Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia** – Faculdade Católica de Pouso Alegre. v. 4, n. 9, p. 25-40, 2012.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor. **Revista Brasileira de Ciências Sociais, RBCS**, v. 21, n. 60, p. 135-145, fev., 2006.

<sup>52</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de personalidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, p. 299-322, dez., 2008.

ruptura dos paradigmas cosmológicos anteriores, por outro, eram esses paradigmas que conferiam sentido às práticas sociais. A falência dos horizontes de ordem moral e do que Taylor denomina “cadeia do ser”, ou “*chain of being*”<sup>53</sup>, levou, segundo o autor, à perda de uma dimensão heroica da vida humana. Em seus termos, “as pessoas não têm mais um senso de propósito maior, de algo pelo qual valha a pena morrer” (TAYLOR, 1992, p. 4)<sup>54</sup>.

Nesse sentido, a ruptura moderna com a antiga ordem moral ao mesmo tempo esvazia e liberta o sentido da existência humana. A perda dos horizontes morais significa que se perdeu, “diante dessa postura de excessiva proteção à Liberdade e Individualidade, o significado dialético entre a Pessoa e o Mundo” (AQUINO, 2012, p. 34)<sup>55</sup>.

Por outro lado, não se deve perder de vista que, no imaginário social moderno, a busca pela autonomia individual passará não apenas pela heteronomia, mas também pela busca interna do próprio desejo e da própria identidade, daquilo que faz de cada indivíduo um ser único, singular, irrepetível. Em Taylor, essa busca ganha contornos morais muito significativos e essa identidade é definida como autenticidade. Assim ele chega ao conceito de ética da autenticidade.

Taylor situa a ética da autenticidade como o “produto de uma inserção intersubjetiva dos indivíduos em uma sociedade que viu, ao longo da Modernidade, desestruturarem-se as estruturas de hierarquia do *ancien régime* baseadas na honra e na autoridade estamental” – ou

---

<sup>53</sup> Este conceito é desenvolvido por Taylor da seguinte forma: “A liberdade moderna foi conquistada através de uma libertação dos antigos horizontes morais. As pessoas costumavam enxergar a si mesmas como parte de uma ordem mais ampla. Em alguns casos, uma ordem cósmica, uma “grande cadeia de Ser”, na qual seres humanos figuravam cada qual em seu lugar apropriado. [...] Essa ordem hierárquica do universo refletia-se nas hierarquias da sociedade humana. As pessoas eram frequentemente colocadas em um dado lugar, papel e estação que era propriamente delas e de onde era praticamente impensável escapar. A liberdade moderna surgiu através do descrédito dessas ordens. Mas ao mesmo tempo em que nos restringiam, elas davam sentido ao mundo e às atividades da vida social. Tudo o que nos rodeava [...] tinha seu significado dado pelo seu lugar na cadeia do ser”. In: TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, EUA, 1992., p. 3. Tradução livre. No original: “*Modern freedom was won by our breaking loose from older moral horizons. People used to see themselves as part of a larger order. In some cases, this was a cosmic order, a “great chain of Being”, in which humans figured in their proper place [...]. This hierarchical order in the universe was reflected in the hierarchies of human society. People were often locked into a given place, a role and station that was properly theirs and from which it was almost unthinkable to deviate. Modern freedom came about through the discrediting of such orders. But at the same time they restricted us, these orders gave meaning to the world and the activities of social life. The things that surround us [...] had the significance given them by their place in the chain of being*”.

<sup>54</sup> *Idem*. Tradução livre. No original: “*people no longer have a sense of a higher purpose, of something worth dying for*”.

<sup>55</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Ética da autenticidade e alteridade: critérios estéticos para a produção do direito na pós-modernidade. **Revista Húmus**, n. 4, p. 30-51, jan./fev./mar./abr., 2012. Cf. também FUKUYAMA, 2018, p. 11: “Temos que expandir nosso entendimento das motivações humanas para além do simples modelo econômico que domina tanto de nosso discurso”. In: FUKUYAMA, Francis. **Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment**. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2018. Tradução livre. No original: “*We have to expand our understanding of human motivation beyond this simple economic model that so dominates much of our discourse*”.

seja, nessa mesma sociedade moderna em que, “[no] lugar das teleologias metafísicas, o próprio sujeito passou a ser, desde fins da Idade Média, a sede do sentido da vida e o intérprete dos fins a seguir” (HOLMES, 2007, p. 47-48)<sup>56</sup>.

Mais do que defender ou rechaçar esse conceito, Taylor procura descrever como ele tem sido gestado na Modernidade e quais as conquistas e desafios dele decorrentes. Podemos definir, simplificadamente, a ética da autenticidade como a originalidade, o “ideal de fidelidade do indivíduo a si mesmo” (RIBEIRO, 2012, p. 26)<sup>57</sup>. Interessante recuperar aqui o sentido etimológico da palavra “indivíduo”:

Na origem, o termo indivíduo significava aquilo que não pode se dividir, o indivisível. Servia de correspondente latino ao grego átomo, a menor partícula, aquela que não se pode reduzir a algo menor do que si mesma. A palavra também designava aquele ou aquilo que não se confunde com qualquer outro, ainda que da mesma espécie. Aplicado ao homem, o termo evoca a singularidade irredutível e inconfundível do ser humano individual. (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 29)<sup>58</sup>.

Essa “singularidade irredutível e inconfundível do ser humano individual” é, segundo Taylor, o objeto primordial da busca da ética da autenticidade. Significa dizer, portanto, que a descoberta daquilo que faz de cada ser humano um ser autêntico – original, verdadeiro, íntegro – é dada pela própria subjetividade. Trata-se, de certa maneira, de uma subjetividade autopoietica, que se autogera e que é a responsável pela descoberta de si mesma.

Ao mesmo tempo, a ética da autenticidade pressupõe que o indivíduo tem uma dimensão moral indissociável de sua própria constituição subjetiva. De tal forma, a moralidade torna-se um elemento constitutivo da autenticidade. Isso nos reconduz à ideia de reformulação da ordem moral que caracteriza o imaginário social moderno: “a modernidade constitui um ideal moral próprio, ou seja, um horizonte de sentido ético específico – um horizonte que ele [Taylor] identifica como sendo típico de uma Ética da Autenticidade” (HOLMES, 2007, p. 47)<sup>59</sup>. Deste modo, se a ética da autenticidade vem de uma internalização dos horizontes morais, é possível dizer que então o indivíduo só poderá encontrar um modelo de boa vida dentro de si mesmo:

<sup>56</sup> HOLMES, Pablo. A modernidade como dilema entre a eticidade e a moralidade: a crítica de Charles Taylor à teoria do discurso. **Controvérsia**, v. 3, n. 2, p. 42-52, jun./dez., 2007.

<sup>57</sup> RIBEIRO, Elton Vitoriano. Ética na filosofia de Charles Taylor. **Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia** – Faculdade Católica de Pouso Alegre. v. 4, n. 9, p. 25-40, 2012.

<sup>58</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>59</sup> HOLMES, Pablo. A modernidade como dilema entre a eticidade e a moralidade: a crítica de Charles Taylor à teoria do discurso. **Controvérsia**, v. 3, n. 2, p. 42-52, jun./dez., 2007.

Mas para retornar ao ideal de autenticidade: [...] Há um certo modo de ser humano que é o meu modo. Eu sou convocado para viver a minha vida deste modo, e não de modo a imitar o de qualquer outra pessoa. Mas isto atribui uma nova importância à ideia de ser verdadeiro para mim mesmo. Se eu não for, estarei perdendo o objetivo da minha vida, estarei perdendo o que ser humano significa para mim. Este é poderoso o ideal moral que chegou até nós. (TAYLOR, 1992, p. 28-29)<sup>60</sup>.

Se, por um lado, isso pode ser algo positivo, pois leva a crer que “o que possibilita uma perseguição livre [e ética] de fins e objetivos é justamente esse ideal de autenticidade” (HOLMES, 2007, p. 50)<sup>61</sup>, por outro, “o perigo é que todas estas demandas por independência, autonomia e autenticidade, muitas vezes, acabem criando uma cultura que esvazia a própria autonomia, transformando a busca de originalidade e autenticidade em autocomplacência” (RIBEIRO, 2012, p. 27)<sup>62</sup>. Isso porque a ética da autenticidade é altamente individualista. Nesse sentido, Taylor identifica o seguinte aspecto do “lado negro do individualismo”: “o lado negro do individualismo é um centramento no Eu, o que nivela e estreita nossas vidas, empobrece-as em significado e torna-as menos preocupadas com o Outro ou com a sociedade” (TAYLOR, 1992, p. 4)<sup>63</sup>. A isto, o autor dá o nome de narcisismo ou atomismo.

Para Taylor, o risco do individualismo exacerbado é transformar os indivíduos em seres ilhados, incomunicáveis, incapazes de constituir uma experiência coletiva comum ou intersubjetivamente compartilhada, e desinteressados em fazê-lo. Assim, o atomismo compromete o aspecto dialógico da identidade humana – *i.e.*, o fato de que um indivíduo não se define apenas por si mesmo, mas pelo encontro com outro indivíduo. Leva, portanto, à impossibilidade de estabelecer uma ética que vise ao bem comum nas relações comunitárias, o que gera uma sensação de mal-estar, isolamento e solidão (MORAIS, 2011).<sup>64</sup> Taylor define essa forma de sociedade como sociedade narcísica. Na mitologia grega, Narciso é o homem condenado a amar apenas a própria imagem.

Nesse sentido, a relação entre indivíduo e coletivo torna-se uma relação de dicotomia. Não mais entendido como uma rede de segurança que nutre no indivíduo um senso de

<sup>60</sup> TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, EUA, 1992. Tradução livre. No original: “*But to return to the ideal of authenticity: [...] There is a certain way of being human that is my way. I am called upon to live my life in this way, and not in imitation of anyone else’s. But this gives a new importance to being true to myself. If I am not, I miss the point of my life, I miss what being human is for me. This is the powerful moral ideal that has come down to us.*”

<sup>61</sup> HOLMES, Pablo. A modernidade como dilema entre a eticidade e a moralidade: a crítica de Charles Taylor à teoria do discurso. **Controvérsia**, v. 3, n. 2, p. 42-52, jun./dez., 2007.

<sup>62</sup> RIBEIRO, Elton Vitoriano. Ética na filosofia de Charles Taylor. **Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia** – Faculdade Católica de Pouso Alegre. v. 4, n. 9, p. 25-40, 2012.

<sup>63</sup> TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, EUA, 1992. Tradução livre. No original: “*the dark side of individualism is a centring on the self, which both flattens and narrows our lives, makes them poorer in meaning, and less concerned with other or society*”.

<sup>64</sup> Cf. MORAIS, Alexander Almeida. A concepção de Charles Taylor de uma ética da autenticidade unida a uma política do reconhecimento. **Revista Filosofia Capital – RFC**, Brasília, v. 6, n. 13, p. 3-12, jul., 2011.

pertencimento, o coletivo passa a ser visto como um peso do qual o indivíduo busca se libertar (GHIRARDI; NASSER, 2016)<sup>65</sup>. Isso fomenta uma demanda pela independência do indivíduo com relação ao coletivo, contra a qual pode se argumentar justamente que “nenhum ser humano pode ser inteiramente autônomo porque a própria individualidade é constituída a partir do reconhecimento por outras individualidades” (MOREIRA, A., 2017, p. 400)<sup>66</sup>.

Assim, a independência do indivíduo está ligada à sua liberdade. Se, numa sociedade narcísica, o que legitima a ação é a ética da autenticidade, é o querer individual, então se trata de “sacralizar a liberdade de escolha, tornando-a intocável, pois ninguém, nem as autoridades institucionais, poderão interferir no interesse privado” (AQUINO, 2012, p. 37)<sup>67</sup>. De uma perspectiva política, isso quer dizer que “o narcisismo, particularmente em sociedades dominadas pela relação de mercado e pela burocracia, só pode redundar no enfraquecimento da iniciativa democrática”, pois “[u]m eu desengajado equivale a um sujeito inteiramente desinteressado de sua posição no espaço público” (OLIVEIRA, I., 2006, p. 136)<sup>68</sup>.

Um aspecto interessante, e em certa medida contraditório, da ética da autenticidade é o fato de ser um ideal que rejeita a heteronomia em nome da busca pela autonomia (pois entende que a moralidade e a definição de uma boa vida vêm do próprio sujeito e não de um dado externo), mas que, ao mesmo tempo, pode reduzir a autonomia a um narcisismo intolerante. Nessa ótica, ela não escapa à mesma racionalidade moderna instrumental e utilitarista por meio da qual o indivíduo sujeita sua autonomia à heteronomia para satisfazer seu próprio interesse (pois este interesse surge da internalização das fontes morais, que é um exercício racional). Em outras palavras: a ética da autenticidade nasce em um contexto filosófico no qual ainda vige uma lógica de funcionalidade e eficiência da razão (heteronomia), mas é esta mesma razão que possibilita a busca pela autenticidade (autonomia)<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>66</sup> MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo – SP, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez., 2017.

<sup>67</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Ética da autenticidade e alteridade: critérios estéticos para a produção do direito na pós-modernidade. **Revista Húmus**, n. 4, p. 30-51, jan./fev./mar./abr., 2012.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor. **Revista Brasileira de Ciências Sociais, RBCS**, v. 21, n. 60, p. 135-145, fev., 2006.

<sup>69</sup> “A Modernidade incorporou essa crença herdada da cristandade medieval [de que o desenvolvimento humano dependia de uma aceitação de bom grado do trabalho permanente de se transformar], substituindo, contudo, os obscuros desígnios divinos pela vontade humana esclarecida como elemento responsável por conduzir o processo de eterno aprimoramento. O norte para o processo de transformação dos seres humanos será agora oferecido pela razão, conforme entendida pela perspectiva iluminista. É a partir dela que um intelecto bem formado, livre do ilusório das paixões e do engodo dos sentidos (como propõe Descartes), consegue estabelecer os imperativos morais (como propõe Kant) que devem servir de baliza para construir a vida humana em sua melhor forma”. In: GHIRARDI, José Garcez. **Narciso em sala de aula** [recurso eletrônico]: novas formas de subjetividade e seus



Além de instrumental, a racionalidade moderna tem também outros atributos relevantes. Na precisa conceituação de Ghirardi e Nasser<sup>70</sup>, trata-se de uma razão que se pretende:

1. Universal – “existe igualmente em todos os seres humanos, em qualquer lugar do mundo”;
2. Neutra – “seu funcionamento não se altera segundo os valores ou crenças das sociedades ou indivíduos”;
3. Abstrata – “não se prende a eventos concretos, mas se exerce na observação desses eventos”;
4. Impessoal – “não leva em consideração idiossincrasias pessoais, nem circunstâncias particulares”;
5. Organizada – “cada um dos conceitos que formula pode ser situado em um ponto específico dentro do sistema filosófico”;
6. Procedimental – “seu processo de conceituação dá-se por um encadeamento causal necessário de afirmações, encadeamento esse que valida sucessivamente cada uma das afirmações e legitima o conceito construído”;
7. Isenta – “não se altera porque gostamos dela ou não, porque ela nos faz felizes ou infelizes”.

Essa razão informa os valores que serão atribuídos ao sujeito moderno: trata-se do agente livre, racional, disciplinado, instrumental, eficiente, pragmático, competitivo e narcísico. Estes adjetivos ecoam no imperativo da autorrealização que caracteriza a ética da autenticidade.

Interessantemente, ainda que a era moderna rejeite a existência de verdades e teleologias metafísicas e extraia do próprio sujeito o sentido da experiência humana, ela o faz através de uma razão que perpetua o critério do metafísico. Pois se trata de uma razão universalista e pretensiosamente neutra.

No campo da filosofia, talvez sejam Kant e Descartes os grandes defensores dessa forma de racionalidade. Kant a partir de sua constatação de que o imperativo categórico – *i.e.*, a escolha moral individual, fruto da razão esclarecida e da boa vontade – deve ser universalizável;

---

desafios para o ensino. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 104 p. (Coleção Acadêmica Livre), p. 22. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17694/Narciso-em-sala-de-aula.pdf?sequence=3&isAllowed=y%3E>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>70</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). p. 46-47. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

Descartes com seu entendimento a razão é o próprio critério de existência do *cogito* – à medida que raciocina, o ser pensante percebe que existe. No projeto filosófico cartesiano, “a realidade é a expressão do conteúdo da mente humana”. Em certo sentido, pode-se dizer que a “razão instrumental, de origem cartesiana, se tornou o *locus* da avaliação moral na Idade Moderna” (AQUINO, 2012, p. 36)<sup>71</sup>.

Em outras palavras:

[Descartes] está discutindo o funcionamento da mente humana para oferecer um método de conhecimento que nos permita superar os limites individuais de cognição e estabelecer a possibilidade de afirmar algumas proposições como universalmente válidas, isto é, como verdadeiras. (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 43)<sup>72</sup>.

[Para Descartes], o peso da história e do corpo podem nos induzir a erros, e frequentemente fazem bem isso. Portanto, é preciso buscar uma verdade genuinamente metafísica, *i.e.*, que ultrapassa e independe do mundo físico e concreto. Essa independência lhe confere poder. Isenta das idiossincrasias dos sujeitos, ela pode se apresentar como verdade objetiva, não afetada pelos limites do observador singular. (GHIRARDI, 2016, p. 51)<sup>73</sup>.

A razão moderna cartesiana é, nesse modo de ver, tipicamente iluminista. Importante dizer que o “projeto iluminista é um projeto, simultaneamente, filosófico e político” (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 45)<sup>74</sup> – porque responde a um contexto específico de turbulência política (guerras religiosas do século XVII) e porque projeta um modelo de Estado e de organização da vida pública (basicamente, um Estado liberal, ou não-intervencionista). Isso nos conduz novamente à conexão entre formas de subjetividade (concepções de humano) e formas políticas e jurídicas (concepções de Estado e de Direito).

Se o modelo de Estado projetado pela racionalidade moderna iluminista é o liberalismo político, também se pode afirmar que o modelo de Direito projetado por essa mesma racionalidade é o positivismo jurídico. A busca pela objetividade jurídica – por uma racionalidade jurídica neutra, universal e impermeável a subjetivismos – ocupa posição de destaque na teoria pura do Direito de Hans Kelsen<sup>75</sup>. A noção de validade, central para seu

<sup>71</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Ética da autenticidade e alteridade: critérios estéticos para a produção do direito na pós-modernidade. **Revista Húmus**, n. 4, p. 30-51, jan./fev./mar./abr., 2012.

<sup>72</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>73</sup> GHIRARDI, José Garcez. **Narciso em sala de aula** [recurso eletrônico]: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 104 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17694/Narciso-em-sala-de-aula.pdf?sequence=3&isAllowed=y%3E>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>74</sup> *Idem*.

<sup>75</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

argumento, “se estrutura e entende a partir de um olhar interno ao sistema, o que permite – na verdade solicita – que sua construção não dependa de crenças morais nem preferências políticas”. Logo, “para o pensamento moderno, a neutralidade das leis asseguraria o máximo de liberdade para cada cidadão individual” (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 53)<sup>76</sup>.

Assim, considerando que formas de Estado fundamentam representações de Direito, e vice-versa, faz sentido dizer que o universalismo é a base filosófica do positivismo jurídico: uma lei escrita para todos os homens; e que o “individualismo é a base filosófica da democracia [moderna]: uma cabeça, um voto” (BOBBIO, 1990, p. 31)<sup>77</sup>. Em resposta a isso, dirá Fukuyama: “as democracias liberais colocam a igual proteção da autonomia individual no coração de seus projetos morais” (FUKUYAMA, 2018, p. 50)<sup>78</sup>.

Pensando, então, da perspectiva do individualismo e do universalismo da razão, podemos entender a passagem do estatuto do dever para o estatuto do desejo – ou, como diz Bobbio em seu *A era dos direitos*, “do código dos deveres ao código dos direitos” – a partir de uma inversão de perspectiva na relação entre Estado e cidadãos:

passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional. (p. 7)

[...] Para que pudesse ocorrer [...] a passagem do código dos deveres para o código dos direitos, era necessário inverter a moeda: o problema da moral devia ser considerado não mais do ponto de vista apenas da sociedade, mas também daquele do indivíduo. (p. 29)

[...] [A concepção individualista] entende que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado [...] Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos. (p. 30)

[...] Para que pudesse ocorrer essa inversão de ponto de vista, da qual nasce o pensamento político moderno, era necessário que se abandonasse a teoria tradicional, que em outro local chamei de “modelo aristotélico”, segundo a qual o homem é um animal político que nasce num grupo social, a família, e aperfeiçoa sua própria natureza naquele grupo social maior, auto-suficiente [sic] por si mesmo, que é a polis; e, ao mesmo tempo, era necessário que se considerasse (embora através de uma hipótese racional que não levava em conta, intencionalmente, a origem histórica das

<sup>76</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>77</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>78</sup> FUKUYAMA, Francis. **Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment**. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2018. Tradução livre. No original: “*liberal democracies put the equal protection of individual autonomy at the core of their moral projects*”.

sociedades humanas) o indivíduo em si mesmo, fora de qualquer vínculo social e (com maior razão) político, num estado, como o estado de natureza, no qual não se constitui ainda nenhum poder superior aos indivíduos e não existem leis positivas que imponham esta ou aquela ação, sendo portanto um estado de liberdade e igualdade perfeitas, ainda que hipotéticas. (p. 50) (BOBBIO, 1990)<sup>79</sup>.

Ainda nessa abordagem, Bobbio constrói sua tese de forma contundente em torno da relação entre direitos fundamentais<sup>80</sup> e cidadania, fazendo afirmações como “o Estado de direito é o Estado dos cidadãos” (BOBBIO, 1990, p. 31), “a democracia moderna repousa na soberania não do povo, mas dos cidadãos” (BOBBIO, 1990, p. 51)” e “a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais” (BOBBIO, 1990, p. 7)<sup>81</sup>. Assim, ele entende que a democracia moderna, bem como o conceito de cidadania, nasce da concepção individualista da sociedade, desenvolvida a partir de uma “ficção doutrinária” – o estado de natureza – criada para justificar “exigências de liberdade provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados” (BOBBIO, 1990, p. 36)<sup>82</sup>.

Isso é importante por três razões.

Primeiro, porque nos permite aproximar a ética da autenticidade do Direito moderno. Possibilita-nos, assim, retomar a premissa deste trabalho – a influência mútua entre formas de subjetividade e formas político-jurídicas – para fazer um esforço filosófico de conexão da democracia e do Estado de direito modernos com o horizonte de sentido moral que define o indivíduo neste contexto, *i.e.*, a ética da autenticidade.

Segundo, porque nos revela o diagnóstico importante de que “a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser” (BOBBIO, 1990, p. 18)<sup>83</sup>. Esse entendimento será estrutural para discutirmos, adiante, a crise dos fundamentos metafísicos da concepção moderna de indivíduo – crise segundo a qual não há moralidade neutra ou abstrata, mas uma falsa e

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>80</sup> *Idem*. Bobbio considerava, inclusive, que o crescente debate sobre os direitos do homem, surgido desde o fim da Segunda Guerra Mundial, poderia ser interpretado como um sinal premonitório de progresso moral da humanidade.

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> *Idem*. Essa inversão de perspectiva teria sido provocada principalmente pelas guerras religiosas do século XVII – mesma contingência que ensejou o projeto iluminista. Bobbio afirma que, através das guerras de religião, “se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano” (p. 8).

<sup>83</sup> *Idem*.

aparente neutralidade da razão, forjada para mascarar “uma configuração moral específica que contribui para reproduzir classificações sociais naturalizadas” (SILVA FILHO, 2008, p. 316)<sup>84</sup>.

Terceiro, mas não menos importante, porque a relação entre cidadania e direitos, central para as democracias modernas, tem como um de seus valores fundamentais a dignidade humana. Podemos dizer, com algum esforço, que, na perspectiva de Taylor, a ética da autenticidade é o que dignifica a existência humana, pois é seu grande índice de valor. Além disso, Taylor entende que há uma relação entre dignidade e identidade, de tal forma que “a realização da dignidade se encontra na afirmação da identidade da pessoa, associada por sua vez às suas configurações morais” (SILVA FILHO, 2008, p. 304)<sup>85</sup>. Assim, “identidade e ética são interdependentes” (RIBEIRO, 2012, p. 29)<sup>86</sup>. Essa compreensão filosófica e ética dos direitos fundamentais, em especial da dignidade humana, é bastante relevante neste trabalho.

A mesma temática é estudada por Fukuyama<sup>87</sup> a partir de seu conceito de *thymos*, i.e., a exigência, pelo ser humano, por reconhecimento de sua própria identidade e dignidade. O autor formula um conceito de identidade a partir da oposição entre interior e exterior do ser humano. Seu argumento propõe que a identidade moderna surge a partir da percepção de que o interior é mais valioso do que o exterior. Defende, ainda, que o interior tem uma demanda forte pelo reconhecimento de seu valor.

Concebendo o *thymos* como a “terceira parte da alma humana”, junto ao desejo e à razão, Fukuyama sintetiza os elementos da identidade moderna de modo coerente com as proposições de Taylor:

Já no século XIX, a maioria dos elementos da concepção moderna de identidade estão presentes: a distinção entre o Eu interior e o Eu exterior, a valorização do Eu interior

<sup>84</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de personalidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, p. 299-322, dez., 2008.

<sup>85</sup> *Idem*.

<sup>86</sup> RIBEIRO, Elton Vitoriano. Ética na filosofia de Charles Taylor. **Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia** – Faculdade Católica de Pouso Alegre. v. 4, n. 9, p. 25-40, 2012.

<sup>87</sup> Em determinado momento da obra *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, à qual o texto se refere, Fukuyama traça um mapeamento sobre a concepção de dignidade na filosofia ocidental. Em Sócrates, dignidade referia-se ao prestígio social dos guerreiros que arriscavam a própria vida pela comunidade política e, assim, eram quistos em alta estima. No Cristianismo, dignidade é a capacidade de escolha moral (entre mal e bem) e domínio dos instintos, que confere aos seres humanos status superior aos animais. Em Kant, numa visão adaptada e secularizada da dignidade cristã, dignidade está relacionada à boa vontade – a capacidade para escolha moral apropriada. Moralidade não como domínio do desejo e recusa do pecado, mas como habilidade de formular normas de conduta e segui-las por seu valor intrínseco e não instrumental (ou seja, porque são entendidas como valiosas independentemente dos resultados a que levam). Esta seria a razão pela qual os seres humanos também deveriam ser considerados como dotados de valor intrínseco e axiomático – são “fins em si mesmos”. A moralidade kantiana, afirma Fukuyama, não é um critério utilitário, é sobre o ato de fazer a escolha em si mesmo. Por fim, aponta que Hegel traz a dimensão da luta pelo reconhecimento da dignidade em *Fenomenologia do Espírito*.

em detrimento dos arranjos sociais existentes, o entendimento de que a dignidade do Eu interior reside em sua liberdade moral, a visão de que todos os seres humanos compartilham essa liberdade moral e a demanda para que o Eu interior seja reconhecido. (FUKUYAMA, 2018, p. 40)<sup>88</sup>.

A partir daí, Fukuyama empreende uma análise sobre políticas identitárias e de reconhecimento no mundo contemporâneo, mas aprofundar esta discussão em detalhes escapa à temática do presente trabalho. Importante, contudo, explicitar que ela existe.

Mas quando se volta a atenção à influência que o individualismo moderno traz para o Estado e o Direito, nota-se que, de uma perspectiva filosófica, a origem dos direitos fundamentais dos indivíduos coincide com a construção de um determinado imaginário social moderno:

O individualismo, entretanto, contempla também uma representação muito particular do mundo. Tal representação expressa-se pela linguagem do direito: as instituições relevantes da vida contemporânea, como o mercado, o Estado, as burocracias, estão todas marcadas pela ideia de sua regulação voltada para preservar e proteger os interesses individuais, pautados pela ideia de “dignidade intrínseca de todo ser humano”. (OLIVEIRA, I., 2006, p. 138)<sup>89</sup>.

Lembrando que a instituição do Estado moderno, em sua primeira formulação, segundo as teorias do contratualismo político clássico, respondia a um contexto histórico de disputas e turbulência política e social, um de seus pressupostos é a insegurança e a instabilidade de um mundo sem a figura do Estado. Deste pressuposto decorre o dever do Estado de proteger os direitos de seus súditos. Com o fim dos regimes monárquicos absolutistas, ganha força a ideia de cidadão, em substituição à de súdito, mas a compreensão do Estado como guardião dos direitos se mantém. A propósito, a instância estatal que, hoje em dia, é tida como guardiã dos direitos é o Poder Judiciário.

Novamente, Ghirardi e Nasser apresentam uma síntese clara e precisa desse movimento:

Se indivíduos livres têm direitos, e tais direitos estão sob constante ameaça, então é preciso construir uma forma de garanti-los. As instituições do Estado moderno são uma tentativa de resolver esse problema. O modelo de separação de poderes de Montesquieu, por exemplo, é um esforço para atingir o equilíbrio mais favorável entre a organização do coletivo e a liberdade do indivíduo. Também a ideia de Constituição como um contrato assinado pelo povo, que assim se submete apenas à sua própria

<sup>88</sup> FUKUYAMA, Francis. **Identity**: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2018. Tradução livre. No original: “By the early nineteenth century, most of the elements of the modern concept of identity are present: the distinction between the inner and the outer selves, the valuation of the inner being above existing social arrangements, the understanding that the dignity of the inner self rests on its moral freedom, the view that all human beings share this moral freedom, and the demand that the free inner self be recognized”.

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, RBCS, v. 21, n. 60, p. 135-145, fev., 2006.

vontade, reforça esse concerto entre liberdade e ordem. Ao Estado cabe garantir a segunda, limitando a primeira o menos possível.

Portanto, de uma noção específica de sujeito (indivíduo, agente livre) emerge uma noção de direitos (liberdade) que, para serem garantidos, solicitam uma certa ordem (limites mínimos às ações individuais) que reclama, por sua vez, um determinado tipo de autoridade (separação de poderes) e de Estado (liberal). (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 72-73)<sup>90</sup>.

Se, por um lado, podemos pensar que “a superação do modo de vida proposto pela Idade Moderna ainda não desapareceu, ao contrário, permanece vivo no mundo ocidental” (AQUINO, 2012, p. 43)<sup>91</sup>, por outro, parece igualmente certo que no processo de “corrosão de prestígio da verdade metafísica moderna, [...] novas formas de organização (política, econômica e social) e novas formas de viver a identidade e a coletividade foram sendo gestadas”. Essas formas “compõem o cenário complexo e desafiador a que se tem chamado sociedades pós-modernas” (GHIRARDI, 2016, p. 52)<sup>92</sup>. Tomando-as por horizonte, o próximo tópico busca compreender de que modo a concepção moderna de indivíduo reverbera no Direito a partir de um modelo chamado de neoconstitucionalismo.

## 2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO: CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, HERMENÊUTICA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

O objetivo deste tópico é compreender os traços fundamentais do neoconstitucionalismo, em especial as seguintes características: (i) a primazia dos direitos fundamentais, (ii) a incorporação de princípios e valores pela Constituição e os limites entre direito e moral, ou direito e política, (iii) a proeminência e a expansão do Poder Judiciário, e (iv) a formulação de uma hermenêutica constitucional que levou ao fenômeno da constitucionalização do Direito<sup>93</sup>, ou, nos termos de Oscar Vilhena Vieira, a uma “hiper-

<sup>90</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>91</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Ética da autenticidade e alteridade: critérios estéticos para a produção do direito na pós-modernidade. **Revista Húmus**, n. 4, p. 30-51, jan./fev./mar./abr., 2012.

<sup>92</sup> GHIRARDI, José Garcez. **Narciso em sala de aula** [recurso eletrônico]: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 104 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17694/Narciso-em-sala-de-aula.pdf?sequence=3&isAllowed=y%3E>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>93</sup> Para uma compreensão mais aprofundada do tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Na ocasião, o autor define o termo da seguinte forma: “A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados

constitucionalização da vida contemporânea” (VIEIRA, 2008, p. 443)<sup>94</sup>. Porém, antes de apresentar uma definição de neoconstitucionalismo propriamente, é importante dar um passo atrás para entender o contexto de emergência do constitucionalismo.

Em certa medida, a própria ideia de Constituição, originalmente, responde à inversão apontada por Bobbio na relação entre Estado e cidadãos, ou à passagem do código dos deveres para o código dos direitos. Bobbio afirma que “a figura deôntica originária é o dever, não o direito”, de tal modo que “a função primária da lei é a de comprimir, não a de liberar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade” (BOBBIO, 1990, p. 27)<sup>95</sup>.

Isso significa que a função antropológica do Direito é ser o interdito. Daí surge, por exemplo, que a força coercitiva das normas jurídicas é um dos fundamentos de sua juridicidade, segundo um modelo positivista. Diante desse Estado com poder coercitivo, o constitucionalismo nasce como o outro lado da balança: a fundamentação do poder político pelo Direito serve não apenas para legitimá-lo, mas também para limitá-lo e assim proteger os cidadãos contra o arbítrio estatal. Logo, legitima-se o dever dos cidadãos perante o Estado, mas também se legitimam os direitos dos cidadãos que o Estado deve não apenas respeitar, mas garantir.

Ou seja: o “constitucionalismo surge como uma teoria normativa da política, ou, em outras palavras, uma forma de submeter o poder político ao Direito, limitar suas funções, garantir o direito de liberdade aos cidadãos e estabelecer a separação dos poderes” (NASCIMENTO, 2009, p. 158)<sup>96</sup>. Dirá Luís Roberto Barroso: “O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado” (BARROSO, 2005, p. 29)<sup>97</sup>. Nessa perspectiva, o Direito Constitucional é tipicamente liberal e moderno.

Não significa, contudo, que todas as Constituições tenham seguido o mesmo paradigma. Neste texto, importa apenas a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mas é

---

nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares” (p. 32).

<sup>94</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista DIREITO GV** 8, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008.

<sup>95</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>96</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 147-168, jan./jun., 2009.

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.



importante compreender que, historicamente, e até filosoficamente, a importância dada aos direitos individuais é muito forte no constitucionalismo ocidental moderno. Isso significa que há uma concepção de humano, fundada no individualismo e na racionalidade, que determina uma visão de Constituição. O argumento deste texto supõe, basicamente, que uma Constituição ancorada na valorização dos direitos individuais reverbera uma concepção de indivíduo típica da Modernidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, Bobbio argumentará que, na Europa, a importância dada aos direitos individuais intensifica-se particularmente após a Segunda Guerra Mundial, que inaugurou um processo de multiplicação e universalização dos direitos do homem (BOBBIO, 1990, p. 33)<sup>98</sup>. Este é o momento histórico que tem sido apontado<sup>99</sup> como marco de inauguração do neoconstitucionalismo, que seria menos uma teoria dogmática e mais um “novo período ou momento do direito constitucional” (BARCELLOS, 2005, p. 83)<sup>100</sup>; uma “nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral” (BARROSO, 2005, p. 2)<sup>101</sup>.

Nesse sentido, podemos dizer que uma das características do neoconstitucionalismo é a primazia dos direitos individuais – cuja importância faz com que passem a receber a nomenclatura “direitos fundamentais” – e que a gramática da Constituição Federal de 1988 aproxima-se desse paradigma. Os seguintes dispositivos constitucionais ilustram esta ideia com alguma clareza:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>98</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>99</sup> Cf., e.g. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005; e TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 9, p. 337-348, jan./jun., 2007.

<sup>100</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

<sup>101</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

Art. 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 [...]

Art. 60. [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.<sup>102</sup>

Assim, no paradigma do neoconstitucionalismo, o Direito, em especial a Constituição, deixa de ter um propósito fundamentalmente coercitivo e passa a estabelecer como uma de suas prioridades a promoção e a garantia dos direitos individuais. A primazia dos direitos fundamentais é, então, um dos pilares do neoconstitucionalismo, sendo também consagrada por nossa Constituição Federal. Por trás desse pilar, é possível identificar uma representação do Direito específica que “considera a Pessoa como fonte de todos os valores” (AQUINO, 2012, p. 32)<sup>103</sup>. Filosoficamente, portanto, há um diálogo claro deste aspecto do neoconstitucionalismo com a ética da autenticidade e a subjetividade moderna.

Isso nos leva ao segundo marco característico do paradigma neoconstitucionalista: a incorporação de princípios e valores pela Constituição, que põe em xeque os limites entre direito e moral, ou direito e política. Para compreender esse marco, é necessário citar o embate que há entre duas teorias da Constituição: a teoria procedimentalista e a teoria substancialista. Propõe-se o argumento, novamente de raiz filosófica, de que este embate revela uma tensão entre diferentes representações do Direito.

A teoria substancialista entende, em linhas gerais, que a Constituição deve incorporar e traduzir valores morais e políticos em sua estrutura normativa, ao passo que a teoria procedimentalista defende a existência de uma Constituição valorativamente impermeável.

Segundo a teoria procedimentalista, então, a Constituição deve ser “desprovida de derivações valorativas”, priorizando o estabelecimento de “procedimentos formais de composição de interesses”, a partir de duas premissas: “(i) neutralidade e (ii) democracia”. Assim, “não há qualquer comprometimento com determinada ideologia” (TAVARES, 2007, p. 338-339)<sup>104</sup>. O objetivo da Constituição seria, nesse entender, “garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático” (BARCELLOS, 2005, p. 88)<sup>105</sup>. Logo, a

<sup>102</sup> BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 set. 2019.

<sup>103</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Ética da autenticidade e alteridade: critérios estéticos para a produção do direito na pós-modernidade. **Revista Húmus**, n. 4, p. 30-51, jan./fev./mar./abr., 2012.

<sup>104</sup> TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 9, p. 337-348, jan./jun., 2007.

<sup>105</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

concepção procedimentalista, de cariz liberal, assume, “no plano normativo, que a sociedade política não pode adotar [...] qualquer concepção de bem ou projeto de vida como bom, porque isso feriria a igualdade – em prejuízo dos membros cuja concepção de bem fosse diversa da defendida pela comunidade política” (COELHO; OLIVEIRA, R., 2018, p. 212)<sup>106</sup>.

Já a teoria substancialista defende a “adoção de determinados valores/princípios reputados relevantes para a sociedade” dentro do texto constitucional (TAVARES, 2007, p. 342)<sup>107</sup>. Desta forma, a Constituição é concebida como um “elo conteudístico que une a política e o direito” (NASCIMENTO, 2009, p. 161)<sup>108</sup>. Seu objetivo central seria “impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais” (BARCELLOS, 2005, p. 88)<sup>109</sup>. Portanto, um dos pressupostos da teoria substancialista é uma relação entre direito e moral, e direito e política – relação esta que é rechaçada pela teoria procedimentalista<sup>110</sup>.

De modo geral, as críticas à teoria processualista entendem-na como engessada demais, abrindo pouco espaço para a atuação do Poder Público, enquanto que a teoria substancialista é criticada por abrir espaço demais, permitindo um elevado grau de discricionariedade pelas autoridades. Por outro lado,

uma visão fortemente substancialista tenderá a justificar um controle de constitucionalidade mais rigoroso e abrangente dos atos e normas produzidos no âmbito do Estado, ao passo que uma percepção procedimentalista conduz a uma postura mais deferente acerca das decisões dos Poderes Públicos (BARCELLOS, 2005, p. 89)<sup>111</sup>.

Não se pretende aqui advogar por uma outra teoria, nem afirmar em caráter definitivo qual delas melhor corresponde à Constituição Federal de 1988 (se é que alguma o faz)<sup>112</sup>. O

<sup>106</sup> COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, p. 206-223, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/807/531>. Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>107</sup> TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 9, p. 337-348, jan./jun., 2007.

<sup>108</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 147-168, jan./jun., 2009.

<sup>109</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

<sup>110</sup> Nesta perspectiva, o positivismo jurídico arquitetado por Kelsen é tipicamente procedimentalista.

<sup>111</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

<sup>112</sup> Há diversas teorias explicativas da Constituição brasileira, segundo VIEIRA *et al.*: (i) a Constituição liberal-patrimonialista, cujo objetivo é “garantir os direitos individuais preservando fortes garantias ao direito de propriedade e procurando limitar a intervenção estatal na economia” (p. 12); (ii) a Constituição dirigente-transformadora, que visa à “persecução do objetivo nacional-desenvolvimentista-social” (p. 13); (iii) a

projeto constitucional brasileiro é complexo, em razão do “*ethos* ambicioso da Constituição” (VIEIRA, 2008, p. 446)<sup>113</sup>. Nos ensinamentos de Vieira *et al.*, a Constituição “entrincheirou direitos, protegeu interesses, distribuiu poderes, realizou promessas, delineou objetivos de mudança social e determinou políticas públicas” (VIEIRA *et al.*, 2013, p. 18). De tal modo, “[s]ua característica mais relevante talvez tenha sido a audácia de abrigar tantos interesses, direitos e metas ambiciosas para a sociedade, que aqui chamamos [os autores] de ‘compromisso maximizador’” (VIEIRA *et al.*, 2013, p. 7)<sup>114</sup>.

Ao pensar sobre a oposição entre a teoria procedimentalista e a teoria substancialista da Constituição, é importante ter três pontos em mente.

Primeiro ponto: as premissas da Modernidade revelam-se em ambas. Na teoria procedimentalista, através da valorização da razão neutra, universal e objetiva que esta teoria atribui à Constituição. Na teoria substancialista, a partir da concepção de que valores e princípios morais são elementos constitutivos da estrutura simbólica e da ordem normativa. Ou seja, do ponto de vista filosófico, a questão não é tão simples, pois não é binária.

Segundo ponto: o neoconstitucionalismo parece se alinhar mais com a teoria substancialista. Nessa perspectiva, atribui-se importância aos valores numa Constituição porque eles são entendidos como critério de legitimação, pelos indivíduos, da ordem normativa constitucional. Os valores seriam a linguagem responsável por gerar um sentimento comunitário entre eles, que Nelson Camatta Moreira define como “sentimento constitucional” (MOREIRA, N., 2010, p. 26)<sup>115</sup>:

O texto constitucional estabelece a linguagem comum para a construção do reconhecimento intersubjetivo. Ele delimita o âmbito da palavra e da ação (Arendt). Ao inscrever os valores supremos da comunidade política, a Constituição inaugura

---

Constituição chapa-branca, cujo objetivo é “tutelar interesses e até mesmo privilégios tradicionalmente reconhecidos aos integrantes e dirigentes do setor público” (p. 14); (iv) a Constituição simbólica, segundo a qual as “controvérsias constitucionais são decididas com base nos códigos da política e conforme conflitos de interesses [...] dos grupos mais poderosos” (p. 15); (v) a Constituição ubíqua, que leva ao fenômeno da “pan-constitucionalização” em razão do “caráter detalhista da Constituição” (p. 16); e, por fim, (vi) a Constituição principiológica-judicialista, fundada no modelo do neoconstitucionalismo. In: VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* **Resiliência Constitucional** [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1ª ed. – São Paulo: Direito GV, 2013 (Série Pesquisa Direito GV). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

<sup>113</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista DIREITO GV** 8, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008.

<sup>114</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* **Resiliência Constitucional** [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1ª ed. – São Paulo: Direito GV, 2013 (Série Pesquisa Direito GV). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

<sup>115</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 8, p. 15-54, 2010.

uma comunidade narrativa, uma linguagem instituidora do sentido e do destino da vida em sociedade (Taylor e Honneth). Portanto, ela define os horizontes simbólicos da instituição da sociedade (MOREIRA, N., 2010, p. 27)<sup>116</sup>

Barroso traduz essa ideia na afirmação emblemática de que “[u]ma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços” (BARROSO, 2005, p. 4)<sup>117</sup>. É claro, nesse sentido, o diálogo do neoconstitucionalismo com os conceitos taylorianos de imaginário social e ordem moral.

Nessa mesma linha, André Ramos Tavares faz uma ressalva importante à crítica à incorporação de valores pela Constituição:

a teoria axiológica da Constituição não necessariamente defende a existência de valores absolutos. [...] O ponto principal desta doutrina reside na simples aceitação de que a Constituição encampa valores, ainda que os mesmos não tenham significação unívoca. [...]

Disse Charles Taylor: o homem se diferencia dos animais exatamente por ser propositivo (*purposive beings*). O ser humano estabelece propósitos, traça projetos de acordo com aquilo que credita ser o certo, o melhor. É, portanto, da natureza humana intentar esposar valores. Isto se comunica à Constituição, um documento humano. Afinal, a Constituição é um resultado cultural, e assim deve ser compreendido. [...] Negar a assunção de valores pela Constituição é, em grande medida, ignorar alguns dos principais comandos consagrados nas constituições contemporâneas. O problema está, em larga medida, portanto, no delimitar a extensão das diretrizes (valorativas) já incorporadas no momento constitucional, e não em negar-lhes ou ignorar-lhes a existência. (TAVARES, 2007, p. 343-347)<sup>118</sup>.

Barroso, seguindo sua explicação, propõe o conceito de pós-positivismo como marco filosófico do neoconstitucionalismo. O autor argumenta que, embora lance mão de valores morais na interpretação jurídica, o pós-positivismo rejeita categorias metafísicas e não abre espaço para o arbítrio judicial:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo [...] [definido pela] superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros [...]

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

<sup>118</sup> TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 9, p. 337-348, jan./jun., 2007.

hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (BARROSO, 2005, p. 4-5)<sup>119</sup>.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho constrói uma objeção contundente a este argumento. Sustenta a impropriedade da expressão pós-positivismo, entendendo-o como uma “caricatura simplificativa, e simplória, da realidade jurídica”, na medida em que “o direito moderno não era cego para valores, nem para a ética”. Argumenta que o pós-positivismo distorce o direito moderno e o reduz a “um direito formalista, cego para os princípios, maquinal na interpretação e sem dar força jurídica às normas constitucionais”. Defende que a “normatividade dos princípios não é igualmente descoberta pós-moderna” e que a superação da regra pelo princípio, própria do neoconstitucionalismo, significa, no limite, que o “aplicar do direito pode ignorar a regra expressa na lei” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 159-160)<sup>120</sup>.

Isso nos leva ao terceiro ponto importante a respeito da oposição entre teoria procedimentalista e teoria substancialista: que no centro do embate dessas teorias está uma concepção sobre o papel do Judiciário.

No neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário ganha especial relevância justamente em razão da compreensão de que a Constituição encampa princípios e valores dotados de normatividade e juridicidade. O Judiciário é o agente responsável por “transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmatically consistente e utilizável na prática jurídica” (BARCELLOS, 2005, p. 85)<sup>121</sup>. Ou seja, se um dos objetivos centrais do neoconstitucionalismo é conferir eficácia jurídica ao texto constitucional, que incorpora valores morais e opções políticas, e se a realização deste objetivo depende do exercício de aplicação e interpretação das normas, então o Judiciário será protagonista nessa empreitada. Seu papel passa a ser de “guardião dos elementos fundamentais do sistema constitucional e dos mecanismos habilitadores para a tomada de decisão democrática” (VILHENA *et al.*, 2013, p. 22)<sup>122</sup>. A relação do Judiciário com a democracia revela-se também

<sup>119</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

<sup>120</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, 2009.

<sup>121</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

<sup>122</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* **Resiliência Constitucional** [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1ª ed. – São Paulo: Direito GV, 2013 (Série Pesquisa Direito GV). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

em razão de ele ter um papel central na aplicação dos direitos fundamentais (NASCIMENTO, 2009, p. 161)<sup>123</sup>.

Barroso dirá que a “constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais” (BARROSO, 2005, p. 42)<sup>124</sup>. Assim, “as transformações ocorridas no constitucionalismo propiciaram modificações no papel que os juízes passaram a desempenhar na consolidação do modelo de democratização do Estado” (NASCIMENTO, 2009, p. 159)<sup>125</sup>.

Considerando que nossa Constituição impõe ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição, conforme inteligência de seu art. 102, *caput*, pode-se dizer que, no caso brasileiro, será este o grande tribunal símbolo da expansão do Poder Judiciário no movimento neoconstitucionalista. Oscar Vilhena Vieira conceitua esse inchaço do STF como “supremocracia”<sup>126</sup>.

Sua hipótese fundamental é “de que este perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados” (VIEIRA, 2008, p. 444)<sup>127</sup>. A partir daí, seu diagnóstico é de que o Supremo Tribunal Federal hoje carrega “competências superlativas”, atuando como tribunal constitucional, foro judicial especializado e tribunal de recursos de última instância (VIEIRA, 2008, p. 477)<sup>128</sup>. Segundo o autor,

o Supremo [Tribunal Federal] estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer interprete constitucional, com exercício de poder. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática. (VIEIRA, 2008, p. 446)<sup>129</sup>.

<sup>123</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 147-168, jan./jun., 2009.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

<sup>125</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 147-168, jan./jun., 2009.

<sup>126</sup> “Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. Supremocracia tem aqui duplo sentido: [...] autoridade do Supremo [Tribunal Federal] em relação às demais instâncias do judiciário [...] [e] expansão da autoridade do Supremo [Tribunal Federal] em detrimento dos demais poderes”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista DIREITO GV** 8, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez., 2008, p. 444-445.

<sup>127</sup> *Idem*.

<sup>128</sup> *Idem*.

<sup>129</sup> *Idem*.

Por outro lado, uma das possíveis explicações para a “ampliação do papel do direito e do judiciário” enxerga-a como “decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir promessas de justiça e igualdade” (VIEIRA, 2008, p. 443)<sup>130</sup>. O Supremo Tribunal Federal, diz Vieira, tornou-se uma “arena de deliberação pública” (VIEIRA, 2008, p. 454)<sup>131</sup>, uma espécie de ágora, onde se discutem temas de altíssima relevância moral e/ou política<sup>132</sup>.

Ao fim, o autor não afirma de forma definitiva se a supremocracia é positiva ou negativa, mas conclui o seguinte:

se, por um lado, a liberdade com que o Supremo [Tribunal Federal] vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas. (VIEIRA, 2008, p. 457)<sup>133</sup>.

Valéria Ribas do Nascimento também aborda essa mesma questão. Para a autora, o neoconstitucionalismo, ao superar a antiga separação estanque, típica do positivismo, entre sujeito e objeto, e ao perceber o texto normativo em sua “forma aberta e viva, para além da neutralidade”, aumenta a “necessidade de se discutir [sic] limites da atuação do Poder Judiciário na interpretação da Constituição” (NASCIMENTO, 2009, p. 155-156)<sup>134</sup>.

Assim, torna-se fundamental pensar não só sobre a separação entre direito e moral, ou direito e política, mas também sobre os limites da hermenêutica. Para isso, é preciso compreender alguns dos fundamentos dessa hermenêutica neoconstitucionalista.

Antes, porém, cabe esclarecer que o exercício da “hermenêutica trabalha com o dar sentido ao texto jurídico” (NASCIMENTO, 2009, p. 154)<sup>135</sup>. Isso retoma o argumento de Ghirardi e Nasser sobre a importância da análise dos fundamentos pré-jurídicos de uma norma jurídica: pode-se dizer que a significação, ou decodificação, do texto normativo é uma das

---

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> *Idem*.

<sup>132</sup> *Idem*. O autor afirma, nesse sentido: “No campo dos direitos fundamentais, já foram decididas, ou encontram-se na agenda do Tribunal, questões como: pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, aborto (anencéfalos), demarcação de terras indígenas, reforma agrária, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, lei de crimes hediondos, poder da polícia de algemar, direito de greve, etc” (p. 451). Considerando que o texto foi escrito em 2008, podemos acrescentar a essa lista também a união homoafetiva, a prisão após condenação em segunda instância, a revisão da Lei da Anistia, e o próprio reconhecimento da paternidade socioafetiva, objeto de estudo deste trabalho.

<sup>133</sup> *Idem*.

<sup>134</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 147-168, jan./jun., 2009.

<sup>135</sup> *Idem*.



premissas epistemológicas da hermenêutica jurídica. Há, deste modo, uma “íntima relação entre Direito e linguagem, pois sempre existe uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta” (NASCIMENTO, 2009, p. 149)<sup>136</sup>.

Nesse sentido, retoma-se também o argumento de Bobbio pela historicidade do Direito: o sentido das normas é dado pelas circunstâncias do contexto histórico. Na colocação de Hanna Pitkin, “[a]s palavras e o mundo mudam juntos” (PITKIN, 2006, p. 15)<sup>137</sup>. Sendo a apreensão e reconstrução do sentido dessas palavras um exercício racional, pode-se dizer que o “desenvolvimento da reflexão em torno da hermenêutica traz a assinatura da modernidade” (NASCIMENTO, 2009, p. 150)<sup>138</sup>. Nos termos de Vilhena:

O tema da interpretação constitucional que, no passado, ocupava um espaço residual na preocupação dos nossos constitucionalistas, passou a ser o principal foco de atenção de uma nova geração de juristas. Ponderação de valores, princípios ou moralidade, tornaram-se temas comuns aos estudos de direito constitucional. (VIEIRA, 2008, p. 442)<sup>139</sup>.

Eis, então, a primeira característica dessa hermenêutica: o exercício de ponderação. Isso se deve às colisões entre normas constitucionais de igual relevância. Segundo Barroso, “[a]s Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. [...] A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação” (BARROSO, 2005, p. 10-11)<sup>140</sup>. Nesta seara, Bobbio salienta: “são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais” (BOBBIO, 1990, p. 14)<sup>141</sup>, o que leva ao problema de o direito fundamental ter de ser absoluto. A ponderação, portanto, é um dos pilares da hermenêutica neoconstitucionalista porque se trata de uma hermenêutica principiológica<sup>142</sup>.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

<sup>137</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006.

<sup>138</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 147-168, jan./jun., 2009.

<sup>139</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista DIREITO GV** 8, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008. Na ocasião, o autor aponta o fenômeno da mutação constitucional (modificação na compreensão de uma norma constitucional ao longo do tempo sem que o texto da norma tenha se alterado) como exemplo de supremocracia, já que “[e]sta mutação consubstancia-se em novo direito constitucional, na medida em que é avalizada pelo Supremo Tribunal Federal” (p. 456).

<sup>140</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

<sup>141</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>142</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, sobre a ponderação em resposta à colisão de princípios.

Em segundo lugar, a hermenêutica neoconstitucionalista é direcionada pelo ideal de normatividade da Constituição, inclusive de seus princípios e valores. Significa que outra preocupação central dessa hermenêutica é garantir que “a norma constitucional [seja] [...] interpretada de forma a que se lhe empreste a maior eficácia possível” (FARIAS, 2008, p. 8)<sup>143</sup>. Em outras palavras, entende que “é necessário levar a sério o mandamento constitucional, por mais que nos pareça indefinido ou distorcido na realidade institucional” (VIEIRA *et al.*, 2013, p. 9)<sup>144</sup>. Em certa medida, a preocupação com a eficácia dialoga com o conceito de ordem moral de Taylor, pois é a ordem moral que gesta as convicções capazes de tornar certa prática social realizável e, nesse sentido, efetiva ou eficaz. (TAYLOR, 2003, p. 28)<sup>145</sup>.

Em terceiro lugar, a hermenêutica do neoconstitucionalismo é altamente expansiva, no sentido de que projeta a Constituição como um filtro axiológico na interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais. Pode-se chamar isto de constitucionalização do Direito. “O novo constitucionalismo demarca a superação da clássica dicotomia entre público e privado, situando a Constituição acima de qualquer enciclopédica jurídica e projetando seus valores, princípios e normas para todos os ramos do Direito” (SILVA FILHO, 2008, p. 310)<sup>146</sup>.

A explicação de Barroso é didática e precisa nesse sentido:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. [...] Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. (BARROSO, 2005, p. 12-21)<sup>147</sup>.

Um dos campos mais afetados pela constitucionalização do Direito, continua o autor, será o direito civil. O direito civil constitucionalizado passa por um processo de “repersonalização”, com “ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade tanto em sua dimensão física

<sup>143</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito à família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-17, 2008.

<sup>144</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* **Resiliência Constitucional** [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1ª ed. – São Paulo: Direito GV, 2013 (Série Pesquisa Direito GV). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

<sup>145</sup> TAYLOR, Charles. **Modern social imaginaries**. Duke University Press: Durham, Carolina do Norte, EUA: 2003.

<sup>146</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de personalidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, p. 299-322, dez., 2008.

<sup>147</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

quanto psíquica” (BARROSO, 2005, p. 27)<sup>148</sup>. O princípio constitucional protagonista dessa constitucionalização é justamente a dignidade da pessoa humana. Sendo a temática do Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC, objeto deste trabalho, de direito civil, essa compreensão torna-se fundamental para analisarmos os argumentos do voto de Fux à luz da moldura teórica aqui apresentada.

Mas antes de entrar no caso cabe uma última consideração a respeito do princípio da dignidade humana dentro desta moldura: não se pretende aqui demonstrar uma relação causal necessária entre a construção da subjetividade moderna e a formulação constitucional da dignidade humana. Para os fins deste texto, basta o argumento de que a dignidade humana tal como prevista na Constituição recupera aspectos da concepção moderna de indivíduo. Podemos citar, por exemplo, a valorização da liberdade individual na busca pela autorrealização.

De cunho notadamente kantiano, a dignidade humana funda-se no princípio de que toda pessoa tem um valor axiomático que deve ser resguardado pelo Direito. Se, por um lado, isso enseja a proteção dos projetos de vida singulares de cada um – a sua autenticidade –, por outro, fundamenta-se em um critério universalista e metafísico que dissocia o valor do indivíduo de sua experiência concreta e pessoal – pois “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”<sup>149</sup>. Não se pretende aqui traçar um juízo binário, positivo ou negativo, sobre esse conceito; apenas explicitar as suas contradições (ou ambivalências).

De volta à relação com a hermenêutica, “[p]arecemos acreditar que a dignidade dependa mais do que pensam e decidam os juizes do que os atores políticos. [...] Nossa concepção de dignidade parece ter mais a ver com tribunais do que com processos político-deliberativos” (COELHO; OLIVEIRA, R., 2018, p. 208-209)<sup>150</sup>. Para a hermenêutica neoconstitucionalista, “a dignidade da pessoa humana possui um conteúdo amplo, o que não significa intangível”. De tal modo, “por ser justamente princípio fundamental, lobriga eficácia máxima, no sentido de que sua interpretação e aplicação hão de ser levadas à última consequência” (AGUIAR, 2008, p. 114-115)<sup>151</sup>. Vejamos, no caso da paternidade socioafetiva, qual foi esta consequência.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> Art. 5º da Constituição Federal de 1988. BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2019.

<sup>150</sup> COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, p. 206-223, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/807/531>. Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>151</sup> AGUIAR, Marcelo Souza. O direito à felicidade como direito humano fundamental. **Revista de Direito Social**, Doutrina Direitos Humanos, n. 31, p. 109-116, jul/set 2008. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDS%2031%20-%20Doutrina%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

Antes, no entanto, a título de organização e didática, uma síntese dos principais elementos do neoconstitucionalismo. São eles: (1) a “importância crucial dos direitos fundamentais”; (2) a “centralidade dos princípios constitucionais”, o que leva a “métodos de interpretação abertos, evolutivos e desvinculados da textualidade das regras, em particular a ponderação de princípios e/ou valores”; (3) a “importância do Poder Judiciário que se torna protagonista da Constituição de 1988, [...] agente primordial de transformação social” (VIEIRA *et al.*, 2013, p. 13-14)<sup>152</sup>.

### 3 DA MOLDURA AO CASO – ANÁLISE DO VOTO DO MIN. LUIZ FUX NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 898.060/SC

“E sobretudo isto: sê fiel a ti mesmo.

Jamais serás falso para ninguém”.

(William Shakespeare, *Hamlet*, I, 3)<sup>153</sup>

Este capítulo tem por objetivo analisar a fundamentação do voto do Ministro Relator Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC para ilustrar os argumentos da moldura teórica apresentada no capítulo 2. Busca-se um estudo mais alinhado com a Filosofia Ética, a Teoria do Direito e o Direito Constitucional do que com a dogmática específica do Direito de Família.

O primeiro subtópico apresenta o caso e oferece um breve panorama sobre sua situação processual. O segundo subtópico discute os fundamentos da decisão a partir dos conceitos erguidos até aqui, buscando expandir a reflexão sobre esses conceitos.

#### 3.1 HISTÓRICO DO CASO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Trata-se de um Recurso Extraordinário cujo tema é o conflito entre a parentalidade biológica e a parentalidade socioafetiva. Por envolver investigação de paternidade e exames de DNA, o caso é sigiloso e mantido sob segredo de justiça, razão pela qual não se obteve acesso

<sup>152</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* **Resiliência Constitucional** [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1ª ed. – São Paulo: Direito GV, 2013 (Série Pesquisa Direito GV). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

<sup>153</sup> SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Trad. de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2012.

às peças do processo, haja vista serem de visualização restrita, conforme indicado no *website* do Tribunal<sup>154</sup>. Os fatos do caso, porém, são basicamente os seguintes:

A jovem F.G.<sup>155</sup>, por ocasião de seu nascimento em 1983, “foi registrada como filha de I.G., que cuidou dela como se sua filha biológica fosse por mais de vinte anos”<sup>156</sup>. Em 2015, aos 32 anos, F.G. descobriu, por resultado de exames de DNA produzidos, ser filha biológica de A.N. Em vista disso, F.G. moveu ação de reconhecimento de paternidade biológica em face de A.N. perante a 2ª Vara de Família da Comarca de Florianópolis.

A ação foi julgada procedente. A.N., então, interpôs recurso no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pleiteando a preponderância da parentalidade socioafetiva em detrimento da biológica. Muito embora não se tenha obtido acesso aos acórdãos, infere-se do voto do Min. Luiz Fux que o TJSC rejeitou o pleito de A.N., decidindo pela não existência de hierarquia entre os modelos de parentalidade. O recurso extraordinário foi, então, interposto por A.N. em face da decisão do TJSC. Novamente, a parte recorrente “sustenta a preponderância da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica”, diz o voto.

A corte julgou o Recurso em Tribunal Pleno e, ao fim, a tese fixada pelo Supremo Tribunal foi a seguinte: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais” (FUX, 2016, p. 19)<sup>157</sup>.

Os principais marcos do andamento processual<sup>158</sup> do caso foram os seguintes:

1. Agosto/2015 – Distribuição do Recurso Extraordinário ao Ministro Relator Luiz Fux;
2. Maio/2016 – Inclusão do Recurso Extraordinário na pauta de julgamento do Tribunal;
3. Setembro/2016 – Julgamento de mérito do tema com repercussão geral e fixação da tese. Tribunal Pleno, decisão por maioria, seguindo o voto do Min. Rel. Luiz Fux, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio;

<sup>154</sup> O processo eletrônico pode ser consultado através do seguinte endereço: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoElConsulta.jsf?seqobjetoincidente=4803092>. Acesso em: 10 out. 2019.

<sup>155</sup> No voto do Min. Luiz Fux, a qualificação das partes não especifica o nome delas.

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> Informações extraídas da página do Supremo Tribunal Federal: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=480309%20>. Acesso em: 10 out. 2019.

4. Setembro/2017 – Oposição de embargos de declaração por A.N.;
5. Maio/2019 – Decisão unânime do Tribunal negando provimento aos embargos de declaração;
6. Junho/2019 – Trânsito em julgado e baixa definitiva dos autos.

Passaremos, agora, à análise dos argumentos empregados pelo Min. Rel. Luiz Fux em sua decisão.

### 3.2 O ESCUDO E O ALFAIATE: ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DE FUX À LUZ DA MOLDURA TEÓRICA

A fundamentação do Min. Luiz Fux em seu voto no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC seguiu, basicamente, três eixos centrais de argumentação: (i) as transformações no conceito jurídico e sociológico de família ao longo do tempo, e o afeto como princípio fundante das famílias contemporâneas; (ii) a supervalorização do indivíduo pelo Direito a partir do princípio da dignidade da pessoa humana; e (iii) a relevância do direito à busca da felicidade, derivado da dignidade humana, para as novas concepções de família e de indivíduo. Buscando uma compreensão ampla, profunda e sistematizada do argumento de Fux, a análise do voto também seguirá esta sequência. Evidentemente, os três eixos são interdependentes: os argumentos dialogam, influenciam-se reciprocamente e ecoam uns nos outros. Propõe-se a divisão para fins didáticos.

A hipótese central que se busca demonstrar aqui é de que uma das instituições afetadas pela tensão entre estruturas simbólicas e desejo de expressão é a família, de um tal modo que reverbera uma concepção jusfilosófica de humano oriunda da Modernidade. Supõe-se, ainda, que a argumentação de Fux carrega traços de uma hermenêutica neoconstitucionalista, possibilitando uma reflexão sobre o papel do Estado (e do Judiciário, em especial) na persecução dos direitos fundamentais, e sobre os limites desse papel. A verificação dessas hipóteses será feita pela leitura e análise comparada de trechos do voto de Fux com trechos da bibliográfica teórica de suporte deste trabalho. O objetivo é relacionar os excertos escolhidos com os conceitos apresentados pelo capítulo 2, tendo por base os três eixos de fundamentação explicitados acima. Começemos pelo primeiro.

Fux inicia seu voto com a afirmação de que a “Constituição de 1988 promoveu verdadeira revolução no campo do Direito de Família” (FUX, 2016, p. 7)<sup>159</sup>. Ainda que esta colocação possa soar generalizante, é possível compreendê-la como uma descrição do fenômeno de constitucionalização do direito civil, identificado pelo paradigma neoconstitucionalista. O ministro continua: “[o] eixo central do sistema se deslocou do Código Civil para a Constituição, cujo conteúdo axiológico-normativo deve informar a interpretação dos institutos que regem o Direito de Família” (FUX, 2016, p. 8)<sup>160</sup>. Nesse sentido, uma das premissas do voto de Fux é a força da Constituição, isto é, sua capacidade de revolucionar outros campos do Direito.

Da perspectiva do Direito de Família, é importante avaliar que revolução é essa à qual Fux se refere – quais os seus elementos característicos e qual a relação deles com a Constituição. Em certa medida, podemos pensar que Fux emprega o termo “revolução” porque designa um processo de ruptura com o modelo anterior, um processo de alterações profundas e estruturais no Direito de Família. Isso quer dizer que não foi uma ou outra categoria da dogmática jurídica de família que sofreu modificações por força do paradigma constitucional. Na verdade, as alterações seriam revolucionárias porque o próprio conceito de família teria se modificado estruturalmente. Assim, a compreensão do novo entendimento de família exige que se compreendam os elementos centrais do modelo anterior. Fux sintetiza-os do seguinte modo:

Sabe-se que, sob a égide do Código Civil de 1916, a família era centrada no instituto do casamento, vínculo indissolúvel e objeto de especial proteção da lei. Era estabelecida vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, baseando-se a filiação na rígida presunção de paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). O paradigma de então não era nem o afeto entre os familiares, nem sequer a origem biológica, mas sim a presunção baseada na centralidade do casamento.

Ocorre que, com o passar dos anos, a sociedade evoluiu e novas formas de organização familiar à margem do casamento começaram a proliferar. Sociedades de fato, uniões estáveis, coabitações concubinárias, famílias monoparentais, entre outras estruturas familiares passaram a se tornar cada vez mais frequentes. (FUX, 2016, p. 8)<sup>161</sup>.

Tradicionalmente, a família era uma instituição heterossexual, monogâmica, fundada no casamento e com vista à procriação:

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

<sup>160</sup> *Idem*.

<sup>161</sup> *Idem*.

Naquele ambiente familiar – hierarquizado, patriarcal, matrimonializado, impessoal e, necessariamente, heterossexual – os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo conjugal, pois a desestruturação familiar significava, em última análise, a desestruturação da própria sociedade. (FARIAS, 2008, p. 4)<sup>162</sup>.

Ao descrever, de uma perspectiva mais filosófica, o sujeito moderno como um sujeito disciplinado, Ghirardi nos oferece uma explicação interessante para a última afirmação do excerto de Farias. Em seu entendimento, a família moderna seria uma “entidade disciplinadora”, constituindo “o estágio inicial do processo de transformação do mundo natural em civilizado” (GHIRARDI, 2016, p. 29)<sup>163</sup>. Tal “processo de socialização disciplinador” guiava-se justamente pelos valores carregados de uma família matrimonialista e patriarcal.

Segundo o argumento de Fux, a Constituição de 1988 descaracterizou essa definição, desvinculando a família da filiação, do casamento e da orientação sexual, e impondo ao Judiciário a “imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família” (FUX, 2016, p. 3)<sup>164</sup>.

Isso abre espaço para o reconhecimento de famílias monoparentais, anaparentais e multiparentais. Nesse cenário, Fux entende que “a evolução da ciência contribuiu para que a paternidade baseada no casamento, outrora central ao sistema, perdesse a sua importância para dar lugar a outras modalidades de filiação” (FUX, 2016, p. 15)<sup>165</sup>.

Em certo sentido, pode-se pensar que a superação da norma do casamento se deu a partir do momento em que ela passou a ser compreendida como algo que limitava o desenvolvimento

<sup>162</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito à família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-17, 2008. Uma ressalva importante de ser feita é que não necessariamente a emergência de novas concepções de família significa que o modelo familiar patriarcal tenha sido totalmente superado.

<sup>163</sup> GHIRARDI, José Garcez. **Narciso em sala de aula** [recurso eletrônico]: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 104 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17694/Narciso-em-sala-de-aula.pdf?sequence=3&isAllowed=y%3E>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

Em seu voto vencido, o Min. Dias Toffoli faz uma ressalva à extensão dessa interpretação, afirmando que “o cuidado com o que decidirá esta Suprema Corte há de ser redobrado a fim de não: i) subvertermos todo o sistema de parentalidade fixado pelo nosso ordenamento jurídico; ii) reduzirmos por demais o sentido da paternidade responsável; iii) elevarmos além do que prevê a lei os efeitos jurídicos da “afetividade”; iv) e colocarmos de lado os valores que formatam os vínculos familiares que estão dispostos na Constituição Federal, bem como a segurança jurídica”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencido: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060DT.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2019.

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.



humano, uma espécie de exercício de autonomia de poucos para heteronomia de muitos (e sobretudo muitas, já que a concepção tradicional de casamento esteve associada a uma família patriarcal<sup>166</sup>). A biologia foi reconhecida em detrimento do casamento como forma de libertação do vínculo paterno-filial da instituição matrimonial. A filiação biológica independente do casamento permite, por exemplo, o reconhecimento de famílias monoparentais.

Esse movimento pode ser avaliado justamente na chave da tensão entre a estrutura simbólica normativa e o desejo de expressão individual. É um bom exemplo de como as novas formas de expressão do núcleo familiar levaram a alterações na estrutura normativa do Direito de Família. Em outras palavras: a nova concepção de família, que levou a uma reformulação das normas jurídicas de Direito de Família (ou, para empregar o conceito de Ghirardi e Nasser, a uma nova representação desse Direito), foi sendo gestada pela emergência de novas práticas sociais no âmbito familiar. A união estável e as sociedades de fato são exemplos disso, como cita o próprio Fux. Para retomar o conceito de Taylor, isso indica que a ordem normativa passou por modificações em decorrência de mudanças nas práticas sociais, que traduzem transformações no imaginário social que fundamenta essas práticas. Como explica o autor, os auto-entendimentos são a condição essencial para que a prática adquira o sentido que tem para seus participantes” (TAYLOR, 2003, p. 31-32)<sup>167</sup>. Mudam-se as práticas, muda-se o sentido delas, mudam-se as normas.

---

<sup>166</sup> Três exemplos demonstrativos desta colocação são dados pelos artigos 6º, inciso II, 233 e 242 do Código Civil de 1916:

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

[...] II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial [...]

[...]

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal [...]

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

[...]

II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens [...]

III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.

IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.

V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.

VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.

VII. Exercer profissão [...]

<sup>167</sup> TAYLOR, Charles. **Modern social imaginaries**. Duke University Press: Durham, Carolina do Norte, EUA: 2003. Tradução livre. No original: “*the self-understandings are the essential condition of the practice making the sense that it does to the participants*”.

A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal passa a decidir sobre os fundamentos da relação de parentalidade e filiação, torna-se crucial compreender quais são os fundamentos dessa nova concepção de família. A propósito, a própria ideia de “família” tem sido rechaçada nessa ótica. Lembrando que, hoje em dia, é comum, por exemplo, a substituição do termo “Direito de Família” por “Direito das Famílias”<sup>168</sup>.

Assim, a concepção mais tradicional de família, vinculada ao matrimônio e à consanguinidade, vem perdendo espaço para uma visão mais pluralista e voltada à ideia de autorrealização individual. Significa, portanto, que ela reverbera uma concepção de indivíduo para a qual a liberdade é um valor central. Um dos marcos dessa nova concepção de família, que segundo uma perspectiva principiológica ou neoconstitucionalista teria sido incorporado pela Constituição, é a ideia de afeto, ou, como tem sido chamado por parte da doutrina, o “princípio da afetividade” (GAMA, 2008, p. 82)<sup>169</sup>.

Segundo o princípio da afetividade, o afeto é um elemento constitutivo da própria entidade familiar (CALDERON, 2013)<sup>170</sup>, pois a família passa a ser vista como espaço de realização emocional e afetiva de seus integrantes. Os excertos a seguir corroboram esse entendimento:

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. (LÔBO, 2008, p. 1)<sup>171</sup>.

Os valores acolhidos pelo texto constitucional permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições, uma vez que muitas delas visaram, em última *ratio*, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção. A partir de 1988, é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no tecido constitucional brasileiro. (CALDERON, 2013, p. 238)<sup>172</sup>.

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto e no amor. [...] [A] família da pós-modernidade é forjada em laços de afetividade, sendo estes sua causa originária e final, com o propósito de servir de motor de impulsão para a afirmação da dignidade das pessoas de seus componentes. (FARIAS, 2008, p. 4-11)<sup>173</sup>.

<sup>168</sup> Cf., e.g., MENEZES, Joyceana Bezerra de., MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (org.). **Direito das Famílias por juristas brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2013. Cf. também LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** - 6a. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>169</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>170</sup> Cf. CALDERÓN. Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro. Renovar: 2013.

<sup>171</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>172</sup> CALDERÓN. Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro. Renovar: 2013.

<sup>173</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito à família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-17, 2008.

Neste ambiente de afeto e acolhimento, a ideia de pertencimento e comunhão torna-se central: “o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade” (HIRONAKA, *apud* OLIVEIRA, A., 2017, p. 239)<sup>174</sup>. De tal modo, dizer que a família (ou as famílias) da pós-Modernidade é forjada em laços de afetividade pressupõe, portanto, que a família tem como objetivo a afirmação da dignidade dos membros desse núcleo familiar. Significa, em outras palavras, que o grande valor a ser perseguido pelo Direito de Família é o próprio indivíduo. Este é um ponto chave na fundamentação empregada por Fux em seu voto no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC.

Nesse sentido, retoma-se a conexão entre formas de subjetividade e formas de organização política/jurídica, que inspira o tema deste trabalho. À nova concepção de família (e, conseqüentemente, de Direito de Família) corresponde uma determinada concepção de humano. Nesses termos, a “proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e chegada [a mesma ideia de “causa originária e final” do excerto acima de Farias] a tutela da própria pessoa humana. [...] Não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano” (FARIAS, 2011, p. 439)<sup>175</sup>. Com isso chegamos ao segundo eixo de fundamentação do voto de Fux: a supervalorização do indivíduo pelo Direito a partir do princípio – ou, como denomina o ministro, “sobreprincípio” – da dignidade da pessoa humana.

Dirá o ministro: “[a]ssumindo caráter de sobreprincípio fundante do ordenamento, insculpido logo no art. 1º, III, da Carta Magna, a dignidade humana passa a exercer papel fundamental nesse contexto” (FUX, 2016, p. 8)<sup>176</sup>. Não se pretende aqui elaborar uma teoria do que sejam os princípios e sobreprincípios jurídicos, mas é certo que, se os princípios já são normas com forte cunho axiológico, provável que os sobreprincípios o sejam ainda mais. De tal modo, o que nos interessa é o entendimento de que a dignidade humana, por ser um sobreprincípio, constitui-se como fundamento-base da Constituição. É por isso que a constitucionalização do Direito de Família terá estreita relação com o conteúdo normativo

<sup>174</sup> OLIVEIRA, Arthur Ferreira de. O direito à (busca da) felicidade como norteador de direito das famílias. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, FIDE**, Natal, v. 8, n. 1, p. 230-240, jan./jun., 2017.

<sup>175</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, v. 19/2004, p. 56-68, jul./set., 2004. Doutrinas Essenciais Família e Sucessões, v. 1, p. 435-449, ago./2011. DTR/2004/429.

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

expresso pela dignidade da pessoa humana. Cristiano Chaves de Faria afirma que a Constituição, ao eleger a dignidade humana como princípio fundamental,

alargou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros e descendentes, sejam estes fruto de casamento ou não. Deste modo, a entidade familiar deve, efetivamente, promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade. [...] como sinaliza TEPEDINO, “é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”. (FARIAS, 2008, p. 4-5)<sup>177</sup>.

Para fundamentar esta ideia, pode-se mencionar art. 226, § 8º, da Constituição Federal, que dispõe o seguinte:

Art. 226. A família, **base da sociedade**, tem **especial proteção** do Estado.

[...] § 8º. O Estado assegurará a assistência à família **na pessoa de cada um dos que a integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (grifos nossos)<sup>178</sup>.

Fux irá extrair todo o fundamento jurídico de seu voto justamente do “sobreprincípio” da dignidade humana. Nesse sentido, o voto traz uma leitura tipicamente neoconstitucionalista. Filosoficamente, diz Fux, o “núcleo base da dignidade humana é expresso na formulação do imperativo categórico de Immanuel Kant: o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim” (FUX, 2016, p. 8)<sup>179</sup>. Assim, a ideia de moralidade, ainda que não equivalha inteiramente à norma jurídica, é tida como um terreno que a semeia. Isso reflete a visão de que a Constituição encampa valores, ainda que direito e moral sejam campos distintos. Nessa perspectiva, o Direito de Família, assim como o Direito Constitucional, teria como norte e fundamento a tutela da pessoa humana e a realização máxima de sua dignidade<sup>180</sup>.

<sup>177</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito à família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-17, 2008.

<sup>178</sup> BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2019.

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

<sup>180</sup> Isso tem forte ligação com o fenômeno de repersonalização do direito civil, já pontuado neste trabalho como índice da constitucionalização do Direito. Nesse sentido, “é palpável a ligação estreita entre direitos da personalidade e direitos fundamentais” (SILVA FILHO, 2008, p. 317). Não interessa aqui aprofundar a dogmática jurídica que distingue essas categorias, mas apenas sinalizar a proximidade de sentido entre elas. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil a partir do pensamento de Charles Taylor:

Retomando uma ideia da filosofia política clássica, podemos dizer que, se, numa concepção contratualista moderna, o soberano é “a pessoa de todos” (PITKIN, 2006, p. 29)<sup>181</sup>, uma concepção mais recente de Direito entende o ser humano como seu próprio soberano, como seu próprio Leviatã. “Pela definição formalista de Hobbes, ao ser autorizado, o representante adquire novos direitos e poderes; o representado adquire apenas novas obrigações” (PITKIN, 2006, p. 29)<sup>182</sup>. Numa sociedade que reivindica mais direitos para os cidadãos e mais obrigações para o Estado, relacionadas à efetivação e ao reconhecimento desses direitos, essa lógica é invertida.

A visão do afeto como princípio jurídico norteador das relações familiares ilustra essa demanda pelo reconhecimento estatal de uma situação de fato, que seria fonte de um direito individual e um dever estatal de proteção aos modelos familiares fundados na afetividade. Nessa leitura, a primazia dos direitos fundamentais, em especial a dignidade humana, é indicativa da inversão apontada por Bobbio na relação entre Estado e cidadãos. O voto de Fux é exemplo claro desse movimento quando afirma categoricamente: “[é] o direito que deve servir à pessoa e não o contrário” (FUX, 2016, p. 17)<sup>183</sup>.

Por outro lado, o cumprimento desse dever estatal requer que o Estado seja investido de determinado poder sobre os indivíduos (ainda que a serviço de sua realização pessoal), o que gera uma fricção, uma dialética. Esse embate retoma a dicotomia da Modernidade entre autonomia e heteronomia. Em sua fundamentação, Fux costura a tese do reconhecimento da socioafetividade como elemento constitutivo da relação paterno-filial à luz da dignidade humana a partir de uma defesa contundente da autonomia. Em síntese, o ministro argumenta que a dignidade humana proíbe a instrumentalização dos indivíduos pelo Estado e que não reconhecer a parentalidade socioafetiva seria impor aos indivíduos um modelo familiar determinado, o que consistiria em uma forma de instrumentalização da pessoa humana à vontade estatal. Para sustentar esta posição, ele define a dignidade humana nos seguintes termos:

A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a

---

algumas projeções para os direitos de personalidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, p. 299-322, dez., 2008.

<sup>181</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006.

<sup>182</sup> *Idem*.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. (FUX, 2016, p. 2)<sup>184</sup>.

Há, portanto, uma visão tipicamente moderna de indivíduo: o “ser intelectual e moral”, dotado de racionalidade e livre. A liberdade, nesse sentido, é compreendida como a capacidade de ação individual, a capacidade de “determinar-se e desenvolver-se”, de eleger individualmente os “próprios objetivos de vida”. Esse entendimento guarda relação com a concepção moderna, fruto do estatuto do desejo, de que a emoção – no caso, o afeto – seria um caminho para a autocompreensão e, portanto, para a conquista da própria autenticidade, uma vez que o desejo, e os sentimentos, revelam uma verdade interior sobre o ser humano. Deste modo, o indivíduo é visto como fonte de autonomia e o Estado, como fonte de heteronomia. Tanto é assim que Fux ressalta: “[a] lição mais importante a ser extraída do caso é a de que sequer em tempos de guerra, excepcionais por natureza, poderá o indivíduo ser reduzido a mero instrumento de consecução da vontade dos governantes” (FUX, 2016, p. 11)<sup>185</sup>.

Além disso, Fux descreve a importância de o Direito se adaptar aos novos arranjos familiares como uma necessidade de “superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos” (FUX, 2016, p. 2)<sup>186</sup>. Esta visão de “óbices legais” reverbera a tal função antropológica tradicional do Direito, que é ser o interdito<sup>187</sup>. Em alguma medida, a colocação de Fux sugere que estejamos em um momento de ressignificar esta função. Sugere, ainda, que essa ressignificação não estaria a cargo do Legislativo, mas sim do Judiciário, a partir do exercício da hermenêutica.

A ligação com a ética da autenticidade, de Taylor, é clara. Na medida em que o horizonte ético da Modernidade é o ideal de fidelidade a si mesmo, ter autonomia para definir o próprio sentido de existência e para persegui-lo torna-se fundamental para o desenvolvimento humano. A concepção de humano adotada por Fux ecoa fortemente no imperativo ético da autenticidade proposto por Taylor: a dignidade guarda relação com a autonomia na busca pela própria autenticidade. Assim, a necessidade de conformidade do Direito aos diversos arranjos familiares, e não o contrário, pode ser lida como uma exigência de validação normativa de uma escolha autêntica inviolável. Conformar esses arranjos familiares a um único modelo de família seria negar-lhes o que eles têm de mais fundamental: a inviolabilidade da escolha individual, a sua autenticidade. Nos termos de Fukuyama, “não é o Eu interior que deve se conformar às

---

<sup>184</sup> *Ibidem*.

<sup>185</sup> *Idem*.

<sup>186</sup> *Idem*.

<sup>187</sup> Função discutida por Bobbio a partir da ideia de que é o dever, e não o direito, a figura deôntica originária.

regras da sociedade, mas a própria sociedade que deve mudar” (FUKUYAMA, 2018, p. 10)<sup>188</sup>. Nessa perspectiva, é a estrutura simbólica normativa que deve se adequar ao desejo de expressão individual, e não o inverso.

Este é o argumento que nos conduz ao terceiro eixo de fundamentação do voto de Fux: a relevância do chamado direito à busca da felicidade<sup>189</sup>, derivado da dignidade humana, para as novas concepções de família e de indivíduo. O ministro define esse direito a partir de um sentido tipicamente moderno de indivíduo, que podemos identificar como sendo fundado na ética da autenticidade:

Cuida-se, a busca da felicidade, de preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhecendo-se não apenas as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, mas também que o Estado, então [na Modernidade] recém-criado, deveria atuar apenas na extensão em que essas capacidades próprias fossem respeitadas. (FUX, 2016, p. 9-10)<sup>190</sup>.

Fux faz referência explícita à Modernidade ocidental (no caso, norte-americana) ao descrever a origem do direito à busca da felicidade:

Em estreita conexão com a dignidade humana, dela derivando ao mesmo passo que constitui o seu cerne, apresenta-se o denominado direito à busca da felicidade. Se a referência a este direito é relativamente recente no Brasil, a sua origem remonta ao próprio surgimento do conceito moderno de Constituição. (FUX, 2016, p. 9)<sup>191</sup>.

A Constituição moderna à qual Fux se refere é a Constituição dos Estados Unidos de 1787. Como referências históricas da ideia de busca da felicidade, podemos citar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração de Independência dos EUA de 1776 (DIAS, 2011)<sup>192</sup>. Esta, escrita por Thomas Jefferson, consagrou o direito à busca da felicidade nos seguintes termos: “todos os homens são criados iguais e são agraciados pelo

<sup>188</sup> FUKUYAMA, Francis. **Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment**. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2018. Tradução livre. No original: “[it] is not the inner self that has to be made to conform to society’s rules, but society itself that needs to change”.

<sup>189</sup> Fundamentação extremamente semelhante foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277, de 2011, ocasião em que a Corte decidiu pela constitucionalidade da união homoafetiva.

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

<sup>191</sup> *Idem*.

<sup>192</sup> As referências foram trazidas por Maria Berenice Dias. Cf. DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à felicidade. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 8, n. 01, p. 201-215, dez. 2011. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/358/275>. Acesso em: 14 out. 2019.

Criador com certos direitos inalienáveis, dentre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”<sup>193</sup>.

A relevância da discussão em torno desse direito no presente caso<sup>194</sup> justifica-se pelo entendimento de que a família é uma “conjugação de indivíduos ligados por si entre laços afetivos e ancorados em fatos de ordem biológica ou de ordem afetiva, tendo uma de suas finalidades a busca de alegria e felicidade” (OLIVEIRA, A., 2017, p. 236)<sup>195</sup>. Segundo Fux, na concepção de família validada pela Constituição, dois “motivos essenciais para a formação do núcleo familiar na sociedade” seriam “o desenvolvimento da personalidade humana e a concretização do projeto de felicidade” (FARIAS, 2008, p. 3)<sup>196</sup>. O desafio que se coloca para o Direito é como definir um conceito de felicidade<sup>197</sup> sem comprometer a objetividade da interpretação (se é que ela é um ideal desejável). Como relembra Maria Berenice Dias, “[a] pesar de ter havido a constitucionalização dos direitos fundamentais, poucas são as constituições que formalmente preveem o direito fundamental à felicidade” (DIAS, 2011, p. 202)<sup>198</sup>. Na Constituição brasileira, por exemplo, este direito não é positivado.

Beatriz Rubin descreve diferentes concepções filosóficas sobre o que seria a felicidade: “o sumo bem” ou a “mais desejável de todas as coisas” (Aristóteles); o “sucesso contínuo da

<sup>193</sup> JEFFERSON, Thomas *et al.* **Declaration of Independence of the United States of America**. 1776. Disponível em: <http://www.ushistory.org/declaration/document>. Acesso em: 31 out. 2019. Tradução livre. No original: “*all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*”.

A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA fez menção a esse direito em algumas de suas decisões mais paradigmáticas envolvendo temas de direito de família. O reconhecimento da constitucionalidade do casamento homoafetivo em todos os estados, no caso *Obergefell v. Hodges* (2015), é um exemplo clássico disso. Outros casos paradigmáticos são: *Bowers v. Hardwick* (1986), *Planned Parenthood v. Casey* (1992), *Romer v. Evans* (1996), *Boy Scouts of America v. Dale* (2000), *Lawrence v. Texas* (2003), *United States v. Windsor* (2013) e *Hollingsworth v. Perry* (2013). Em sua decisão no caso *Planned Parenthood v. Casey* (1992), o Juiz Anthony Kennedy definiu liberdade (“*liberty*”) da uma forma que dialoga com o direito à busca da felicidade: “o direito de definir o próprio conceito de existência, de significado, do universo, e do mistério da vida humana”. Tradução livre. No original: “*the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life*”.

<sup>194</sup> Arthur Ferreira de Oliveira dirá que “o direito à (busca da) felicidade irradiaria sobremaneira nos diversos ramos do arcabouço normativo, destacando-se, ainda mais, no Direito das famílias”. In: OLIVEIRA, Arthur Ferreira de. O direito à (busca da) felicidade como norteador de direito das famílias. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, FIDE**, Natal, v. 8, n. 1, jan./jun., 2017, p. 231.

<sup>195</sup> *Idem*.

<sup>196</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito à família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-17, 2008.

<sup>197</sup> Já foram inclusive desenvolvidos estudos para medir a felicidade a partir da criação de um índice de Felicidade Interna Bruta (FIB), ou “Gross National Happiness” (GNH). Conforme explica Maria Berenice Dias, “este conceito baseia-se no princípio de que o verdadeiro desenvolvimento de uma sociedade humana surge quando o desenvolvimento espiritual e o material são simultâneos, se complementando e reforçando mutuamente. Os quatro pilares da FIB são: a promoção de um desenvolvimento socioeconômico sustentável e igualitário; a preservação e a promoção dos valores culturais; a conservação do meio ambiente natural; e o estabelecimento de uma boa governança”. In: DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à felicidade. **Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.]**, v. 8, n. 01, dez. 2011. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/358>. Acesso em: 14 out. 2019.

<sup>198</sup> *Idem*.



obtenção dos objetos do desejo” (Hobbes); a “condição material que determina a ação [moral] do sujeito” (Kant); e o “anseio por justiça”, sendo justiça a “felicidade garantida por uma ordem social” (Kelsen). (RUBIN, 2010, p. 42-43)<sup>199</sup>. Essas descrições possibilitam vislumbrar duas formas de conceituar a felicidade: uma perspectiva mais coletivista, outra perspectiva mais individualista.

A perspectiva coletivista entende que “[só] identificando-se o interesse individual com o coletivo, pode ser alcançada a felicidade” (LINS, 1971, p. 41)<sup>200</sup>. Dessa forma, a felicidade é definida como um “direito humano fundamental enraizado no viver eticamente” (AGUIAR, 2008, p. 116)<sup>201</sup>:

o evolver do direito à felicidade, no espaço público-institucional, somente ocorre em uma dimensão ética e comprometida com o projeto de felicidade alheio. Não se pode ser feliz em meio à infelicidade alheia [...] a felicidade parte de uma perspectiva individual e completa-se no espaço das relações sócio-econômicas [sic], políticas e jurídicas. [...] a realidade do princípio democrático é pré-condição para o projeto de viver feliz, como direito humano fundamental. (AGUIAR, 2008, p. 113-114)<sup>202</sup>.

Decorre desta perspectiva que “a própria finalidade do Estado é assegurar a todos o direito à felicidade, não só como um sonho individual, mas como meta social” (DIAS, 2011, p. 203)<sup>203</sup>. A título de curiosidade, em 2010, partindo dessa premissa, o então Senador Cristovam Buarque apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº. 19, que ficou popularmente conhecida como “PEC da felicidade”<sup>204</sup>, sugerindo a alteração do art. 6º da Constituição Federal de modo a incluir o direito à busca da felicidade por cada indivíduo e pela sociedade no rol de direitos sociais.

A Proposta, no entanto, foi arquivada. Na explicação de Arthur Ferreira de Oliveira, o “insucesso da proposta do senador Buarque talvez resida no problema da concretização fática de um direito fundamental à felicidade, dada a imprecisão terminológica. Isso porque a

<sup>199</sup> RUBIN, Beatriz. O direito à busca da felicidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 16, p. 35-49, jul./dez., 2010. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/225>. Acesso em: 14 out. 2019.

<sup>200</sup> LINS, Ivan. A concepção do direito e da felicidade perante a moral positiva. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 6, Porto Alegre, p. 29-45, 1972.

<sup>201</sup> AGUIAR, Marcelo Souza. O direito à felicidade como direito humano fundamental. **Revista de Direito Social, Doutrina Direitos Humanos**, n. 31, p. 109-116, jul/set 2008. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDS%2031%20-%20Doutrina%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

<sup>202</sup> *Idem*.

<sup>203</sup> DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à felicidade. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 8, n. 01, p. 201-2015, dez. 2011. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/358>. Acesso em: 14 out. 2019.

<sup>204</sup> O texto pode ser acessado em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4555090&ts=1567532989688&disposition=inline>. Acesso em 05 nov. 2019.

aplicação de tal direito seria um grande desafio aos profissionais do direito” (OLIVEIRA, A., 2017, p. 234)<sup>205</sup>.

Em sua justificação, o senador argumentou que a “busca individual pela felicidade pressupõe a observância da felicidade coletiva” (BUARQUE, 2010, p. 1)<sup>206</sup>. Entretanto, não parece ser nesse sentido que Fux manobra seus argumentos no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC. A perspectiva de felicidade adotada pelo ministro tem um cunho mais individualista. Sua definição aproxima-se da definição de Saul Tourinho Leal, apresentada por Arthur Ferreira de Oliveira como sendo o “direito de não sofrer interferências ilegítimas por parte do Estado, ou do particular, na execução de projetos racionais de realização de preferências” (OLIVEIRA, A., 2017, p. 233)<sup>207</sup>. Trata-se, portanto, de uma noção tipicamente liberal e moderna de felicidade, dada sua relação com a liberdade individual. Segundo Ghirardi e Nasser, isto revela uma noção específica de indivíduo:

Essa noção específica de indivíduo desdobra-se numa noção específica de direitos. Se o que nos caracteriza é a busca da autorrealização individual, se isso é o que significa ser humano, então não podemos ser indevidamente impedidos de realizar tal busca. [...] Apresentando o argumento de outro modo: essa concepção específica de indivíduo propõe que é correto, é direito que tenhamos condições de atingir o patamar de plenitude para o qual fomos criados. Interferir na liberdade de cada um é diminuir-lhe a capacidade de ser plenamente humano. (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 72)<sup>208</sup>.

Os seguintes trechos do voto de Fux demonstram o quanto esta noção moderna de indivíduo, baseada na dignidade humana e na ética da autenticidade, é fundamental para a consistência do seu argumento na decisão do caso:

O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, [...] [proíbe] que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. [...] [O] direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com

<sup>205</sup> OLIVEIRA, Arthur Ferreira de. O direito à (busca da) felicidade como norteador de direito das famílias. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, FIDE**, Natal, v. 8, n. 1, p. 230-240, jan./jun., 2017.

<sup>206</sup> BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional nº. 19, de 2010**. Brasília, DF: Secretaria Geral da Mesa. Proposta pelo Senador Cristovam Buarque. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4555090&ts=1567532989688&disposition=inline>. Acesso em: 01 nov. 2019.

<sup>207</sup> OLIVEIRA, Arthur Ferreira de. O direito à (busca da) felicidade como norteador de direito das famílias. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, FIDE**, Natal, v. 8, n. 1, p. 230-240, jan./jun., 2017.

<sup>208</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente. (FUX, 2016, p. 3-10)<sup>209</sup>.

As imagens do escudo e do alfaiate invocadas por Fux são ótimas ilustrações do ponto que ele busca sustentar em seu voto. O escudo simboliza a supervalorização da autonomia, impedindo que o indivíduo se curve à vontade do Estado. Além disso, pressupõe também que a relação entre ambos seja conflituosa, de tal modo que o indivíduo necessite de proteção. Já o alfaiate simboliza o papel que é conferido ao Estado de ajustar a roupa (a estrutura simbólica normativa) ao cliente (o indivíduo e seu desejo de expressão).

Porque o ser humano é entendido por Fux como o agente livre e racional, ele afirma que “o direito à busca da felicidade [o escudo] protege o ser humano em face de tentativas do Estado [o alfaiate] de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos [a roupa]” (FUX, 2016, p. 3)<sup>210</sup>. Nesse sentido, pode-se dizer que Fux adota uma perspectiva individualista perante a felicidade por acreditar que defini-la, assim como definir o que seja um modelo correto de família, seria justamente moldar o indivíduo à norma por uma lógica de heteronomia. O ministro sintetiza o argumento nos seguintes termos:

Tanto a dignidade humana, quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte. [...] O sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. (FUX, 2016, p. 13-17)<sup>211</sup>.

Pensando em termos de doutrina civilista, pode-se entender que a argumentação de Fux fundamenta-se no princípio da autonomia privada, ou autonomia da vontade. Nesses termos, ele partiria de uma perspectiva de forte cunho individualista porque associa a autonomia à esfera da intimidade e da inviolabilidade da vida privada<sup>212</sup>. A felicidade é entendida como realização pessoal e não coletiva. O excerto a seguir dialoga bastante com o argumento de Fux:

É por meio dessa liberdade [para buscar a própria felicidade] que se alcança o autêntico momento de propiciar à família a felicidade pessoal de seus membros, que

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

<sup>210</sup> *Idem*.

<sup>211</sup> *Idem*.

<sup>212</sup> Curioso, no entanto, que Fux não faça menção ao art. 5º, X, da Constituição Federal.

gera a efetivação da personalidade individual, e, por isso, cabe ao Estado libertar qualquer barreira que impeça ou impossibilite a almejada felicidade. (OLIVEIRA, A., 2017, p. 236)<sup>213</sup>.

O emprego do termo “autêntico” no trecho acima é interessante para pensarmos novamente o diálogo com Taylor. A importância da autenticidade é dada na medida em que ela será o índice que dignifica – que atribui valor ético – à escolha individual. Pode-se dizer, com algum esforço de abstração, que a autenticidade da prática social será a medida de validação ou legitimação ética desta prática e, portanto, da felicidade que ela traz ao indivíduo.

Em síntese, e de forma certamente simplificada, poderíamos apresentar o argumento como uma equação: quanto maior a liberdade do indivíduo, maior será sua autonomia para fazer escolhas autênticas; quanto mais autênticas forem suas escolhas e suas práticas, mais feliz será o indivíduo; quanto mais feliz for o indivíduo, mais fortalecida estará sua dignidade. De um ponto de vista tayloriano (ao qual Fux parece se alinhar), esta seria a importância ética do direito à busca da felicidade para a promoção da dignidade da pessoa humana. É claro que, concretamente, a situação não opera em termos quantitativos, mas, para fins didáticos, visualizá-la deste modo facilita sua compreensão.

Será, então, este o fundamento que conduzirá Fux à defesa de uma “compreensão jurídica cosmopolita das famílias” (FUX, 2016, p. 3)<sup>214</sup>, baseada, como conceitua Luiz Edson Fachin em clara referência à filosofia aristotélica, na “concepção eudaimonista de família” (FUX, 2016, p. 13)<sup>215</sup>. Ressalta-se que eudaimonia, em Aristóteles, é um conceito de filosofia ética que designa, basicamente, uma fruição plena do bem-estar e das virtudes, a qual leva a uma vida moralmente próspera e, nesse sentido, boa e feliz. O uso da expressão “cosmopolita” por Fux também é interessante, na medida em que denota uma compreensão de família para além das fronteiras dadas pelo Estado (isto é, pelo Direito estatal).

Pegando esse gancho, Fux irá fixar sua tese de que a filiação socioafetiva não prevalece sobre a filiação biológica, nem vice-versa. Como, à época do Recurso, o vínculo de parentalidade construído pela biologia já era juridicamente protegido, toda a argumentação de Fux é direcionada no sentido de legitimar e reconhecer a socioafetividade como fonte jurídica de uma relação paterno-filial, daí porque o ministro emprega conceitos como a dignidade

<sup>213</sup> OLIVEIRA, Arthur Ferreira de. O direito à (busca da) felicidade como norteador de direito das famílias. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, FIDE*, Natal, v. 8, n. 1, p. 230-240, jan./jun., 2017.

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

<sup>215</sup> *Idem*.

humana e o direito à busca da felicidade. Ao final, no entanto, Fux entende que sobrepor um modelo de parentesco ao outro seria justamente tentar enquadrar o indivíduo à norma, reproduzindo a lógica da heteronomia, da instrumentalização do ser humano à vontade estatal. Logo, ele afirma que, “[em] paralelo à filiação biológica, demanda igual proteção jurídica o vínculo de parentalidade construído apenas a partir do afeto” (FUX, 2016, p. 15)<sup>216</sup>, razão pela qual

descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. (FUX, 2016, p. 17)<sup>217</sup>.

Assim, no coração desta tese está a valorização da vontade, do querer individual, que retoma uma premissa estrutural da Modernidade. O Supremo Tribunal Federal deixa a cargo do indivíduo a decisão sobre qual modelo de parentalidade prevalece.

Ao mesmo tempo, a tese fixada pela Corte baseia-se também em um argumento de isonomia. Nessa ótica, a igualdade é entendida como a ausência de discriminação ou hierarquia entre os modelos de parentalidade<sup>218</sup>. Aplicado ao caso, o princípio da igualdade determina que a origem da filiação não importa, não podendo haver discriminação entre filhos naturais, adotivos ou socioafetivos. Muito embora Fux não os mencione diretamente, os artigos 227, § 6º, da Constituição Federal, e 1596 do Código Civil, avalizam este entendimento com a exata mesma redação (fato bastante ilustrativo da concretude do fenômeno de constitucionalização do direito civil), a saber: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”<sup>219</sup>.

Um último ponto importante da tese fixada por Fux é a desnecessidade de declaração em registro público para fins de reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Ele sustenta que a filiação socioafetiva “independente da realização do registro, bastando a consolidação do

---

<sup>216</sup> *Ibidem*.

<sup>217</sup> *Idem*.

<sup>218</sup> *Idem*. Nos termos de Fux: “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”. (p. 14)

<sup>219</sup> Cf. BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2019; e BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 abr. 2019.

vínculo afetivo entre as partes ao longo do tempo” (FUX, 2016, p. 16)<sup>220</sup>. Tal posicionamento retoma a visão do afeto enquanto princípio jurídico por si só.

Fux cita a adoção como exemplo de um instituto de Direito de Família já consolidado “capaz de estabelecer um vínculo parental na ausência de casamento ou liame consanguíneo, bastando o amor entre os indivíduos que se recebem como pais e filhos” (FUX, 2016, p. 14). Em seu voto vencido, o Min. Dias Toffoli rebate este argumento, sustentando que a situação da adoção é diferente da parentalidade socioafetiva. Toffoli entende que a adoção é juridicamente válida por ser escrita, ou seja, o afeto não é suficiente para configurar a relação jurídica de adoção: a legitimidade jurídica da adoção seria decorrente do registro escrito e não da mera afetividade.

Por um lado, Toffoli parece ter razão, na medida em que o processo jurídico de adoção é regulado por uma série de procedimentos dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente, não bastando o mero afeto para configurar a relação jurídica enquanto tal nesse sentido. Por outro, não se pode perder de vista que o Direito tem, sim, aberto a possibilidade de reconhecimento de relações jurídicas apenas com base no afeto. Se não a adoção, a união estável é um exemplo disso, pois independe de registro.

Isso volta a atenção para um detalhe relevante do debate em torno do princípio da afetividade: a importância da exteriorização desse afeto, ou seja, a avaliação de um dado subjetivo (o sentimento) a partir de um dado objetivo (o comportamento). Assim, a afetividade jurídica aqui considerada não está necessariamente apegada a questões sentimentais. O afeto diz respeito a atos e fatos que exteriorizam, demonstram, expressam relações de carinho e de cuidado.

Ou seja: para o Direito, o afeto não é um mero sentimento, mas também se exprime em atitudes concretas, isto é, no comportamento adotado por aqueles que nutrem afeto entre si. Segundo essa perspectiva, o que caracteriza uma relação paterno-filial para que se possam extrair aspectos jurídicos de uma relação socioafetiva é a manifestação ou exteriorização do afeto e do intuito de constituir família, não a mera o mero intuito em si. A discussão se dá em torno de estados de fato que geram efeitos jurídicos.

Esta é uma ressalva importante de se ter em mente quando da análise do presente caso, justamente em razão das limitações do Direito na regulação de aspectos concernentes à

---

<sup>220</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

subjetividade. O debate ganha contornos mais complexos, conduzindo ao questionamento sobre o quanto o Direito deve proteger sentimentos. Ao se pensar sobre a existência ou não de um direito à busca da felicidade, esta é uma questão fundamental. Em certo sentido, Fux parece dizer justamente que a motivação não importa: desde que a busca seja fiel a um projeto de felicidade individual, cabe ao Estado reconhecê-lo e respeitá-lo sem interferências indevidas.

Chegamos, assim, à pergunta sobre qual deve ser o papel do Estado, em especial do Poder Judiciário enquanto intérprete das normas jurídicas, perante os projetos de felicidade individuais. Mais especificamente: deve o Judiciário assegurar a felicidade das pessoas? (OLIVEIRA, A., 2017, p. 238)<sup>221</sup>.

O capítulo seguinte busca problematizar estas questões, dentre outras. Mais do que simplesmente respondê-las, sim ou não, o objetivo é entender quais as concepções de Estado que estão em jogo por trás de cada resposta. Busca-se, também, explicitar uma “distorção” (na falta de termo melhor) da dignidade humana moderna identificada por uma sensibilidade pós-moderna a partir de novas demandas de igualdade, e quais os possíveis risco disso.

#### 4 DO CASO À MOLDURA: NOVAS DEMANDAS DE SUBJETIVIDADE E SEUS DESAFIOS PARA O DIREITO

“Nós sabemos o que somos,  
mas não o que podemos ser”.  
(William Shakespeare, *Hamlet*, IV, 5)<sup>222</sup>.

Se, no capítulo anterior, o objetivo era analisar o voto de Fux a partir da moldura teórica, este capítulo busca traçar o movimento inverso, isto é, problematizar aspectos trazidos pela moldura a partir do voto de Fux. A hipótese deste capítulo é de que o caso nos indica elementos de um possível movimento de ressignificação do Direito – querendo dizer: de passagem de uma representação moderna para uma representação mais pós-moderna do Direito –, tanto numa perspectiva procedimental (sobre o papel do Estado, em especial do Judiciário), quanto numa perspectiva substantiva (sobre o conteúdo da estrutura normativa, em especial do princípio da dignidade humana).

<sup>221</sup> OLIVEIRA, Arthur Ferreira de. O direito à (busca da) felicidade como norteador de direito das famílias. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, FIDE*, Natal, v. 8, n. 1, p. 230-240, jan./jun., 2017.

<sup>222</sup> SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Trad. de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2012.



Para testar esta hipótese, o capítulo percorre três objetivos. Primeiro objetivo: traçar uma breve análise hermenêutica do voto e explicitar aspectos contraditórios na forma como Fux constrói sua argumentação. Segundo objetivo: discutir se há um direito à busca da felicidade e, caso positivo, qual seria o papel do Estado a respeito. Terceiro objetivo: expandir a discussão sobre a dignidade humana à luz das novas demandas de igualdade e problematizar essa discussão a partir da perspectiva do individualismo e da ausência de uma experiência comum, já saindo do caso específico da parentalidade socioafetiva.

Começando pelo primeiro objetivo, o primeiro ponto interessante a se explicitar, que ressurgiu a partir da forma como Fux manobra seu argumento, é a tensão entre uma teoria procedimentalista e uma teoria substancialista da Constituição. Como se trata de uma classificação eminentemente teórica, não se pretende aqui afirmar que o voto de Fux siga por um ou por outro caminho de forma absoluta. Na verdade, a premissa para retomarmos essa tensão é a inexistência de modelos puros, dada a complexidade da questão para além das presunções abstratas. Ao que parece, o argumento de Fux apresenta aspectos da teoria substancialista e da teoria procedimentalista ao mesmo tempo.

Por um lado, é possível identificar características do paradigma neoconstitucionalista na maneira como o voto de Fux é articulado. A primazia dos direitos fundamentais (no caso, o dito direito à busca da felicidade), a interpretação principiológica (supervalorização do indivíduo livre a partir do “sobreprincípio” da dignidade humana) e a constitucionalização das normas infraconstitucionais (novas concepções de Direito de Família, ou Direito das Famílias) são exemplos disso.

Por outro lado, o argumento, não obstante lance mão de valores e princípios, mais do que da textualidade das regras, reverbera uma lógica positivista de suficiência e coerência interna do ordenamento jurídico. A ideia do “direito à busca da felicidade como norma constitucional implícita” (FUX, 2016, p. 10)<sup>223</sup> é um possível indicativo disso. Ou seja, ainda que infira do texto escrito – o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que não define, mas apenas expõe o princípio da dignidade humana – um valor para direcionar seu argumento, ao justificar esse valor, Fux volta-se ao próprio texto escrito, pois entende que a norma guarda um sentido implícito – *i.e.*, interno – também positivado pela Constituição. Ele considera, portanto, que “a implementação – ainda que parcial – de um imperativo constitucional deve ser atribuída,

---

<sup>223</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.



em grande medida, ao próprio texto constitucional, e não apenas à vontade dos agentes que o implementaram” (VIEIRA *et al.*, 2013, p. 9-10)<sup>224</sup>.

Poder-se-ia argumentar que ainda assim se trata de um exercício valorativo incompatível com o positivismo jurídico, o qual buscaria fundamentar sua interpretação na literalidade do texto constitucional e não em seu significado presumido. Poder-se-ia objetar, também, que recorrer ao texto constitucional não necessariamente é algo exclusivo do positivismo, o que descaracterizaria a hermenêutica de Fux como tal. De fato, são críticas possíveis. Mas, ao fim e ao cabo, a conclusão a que se parece chegar é de que, talvez, os modelos não sejam tão distantes na prática.

Talvez, então, o neoconstitucionalismo e a teoria substancialista não se afastem tanto de uma lógica positivista e procedimentalista, nem vice-versa. Afinal, se os valores morais e políticos são tidos como elementos constitutivos do texto constitucional, internalizados pela Constituição, então o sentido da norma jurídica é dado pela lógica interna do próprio ordenamento (lógica positivista da consistência interna do Direito). Seria leviano afirmar que o positivismo rejeita qualquer forma de interpretação para além do simples “beabá” do texto posto. Ele apenas sustenta um método hermenêutico mais rígido e controlável, justamente para se proteger contra o arbítrio judicial. Valéria Ribas do Nascimento afirma que “o direito é linguagem e a linguagem necessariamente leva à interpretação” (NASCIMENTO, 2009, p. 156)<sup>225</sup>.

O ponto central dessa discussão é notar que a disputa entre os modelos teóricos revela uma disputa não só pelo sentido do texto constitucional, mas também pelo sentido da interpretação deste texto. Assim, o que está em xeque são duas representações de Direito antagônicas – uma que valoriza mais a literalidade e a objetividade da interpretação, a qual poderíamos caracterizar como moderna, e outra que valoriza a leitura para além do mero texto escrito da norma jurídica, a qual poderíamos caracterizar como pós-moderna. O voto de Fux, por sua vez, parece estar em algum lugar entre as duas, realizando um movimento pendular que se aproxima ora de uma, ora da outra. Esse limbo é um dos aspectos que torna a discussão não binária e, por isso mesmo, desafiadora.

---

<sup>224</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* **Resiliência Constitucional** [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1ª ed. – São Paulo: Direito GV, 2013 (Série Pesquisa Direito GV). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

<sup>225</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 147-168, jan./jun., 2009.

Oposição semelhante parece surgir da forma como Fux entende as novas concepções de família. Uma premissa chave por trás das transformações no Direito de Família, em especial na disciplina da filiação e da parentalidade, é, segundo Fux, a necessidade dessas transformações, em razão de uma ideia de progresso. O ministro afirma de forma emblemática: “Era preciso evoluir” (FUX, 2016, p. 8)<sup>226</sup>.

Por trás desta colocação, há dois pressupostos relevantes. Primeiro: a historicidade do Direito e seu consequente dever de renovação em correspondência à renovação das práticas e imaginários sociais, para resgatar o conceito de Charles Taylor (*i.e.*, mudam-se as bases morais, mudam-se as normas jurídicas). Segundo: a capacidade humana de progredir e se desenvolver ao longo do tempo através do exercício da racionalidade, de modo que as estruturas do presente serão sempre melhores do que as estruturas do passado, pois a evolução é constante. A contradição em torno disso é explicitada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos seguintes termos: “[é] paradoxal que o pós-positivismo que renega o iluminismo reitere uma das ideias-forças deste, a de progresso” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 163)<sup>227</sup>.

Explica-se: se, por um lado, o “pós-positivismo” (ao que, para fins de compreensão didática do argumento, podemos considerar como marco filosófico do neoconstitucionalismo, como propõe Barroso) renega a racionalidade instrumental iluminista, por outro, reitera o pressuposto de que o ser humano está em constante progresso ético, o que é uma perspectiva igualmente iluminista e, como tal, fundada no princípio da instrumentalidade da razão. No voto de Fux, podemos identificar esse paradoxo na maneira como ele concebe os novos arranjos familiares: ao reconhecer a família como espaço autônomo de realização afetiva do ser humano, Fux parte de uma concepção de família instrumental.

Isso tem estreita relação com a proximidade que o ministro estabelece entre o espaço da família e o direito à busca da felicidade. Ao adotar uma perspectiva fundamentalmente individualista desse direito, afirmando a necessidade de o Estado proteger o sujeito em sua esfera íntima e particular de autorrealização e autodeterminação, e ao entender a família como espaço de realização desse direito individual inviolável, Fux abre margem para que se entenda que a instituição familiar deve servir exclusivamente a projetos individuais.

---

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

<sup>227</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, 2009.

É paradoxal pensar assim considerando que um dos princípios basilares do Direito de Família, e com o qual Fux parece se alinhar, é o da solidariedade familiar, o qual ressalta a importância da comunhão de projetos de vida. Um dos principais argumentos para reconhecer a afetividade como princípio jurídico é justamente a exteriorização do afeto em condutas que manifestem o intuito de constituir família. Nesse modo de ver, a família é ainda considerada como espaço coletivo por excelência. A ideia de comunhão designa um empreendimento verdadeiramente conjunto, muito mais do que a soma aritmética de projetos individuais. Ao justificar a proteção à família por uma perspectiva individualista do núcleo familiar, mesmo que reconheça a inviolabilidade também dos projetos comuns entre os familiares, o argumento acaba por fazer da família o mesmo que defende que não se faça com seus integrantes: instrumentalizá-la.

Isso retoma a discussão de Taylor sobre os males da ética da autenticidade trazidos pelo individualismo exacerbado. Em certo sentido, a visão individualista de família pode fazer dela uma comunidade narcísica, de modo semelhante ao que Taylor identifica ser boa parte das comunidades políticas ocidentais na pós-Modernidade. Ao mesmo tempo, tal visão ecoa a premissa da filosofia política clássica de Hobbes e Locke de que, na formação do Estado moderno, “a ação é coletiva, mas a sua meta permanece individual” (COELHO; OLIVEIRA, R., 2018, p. 210)<sup>228</sup>. Em contrapartida, Taylor entende que o compartilhamento de determinados bens aumenta o seu valor:

[Para Taylor,] esta partilha tem em si mesma um valor, institui um vínculo e representa um bem sobre o qual se forjam as comunidades políticas. Forja-se uma identidade-nós para além das identidades convergentes que cada um membro da sociedade política acalenta. A sociedade não é apenas instrumento para realizar interesses de cada um, mas empresa comum. (COELHO; OLIVEIRA, R., 2018, p. 215)<sup>229</sup>.

Nesse sentido, a família baseada numa visão individualista do direito à busca da felicidade é uma família narcísica e, como tal, altamente atomista. Se a Constituição entende que a família é a base da sociedade, isso implica que haverá o risco de a sociedade tornar-se igualmente narcísica e atomista. Da perspectiva da ética da autenticidade de Taylor, pensar a família de forma instrumental para justificar um direito à busca da felicidade é por si só um contrassenso, pois não faria sentido instrumentalizar a autenticidade em nome dela mesma. Não

<sup>228</sup> COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, p. 206-223, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/807/531>. Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>229</sup> *Idem*.

se pode esquecer que se trata de uma busca comprometida com uma esfera ética. Esta esfera ética pressupõe o compartilhamento de experiências e projetos comuns, bem como a nutrição de um senso de pertencimento coletivo e a assunção de responsabilidades e obrigações recíprocas. Com razão, Taylor entende que, para se ter uma “sociedade em que é possível viver, alguma liberdade de escolha terá que ser restringida, alguma autoridade terá que ser respeitada e alguma responsabilidade individual terá que ser assumida” (TAYLOR, *apud* AQUINO, 2012, p. 37)<sup>230</sup>.

Em outras palavras: a perspectiva individualista pode vir a alimentar uma “concepção instrumental da sociedade política [segundo a qual] viver em comunidade não tem valor em si mesmo, mas apenas é útil para a realização dos interesses individuais de cada associado” (COELHO; OLIVEIRA, R., 2018, p. 210)<sup>231</sup>.

Nessa mesma linha, a decisão de Fux é paradigmática no sentido de buscar inverter a lógica moderna da heteronomia como motor da autonomia, ao mesmo tempo em que não abandona por completo a racionalidade instrumental moderna. O voto atribui um valor ético e jurídico muito significativo à autonomia do sujeito na definição do próprio projeto de vida, ao mesmo tempo em que entende a instituição da família a partir de uma lógica de heteronomia invertida: a instituição serve ao sujeito. O problema é colocar em risco a possibilidade de uma experiência comum, se cada projeto de vida é único e deve ser tutelado pelo Estado sem qualquer concessão. A partir daí, passamos ao segundo objetivo do presente capítulo: compreender qual seria o papel do Estado – em particular, do Judiciário – diante de um (suposto) direito à busca da felicidade.

Em primeiro lugar, é preciso perguntar se há, de fato, um direito à busca da felicidade. Nesse âmbito, cumpre fazer uma diferenciação entre um direito à felicidade e um direito à busca da felicidade (OLIVEIRA, A., 2017)<sup>232</sup>. O primeiro seria o direito do indivíduo de ser feliz, enquanto que o segundo seria o direito do indivíduo de usufruir dos meios necessários para buscar sua felicidade.

Se, de um lado, parece certo que não há como impor ao Estado um dever correlato ao direito à felicidade (sendo, portanto, difícil de sustentar que um tal direito exista deonticamente

<sup>230</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Ética da autenticidade e alteridade: critérios estéticos para a produção do direito na pós-modernidade. **Revista Húmus**, n. 4, p. 30-51, jan./fev./mar./abr., 2012.

<sup>231</sup> COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, p. 206-223, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/807/531>. Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>232</sup> A distinção foi proposta por Arthur Ferreira de Oliveira. Cf. OLIVEIRA, Arthur Ferreira de. O direito à (busca da) felicidade como norteador de direito das famílias. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, FIDE**, Natal, v. 8, n. 1, p. 230-240, jan./jun., 2017.

dentro do sistema normativo)<sup>233</sup>, de outro, a ideia de busca da felicidade leva a crer que o Estado não estaria necessariamente comprometido com a felicidade, com o resultado do empreendimento individual, mas apenas com a possibilidade de ele vir a ocorrer. De todo modo, o debate pressupõe que “esta felicidade nem sempre encontra os meios de se tornar concreta, pois depende de fatores que vão além das forças ou condições do indivíduo, dependem também da vontade e atuação do Estado” (SIMÕES; HORITA, 2014, p. 58)<sup>234</sup>.

Bobbio propõe outra diferenciação que pode ser bastante útil para examinarmos essa problemática: a distinção entre um direito e uma expectativa de um direito. Segundo Bobbio, o “problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter” (BOBBIO, 1990, p. 12)<sup>235</sup>. Essa colocação insere-se na tentativa do autor de problematizar a nomenclatura “direitos fundamentais” e questionar a existência de fundamentos absolutos para os direitos. Ele irá criticar uma certa banalização do termo “direito” na pós-Modernidade, à qual ele dá o nome de “a era dos direitos”. Nesse cenário, dirá, a “linguagem dos direitos [...] se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido” (BOBBIO, 1990, p. 10)<sup>236</sup>. Esta “linguagem dos direitos” seria uma herança da Modernidade:

A linguagem dos direitos (notadamente os individuais) [...] se radicaliza e consolida como a mais racional. Nessa visão de mundo, ganha força o discurso de que a função do Estado é prioritariamente garantir as condições (segurança, estabilidade político-econômica, previsibilidade jurídica) indispensáveis para que cada um exerça livremente suas escolhas, não criar obrigações que limitem estas últimas. (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 87)<sup>237</sup>.

<sup>233</sup> Maria Berenice Dias, em contrapartida, sustenta a existência do direito à felicidade: “O direito à felicidade não está consagrado constitucionalmente e nem é referido na legislação infraconstitucional. Mas ninguém duvida que é um direito fundamental, materialmente constitucional. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e de garantir o respeito à dignidade”. In: DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à felicidade. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 8, n. 01, dez. 2011. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/358>. Acesso em: 14 out. 2019.

<sup>234</sup> SIMÕES, Melrian Ferreira da Silva; HORITA, Fernando Henrique da Silva. Direito à busca da felicidade: uma breve reflexão sobre direitos fundamentais sociais e políticas públicas. **Revista Eletrônica da Graduação do UNIVEM (REGRAD)**, n. 1, UNIVEM: Marília-SP, p. 56-72, 2014.

<sup>235</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>236</sup> *Idem*.

<sup>237</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

A diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido, para Bobbio, em perspectiva mais alinhada ao positivismo, seria a sua positivação. O direito reconhecido e protegido seria, sim, um direito, na medida em que fosse positivado pelo ordenamento jurídico. Já o “direito” reivindicado seria uma mera aspiração ou a possível exigência de um direito futuro, não tendo status de direito:

“Direito” é uma figura deôntica e, portanto, é um termo da linguagem normativa, ou seja, de uma linguagem na qual se fala de normas e sobre normas. A existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo [...] Obrigações morais, obrigações naturais e obrigações positivas, bem como os respectivos direitos relativos, pertencem a sistemas normativos diversos. [...] protegido. Do ponto de vista de um ordenamento jurídico, os chamados direitos naturais ou morais não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade a fim de se tornarem eventualmente direitos num novo ordenamento normativo, caracterizado por um diferente modo de proteção dos mesmos. [...] Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão. (BOBBIO, 1990, p. 38-39)<sup>238</sup>.

Não interessa aqui defender uma ou outra Teoria do Direito, mas sim notar que, à luz desta diferenciação apontada por Bobbio, pode-se considerar o direito à busca da felicidade não como um direito em si, mas como a expectativa de um direito. Pode-se lhe considerar também como a consequência da fruição plena de outros direitos, tais como o direito à liberdade, à segurança, à propriedade, à saúde, à cultura, à educação, à família, ao trabalho... – estes, sim, positivados. Pode-se considerar, ainda, que a busca da felicidade não seja um direito legal no sentido estrito, mas um direito moral. Nesse entendimento, dirá Bobbio: “não se pode pretender que a uma obrigação moral corresponda um direito legal, já que a uma obrigação moral pode corresponder apenas um direito moral” (BOBBIO, 1990, p. 10)<sup>239</sup>.

Seja como for, a compreensão que se tem sobre o direito (ou não) à busca da felicidade impacta diretamente a visão sobre qual é o dever estatal correlato a este direito<sup>240</sup>. Há três maneiras de caracterizar esse dever:

<sup>238</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>239</sup> *Idem*.

<sup>240</sup> Se considerarmos que o direito à busca da felicidade seja um direito moral do indivíduo em face do Estado, isso significa dizer que o Estado terá um dever moral de garantir ou ao menos respeitar esse direito. A questão é: há deveres morais quaisquer do Estado para com os cidadãos? Se houver, o dever moral do Estado para com o cidadão é da mesma natureza que o dever moral de um cidadão para com outro? Estas são algumas das questões que se seguem à forma como se define o direito à busca da felicidade. Como foge ao escopo de estudo deste trabalho, a exploração dessa temática, complexa e fascinante, ficará para outra oportunidade, mas vale sinalizá-la desde já.

1. Uma ação positiva – *i.e.*, que o próprio Estado persiga, como objetivo político-jurídico central, a felicidade individual de cada cidadão;
2. Uma ação intermediária – *i.e.*, que o Estado crie meios propícios para que cada indivíduo, autonomamente, busque a própria felicidade;
3. Uma inação – *i.e.*, que o Estado se isente de qualquer ação e deixe de impor quaisquer limites à busca individual da felicidade.

O dever descrito pela alternativa (1) parece corresponder mais a um direito à felicidade do que a um direito à busca da felicidade, motivo pelo qual não parece razoável considerá-lo como um dever estatal. Já com relação às alternativas (2) e (3), a zona cinzenta é maior. Em seu voto no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC, Fux adota uma posição mais alinhada com a ideia de que o Estado deve se isentar de qualquer interferência na busca individual da felicidade, aproximando-se mais da perspectiva (3), nesse sentido de cunho mais liberal e tipicamente moderno. A alternativa (2), por sua vez, reverbera uma concepção de Estado como ente dotado de maior responsabilidade sobre o bem-estar dos indivíduos, aproximando-se mais do modelo concebido pela PEC de Cristovam Buarque, por exemplo.

Mas há um denominador comum às três alternativas. Um denominador que traduz uma concepção de Estado mais ligada a modelos jurídicos (de Direito) do que a modelos políticos – muito embora as esferas estejam conectadas. Este denominador comum revela um aspecto fundamental do sujeito contemporâneo, ou pós-moderno, que o diferencia do sujeito tipicamente moderno do século XVII, XVIII ou XIX. O denominador é uma expectativa de reconhecimento: de que o Estado reconheça os projetos individuais de felicidade.

Assim, o centro de atenção volta-se à validação, ou legitimação, desses projetos. Reconhecimento aqui é entendido como o status de legitimação da prerrogativa individual no espaço público, sendo então uma forma de dignificar e dar sustentação ética ao projeto do indivíduo. A hipótese aqui é de que a expectativa pelo reconhecimento estatal da individualidade é um dos valores que funda a subjetividade pós-moderna. Podemos dizer, emprestando o conceito de Taylor, que o sujeito pós-moderno busca a validação de sua própria autenticidade para além da verdade em si mesmo, pois a validação interna já não basta. Não significa instrumentalizá-la à vontade do Estado; antes o oposto: que o Estado se curve à autenticidade dos projetos individuais a ponto de atribuir-lhes um selo de legitimidade a partir do reconhecimento. Nesse sentido, o conceito de conceito de *thymos*, de Fukuyama, tem forte relação com a subjetividade pós-moderna.

Segundo esta hipótese, pode-se entender felicidade não apenas como a realização de uma subjetividade singular autêntica, mas como a legitimação ou o reconhecimento público dessa condição de autenticidade. Em outras palavras: o sujeito pós-moderno parece vincular a sua felicidade ao reconhecimento público dela. Nesse sentido, o pensamento por trás seria algo como o seguinte: “para que eu seja um sujeito feliz, é preciso não só que o Estado me reconheça como *um* sujeito, nem só que eu possa ser *este* sujeito que sou; mas sim que o Estado me reconheça como este sujeito que eu sou ou aspiro ser”. Assim, a expectativa por reconhecimento como um dever estatal primordial é um dos marcos dessa sensibilidade pós-moderna.

Essa demanda tem levado à construção das chamadas políticas de reconhecimento, que estão intimamente ligadas a debates em torno de questões identitárias. Como sintetiza Nelson Camatta Moreira, “tornou-se de suma importância definir em que medida e de que modo o reconhecimento faz parte da construção de identidades individuais e coletivas” (MOREIRA, N., 2010, p. 18)<sup>241</sup>. O próprio Charles Taylor dedica boa parte de seu trabalho à construção de uma política de reconhecimento que tenha como respaldo uma teoria da justiça<sup>242</sup>. Para o autor, tal política deve estar fundada em um ideal de autenticidade dos projetos individuais e ligada à comunhão dos empreendimentos coletivos. Sendo assim, a ética da autenticidade “precisa ser completada por uma política de reconhecimento que vise mostrar que o ideal contemporâneo de autenticidade só pode se concretizar através do diálogo entre indivíduos e comunidades” (MORAIS, 2011, p. 12)<sup>243</sup>.

As políticas de reconhecimento estão associadas a novas demandas de igualdade. A este texto interessa pontuar essas questões na medida em que no cerne dessas novas demandas está uma reformulação do princípio da dignidade humana, antes fundador de uma subjetividade moderna que parece estar em (vias de) transformação. Com isso, chegamos ao que é o terceiro objetivo do presente capítulo: expandir a discussão sobre a dignidade humana à luz das novas demandas de igualdade e problematizar essa discussão da perspectiva do individualismo e da ausência de uma experiência comum.

Em síntese (pois não cabe aqui construir uma teoria de justiça ou de igualdade): partindo da premissa de que idiosincrasias pessoais e coletivas têm valor e devem ser reconhecidas pelo Estado, essas novas demandas de igualdade são decorrência de uma crítica ao universalismo da

---

<sup>241</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 8, p. 15-54, 2010.

<sup>242</sup> Cf. TAYLOR, Charles. **Multiculturalism and the politics of recognition**. Nova York: Amy Gutmann, 1993.

<sup>243</sup> MORAIS, Alexander Almeida. A concepção de Charles Taylor de uma ética da autenticidade unida a uma política do reconhecimento. **Revista Filosofia Capital – RFC**, Brasília, v. 6, n. 13, p. 3-12, jul., 2011.



racionalidade moderna e à dignidade humana fundada em uma concepção abstrata e pretensiosamente neutra de ser humano. A concepção moderna, além de priorizar um conceito procedimental de igualdade (a igualdade “perante a lei”), funda-a em noções de universalidade, neutralidade, racionalidade, verdade metafísica cartesiana (para além do concreto) e liberdade individual. A concepção pós-moderna identifica, ao revés, uma espécie de universalismo eletivo.

O princípio da igualdade pode ser considerado uma consequência do universalismo da dignidade humana. Dizer que todos são iguais significa dizer que todos têm o mesmo valor humano. Nesse sentido, a crise do universalismo é uma crise da igualdade moderna em mundo pós-moderno que busca fundar uma dignidade humana em algo concreto, não em uma verdade metafísica abstrata para além de nós mesmos.

A percepção pós-moderna é a inversa: de que o reconhecimento deve validar aquilo que, concretamente, se é, porque se entende que não há uma verdade para além daquele sujeito em particular. A crise da metafísica, nesse sentido do termo, é o descrédito de uma verdade independente da vivência concreta dos sujeitos. Entende-se, assim, que toda verdade é a narrativa de um sujeito. Na era moderna, a natureza ainda é vista como normativa. Na era pós-moderna, a natureza é vista como narrativa. Assim como a era moderna rejeita a macronarrativa religiosa medieval, a era pós-moderna rejeita a narrativa racionalista e universalista da Modernidade.

Filosoficamente, a rejeição ao fundamento abstrato da igualdade indica que se perdeu o estatuto metafísico da verdade. Isso leva à perda de prestígio do princípio da igualdade formal ou procedimental e abre espaço para demandas materiais de igualdade. Os debates sobre políticas de reconhecimento e multiculturalismo inserem-se aí, por exemplo.

O argumento que desacredita o fundamento metafísico ou abstrato da dignidade e da igualdade tangencia o materialismo histórico; sugere que o universalismo seja – ou possa vir a ser –, na verdade, uma forma de esconder um modelo de humano – homem heterossexual branco proprietário do Atlântico Norte – e assim naturalizar a opressão de um grupo sobre o outro. A neutralidade é altamente problematizada: “neutro para quem?”, pergunta-se. Entende-se, como em Taylor, que não há moralidade neutra, inclusive em nível institucional e não apenas na esfera privada. O “ideal de homogeneidade que, em um primeiro momento, foi fundamental para a formação do Estado nacional e para a delimitação de classes, passa a ser atacado por um

pensamento oposto” (MOREIRA, N., 2010, p. 17)<sup>244</sup>. O desprestígio do universalismo indica que ele deixa de ser um critério de legitimidade da estrutura normativa, à qual o desejo de expressão individual se contrapõe.

Bobbio reforça esse entendimento com seu argumento da historicidade do Direito, afirmando que “não existem direitos fundamentais por natureza”, já que o que “parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 1990, p. 13)<sup>245</sup>. Ou seja: não há direitos fundamentais absolutos porque não há fundamentos absolutos para esses direitos. O fundamento absoluto seria, para Bobbio, a “razão das razões”, aquele “fundamento irresistível no mundo de nossas ideias”, o “fundamento último [que] não pode ser questionado” (BOBBIO, 1990, p. 12-15)<sup>246</sup>. Bobbio sintetiza o argumento da seguinte forma: “[n]ão se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos” (BOBBIO, 1990, p. 13)<sup>247</sup>.

A constatação, portanto, é de que “não existe o sujeito titular dos direitos fundamentais individuais e sociais e principal destinatário dos objetivos (promessas) do texto constitucional” (MOREIRA, N., 2010, p. 40)<sup>248</sup>, mas *um* modelo de indivíduo a serviço de um grupo social específico, historicamente dominante e hegemônico. A percepção deste individualismo denuncia a objetividade/neutralidade como uma falácia que pode levar à perpetuação e à naturalização de desigualdades históricas estruturais. Eis porque o debate sobre políticas de reconhecimento está tão ligado ao debate sobre direitos das minorias (raciais, sexuais ou de gênero, de classe social, de nacionalidade, dentre outras). Insistir em um princípio abstrato de dignidade e de igualdade seria, nesse modo de ver, desperdiçar as “possibilidades de o Direito atuar como um meio de transformação social” (MOREIRA, A., 2017, p. 396)<sup>249</sup>.

<sup>244</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 8, p. 15-54, 2010.

<sup>245</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>246</sup> *Idem*.

<sup>247</sup> *Idem*.

<sup>248</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 8, p. 15-54, 2010.

<sup>249</sup> MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo – SP, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez., 2017.

A menção a esta referência merece nota especial e cuidadosa. Trata-se de um texto baseado no método do *storytelling* no qual seu autor, um jurista negro, reflete sobre a influência na raça nos processos interpretativos. O texto pressupõe, basicamente, que “membros de minorias possuem uma compreensão diferenciada das normas jurídicas” (p. 396). Em sua análise, o autor faz afirmativas contundentes, como nos seguintes excertos: “Sou um jurista negro e penso como um negro. [...] Estou dizendo que minha experiência social privilegia uma forma de interpretação delas [das normas], principalmente a do princípio da igualdade. [...] A figura do jurista negro com a qual me identifico compreende o Direito a partir do ponto de vista de um subalterno. [...] A figura do jurista branco que descrevo neste artigo designa uma postura hermenêutica calcada nas premissas do individualismo, da suposta

Pressupõe-se, então, que “a posição que um indivíduo ocupa dentro de uma sociedade determina sua percepção dos fatos”; que “interpretar o princípio da igualdade a partir da premissa de que todas as pessoas são tratadas como indivíduos permite a perpetuação das desigualdades”; e que a “defesa da igualdade [formal, procedimental] também pode ser uma estratégia de dominação” (MOREIRA, A., 2017, p. 399-401)<sup>250</sup>. Essa discussão é relevante para o presente trabalho porque traz a lume o problema de como justificar um direito ou princípio considerado fundamental, como a dignidade humana. Resgatando o voto de Fux, mais do que extrair dele debates sobre princípios de igualdade, importa compreender que o ministro articula seu argumento em torno de um ideal racional universalista e neutro de indivíduo e de dignidade, ao mesmo tempo em que defende a inviolabilidade da busca de cada indivíduo por seu próprio projeto de vida.

Nessa ótica, “a igualdade dá lugar à diferença e à necessidade de ela ser respeitada e reconhecida a partir de si mesma” (SILVA FILHO, 2008, p. 308)<sup>251</sup>, buscando-se aquilo que Bobbio, com grande precisão, define como a “passagem do homem abstrato ao homem concreto, através de um processo de gradativa diferenciação ou especificação dos carecimentos e interesses, dos quais se solicita o reconhecimento e a proteção” (BOBBIO, 1990, p. 8)<sup>252</sup>. Em certa medida, podemos afirmar que o sujeito moderno é o sujeito abstrato e o sujeito pós-moderno é o sujeito concreto. Hermeneuticamente, isso carrega um sentido importante de que

---

objetividade do processo interpretativo e do universalismo como parâmetros de análise dos direitos. [...] Minha experiência como um jurista negro que pensa a partir da condição de um subalterno impede que eu acredite na premissa segundo a qual o processo de interpretação é guiado pelos princípios da neutralidade e da objetividade” (p. 395-402).

Meu objetivo ao citar esta referência não é aprofundar discussões sobre teorias da justiça (formal/procedimental e material/substantiva), nem muito menos sobre o racismo estrutural no Direito e nas instituições políticas. É, antes, explicitar e ilustrar o argumento sobre a importância da narrativa na construção da individualidade ou subjetividade contemporânea. Nessa perspectiva, a trajetória de um sujeito modula sua concepção sobre o que seja um Sujeito e, portanto, sobre o que seja o Estado e o Direito.

Em outras palavras: filtros, parâmetros e critérios que alimentam o imaginário social de um sujeito, que forjam suas convicções sobre ordem moral e que dão forma às representações que este sujeito faz sobre o Direito, são estruturalmente modulados pelas narrativas e pela trajetória deste sujeito concreto – isto é, por todo o contexto social, político, cultural, racial, sexual, etc., em que ele se desenvolveu.

É evidente que este argumento tem o risco de ser altamente determinista, recaindo no aforisma de que o sujeito é, necessariamente, produto do meio. Novamente, este texto não se presta a elaborar qualquer teoria antropológica ou filosófica sobre um suposto essencialismo da “natureza humana” (se é que há uma tal coisa). Mas, ainda que não se entenda que o sujeito é fruto exclusivamente e necessariamente das circunstâncias históricas em que se desenvolveu, e ainda que nem todas as práticas e convicções de um sujeito estejam vinculadas a essas circunstâncias, parece leviano crer que a historicidade da existência humana – e da significação que um ser humano faz sobre o mundo – esteja desvinculada de qualquer experiência pessoal e coletiva. A história não é uma verdade para além do sujeito, mas uma narrativa de comunidades e sujeitos no decorrer de um espaço-tempo.

<sup>250</sup> *Idem*.

<sup>251</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de personalidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, p. 299-322, dez., 2008.

<sup>252</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

a interpretação das normas não deve ser “impermeável à experiência dos indivíduos” (MOREIRA, A., 2017, p. 403)<sup>253</sup>. Ana Paula de Barcellos propõe justamente que o “neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto” (BARCELLOS, 2005, p. 84)<sup>254</sup>.

Os trechos a seguir apresentam boa síntese dessas ideias:

Rompida a crença da universalidade e da objetividade de seus propósitos, as instituições passam a ser vistas como mecanismos de repressão, como instrumentos de imposição dos interesses e desejos dos grupos sociais mais poderosos. O discurso da neutralidade institucional passa a ser visto como embuste, como elemento de perpetuação e legitimação de poder, não como mecanismo para a promoção do bem comum. (GHIRARDI, 2016, p. 53)<sup>255</sup>.

Para os pós-modernos, foi exatamente isso que aconteceu: eles entendem que a universalidade neutra da razão, conforme proposta pelo Ocidente moderno, é um erro honesto, na melhor das hipóteses, ou um embuste deliberado, na pior. De todo modo, é uma mitologia que cumpre desconstruir. A ação desse projeto de desconstrução sobre os modos de pensar e viver o direito no Ocidente tem sido devastadora. (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 49-50)<sup>256</sup>.

Portanto, uma das contradições da pós-Modernidade é conceber o Estado mais como mecanismo de repressão do que de otimização da vida comum, apesar de (ou talvez em razão de) acreditar que se tem direitos, e muitos direitos. Nessa proposta de definição, o sujeito pós-moderno desconfia do Estado (e de seu conceito de igualdade), mas se sustenta sobre uma demanda de reconhecimento estatal, a partir de uma gramática também estatal – a dos direitos fundamentais. Volta-se, então, à questão chave sobre qual deve ser o papel do Estado.

Especificamente com relação ao papel do Poder Judiciário (para conectar o debate de modo mais palpável ao caso do Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC), há expectativas diversas e antagônicas que se expressam, por exemplo, nas dicotomias “ativismo versus contenção judicial; interpretativismo versus não-interpretativismo; constitucionalismo popular versus supremacia judicial” (BARROSO, 2005, p. 39)<sup>257</sup>. Nesse contexto, entende-se

<sup>253</sup> MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo – SP, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez., 2017..

<sup>254</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

<sup>255</sup> GHIRARDI, José Garcez. **Narciso em sala de aula** [recurso eletrônico]: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 104 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17694/Narciso-em-sala-de-aula.pdf?sequence=3&isAllowed=y%3E>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>256</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>257</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

simultaneamente que a legalidade é a salvaguarda dos direitos fundamentais e que um princípio de igualdade formal é uma farsa. Articula-se, em torno disso, uma crítica à “tirania dos valores, [...] que seriam amplamente manipulados pelo Judiciário” (TAVARES, 2007, p. 346)<sup>258</sup>.

Disso chega-se à ideia de que o Judiciário, enquanto guardião dos direitos, seria um agente central na resolução da tensão entre estruturas simbólicas normativas e desejo de expressão individual, buscando readequar as primeiras a este último a partir do exercício da hermenêutica. Barroso afirma que “sob a Constituição de 1988, [...] juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo” (BARROSO, 2005, p. 36)<sup>259</sup>, o que dialoga com a visão de Antoine Garapon, conforme apresentada por Bruno Augusto Santos Oliveira, do juiz como “um sobrevivente no universo simbólico da humanidade” (OLIVEIRA, B., 2012, p. 2)<sup>260</sup>. A questão, trazida por Oliveira e à qual não se tem pretensão de responder aqui (já que nem o próprio autor o faz), é: “que valor a sociedade dará ao juiz como referencial valorativo, bússola explicitadora do norte ético encerrado na lei, numa sociedade em que cada um sua própria fonte de valores e constitui para si seu próprio norte do que é certo ou errado?” (OLIVEIRA, B., 2012, p. 3)<sup>261</sup>.

Por outro lado, transformar o Judiciário em uma “arena de discussão pública de temas de natureza político-moral” (VIEIRA, 2008, p. 450)<sup>262</sup>, como bem coloca Oscar Vilhena Vieira, coloca em risco princípios democráticos importantes como o sistema representativo e a separação de poderes. Uma ponderação interessante a se fazer é a seguinte: considerando que o texto de Vieira foi escrito em 2008, antes do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC, será que o autor conceberia a decisão de Fux, e a forma como ele a construiu, como um exemplo de atuação supremocrática? Ponto também a ser desenvolvido em outra oportunidade para além deste trabalho.

A última questão relevante retoma a formulação de Taylor sobre a sociedade narcísica e atomista em decorrência do individualismo exacerbado. A hipótese aqui é de que a nova demanda de igualdade pode vir a carregar consigo um relativismo ético extremo que impeça a construção de um campo de experiência comum, *i.e.*, intersubjetivamente compartilhada, um

---

<sup>258</sup> TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 9, p. 337-348, jan./jun., 2007.

<sup>259</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

<sup>260</sup> OLIVEIRA, Bruno Augusto Santos. A erosão do juiz como símbolo nas sociedades contemporâneas e a necessidade de formação ética e crítica do indivíduo-magistrado. **Justiça & Educação**, v. 1, n. 1, p. 1-5, jul./dez., 2012.

<sup>261</sup> *Idem*.

<sup>262</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista DIREITO GV** 8, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008.

sentimento de compartilhamento que vincule os membros da comunidade política e que consista, em última análise, no próprio fundamento de legitimidade dessa comunidade. Em outras palavras, a negação completa de qualquer concepção universalizável de humano pode vir a comprometer os “vínculos intersubjetivos que forjam a sociedade política enquanto sociedade política” (COELHO; OLIVEIRA, R., 2018, p. 213)<sup>263</sup>.

Ressurgem aqui as discussões sobre os riscos decorrentes de uma concepção instrumental de família (como a de Fux), e de sociedade. Ainda que a subjetividade pós-moderna construa-se a partir de identidades coletivas, é preciso garantir que diferentes coletivos possam se comunicar, sem que isso sacrifique suas diferenças<sup>264</sup>. O próprio “reconhecimento e a promoção das particularidades precisam se articular sobre um conceito de dignidade, ou de valor, que implique em um ‘potencial humano universal’” (MORAIS, 2011, p. 11)<sup>265</sup>. Podemos dizer que um problema da pós-Modernidade é a ausência de uma moldura coletiva para as ações individuais. Nesse sentido, novamente a ideia de comunidade ultrapassa o equacionamento de prerrogativas individuais, colocando no centro a ideia de comunhão, de acúmulo de experiência conjunta.

Taylor, ao definir seus conceitos de ordem moral e imaginário social, afirma que uma concepção de sujeito é indissociável de uma concepção de ordem coletiva. O Direito, ao menos como o concebemos hoje, se alimenta justamente dessa noção de ordem, que nutre uma noção de sentido da organização política. Para o autor, a identidade – e sua autenticidade – são fruto de uma “negociação dialógica entre o eu e o outro” (MORAIS, 2011, p. 9)<sup>266</sup>, ou seja, “um *self* só existe numa rede de interlocução, por referência a uma comunidade. [...] A narrativa individual é, portanto, parte de um conjunto de narrativas interconectadas” (OLIVEIRA, I., 2006, p. 138-139)<sup>267</sup>.

Assim, o problema trazido pelo relativismo ético é a sua relativização infinita de modo que inviabilize a sustentação de bases morais universalizáveis ou intersubjetivamente compartilhadas. Isso poderia ser um risco ao próprio ideal de valorização das diferenças, porque, uma vez agrupados, os diferentes só manteriam um diálogo efetivo com seus iguais.

---

<sup>263</sup> COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, p. 206-223, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/807/531>. Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>264</sup> Os desafios ligados ao multiculturalismo e às interseccionalidades entram aí.

<sup>265</sup> MORAIS, Alexander Almeida. A concepção de Charles Taylor de uma ética da autenticidade unida a uma política do reconhecimento. **Revista Filosofia Capital – RFC**, Brasília, v. 6, n. 13, p. 3-12, jul., 2011.

<sup>266</sup> *Idem*.

<sup>267</sup> OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor. **Revista Brasileira de Ciências Sociais, RBCS**, v. 21, n. 60, p. 135-145, fev., 2006.

Isabel de Assis Ribeiro de Oliveira coloca a questão nos seguintes termos:

O relativismo ético baseia-se na proposição de que o julgamento de valor é sempre relativo ao contexto de seu enunciado; sendo assim, sistemas éticos alternativos são incomensuráveis conceitualmente e, no limite, no relativismo ético implica a inviabilidade de qualquer julgamento de valor envolvendo culturas distintas. (OLIVEIRA, I., 2006, p. 142-143)<sup>268</sup>.

Quando Bobbio afirma, por exemplo, “o relativismo que deriva dessa pluralidade [de concepções éticas] é também relativo” (BOBBIO, 1990, p. 13)<sup>269</sup>, há um problema: se toda e qualquer concepção de humano é relativa, é possível (ainda que Bobbio possa argumentar que não é provável) que cheguemos a um ponto em que uma concepção de humano equivaleria a um *ser* humano, *i.e.*, uma pessoa em concreto. Consequentemente, haveria milhares de concepções de humano para um só Direito, um só conjunto de normas (mesmo que adepta de um pluralismo jurídico). Temerário considerar que uma subjetivação tão intensa possa levar à aniquilação ou ao esvaziamento de qualquer horizonte de experiência comum. Se assim fosse, a ideia de comunhão das diferenças, um valor democrático de altíssima estima, estaria em risco.

Fukuyama discute o tema em termos de *experience* e *lived experience*, querendo dizer, respectivamente, a experiência compartilhável e a percepção subjetiva não-compartilhável das experiências. Em seu entender, os movimentos identitários característicos da pós-Modernidade são fundados na supervalorização da segunda em detrimento da primeira, o que compromete os horizontes intersubjetivos de comunicação:

O problema nesse entendimento [narcísico] de autonomia é que os valores compartilhados servem à importante função de tornar a vida social possível. Se não concordarmos em uma mínima cultura comum, não poderemos cooperar em tarefas divididas nem enxergaremos as mesmas instituições como legítimas; de fato, não seremos capazes de nos comunicar uns com os outros sem uma linguagem comum com sentidos mutuamente compreendidos. (FUKUYAMA, 2018, p. 55-56). [...] Neste mundo, as experiências vividas [“lived experiences”], e portanto as identidades, hão de proliferar exponencialmente [...] E o que há de erodir, de forma igualmente rápida, é a possibilidade da antiquada “experiência” [“experience”], ou seja, as perspectivas e os sentimentos que podem ser compartilhados para além de limites e fronteiras de determinados grupos. (FUKUYAMA, 2018, p. 110-111)<sup>270</sup>.

<sup>268</sup> *Ibidem*.

<sup>269</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>270</sup> FUKUYAMA, Francis. **Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment**. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2018. Tradução livre. No original: “*The problem with that understanding of autonomy is that shared values serve the important function of making social life possible. If we do not agree on a minimal common culture, we cannot cooperate on shared tasks and will not regard the same institutions as legitimate; indeed, we will not be able to communicate with one another absent a common language with mutually understood meanings. (FUKUYAMA, 2018, p. 55-56) [...] In such a world, lived experiences, and therefore identities, begin to proliferate exponentially [...] What erodes just as rapidly is the possibility of old-fashioned “experience”, that is, perspectives and feelings that can be shared across group boundaries. (FUKUYAMA, 2018, p. 110-111).*”

Se o Direito cumpre uma função de regular práticas sociais, então ele necessitará de uma linguagem coerente, uma narrativa comum, um campo semântico de sentido com unidade dos símbolos. É necessário forjar, através desta linguagem, uma concepção de dignidade humana que dê conta dos diversos sujeitos concretos sem deixar de se aplicar a todos eles. E esta concepção será sempre cultural, justamente porque a diferença entre os indivíduos concretos é dada.

Mas antropologicamente, sociologicamente, a linguagem é o que permite o unir essas diferenças em torno de um mesmo léxico semântico e de valor, permitindo entendimento e a comunicação (LINS, 1971)<sup>271</sup>. Nesse sentido, a ausência completa de horizontes éticos compartilháveis ou de experiências comuns pode vir a comprometer o sentido e a efetividade das normas jurídicas, inclusive (e, talvez, especialmente) daquelas consideradas fundamentais dentro de um regime democrático. Novas visões de humano impactam diretamente as representações do Direito. Uma questão a se pensar.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: NOVAS REPRESENTAÇÕES DO DIREITO

“Nosso tempo está desnorteado. Maldita a sina  
Que me fez nascer um dia pra consertá-lo!”  
(William Shakespeare, *Hamlet*, I, 5)<sup>272</sup>.

Este trabalho buscou analisar os argumentos do voto do Min. Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC (reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da parentalidade socioafetiva com base no direito à busca da felicidade e no princípio da dignidade humana) a partir de proposições teóricas sobre neoconstitucionalismo, construção da subjetividade moderna e pós-moderna, imaginário social e ética da autenticidade. Buscou-se avaliar em que medida as novas formas de subjetividade impactaram a visão de família e as representações do Direito e do Estado.

Assim, a premissa epistemológica geral foi a existência de uma conexão entre formas de subjetividade e formas de organização político-jurídica e a consequência de que, quando essas esferas entram em choque, cria-se uma tensão entre as estruturas simbólicas normativas e o desejo de expressão individual. Partiu-se da hipótese de que essa tensão marcou a passagem

<sup>271</sup> LINS, Ivan. A concepção do direito e da felicidade perante a moral positiva. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 6, Porto Alegre, p. 29-45, 1972.

<sup>272</sup> SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Trad. de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2012.



da Idade Média para a Idade Moderna, assim como a passagem da Idade Moderna (ou Modernidade) para a pós-Modernidade.

Pressupõe-se que a concepção jusfilosófica moderna de indivíduo, em alguma medida, reverbera no Direito, sobretudo na gramática dos direitos fundamentais e da dignidade humana; e que esta concepção orienta a hermenêutica jurídica segundo um modelo de neoconstitucionalismo. A partir da revisão bibliográfica de textos teóricos, foram identificadas características específicas dessa concepção moderna de indivíduo (racionalidade instrumental, neutralidade, universalidade e busca da autenticidade) e do paradigma neoconstitucionalista (primazia dos direitos fundamentais, centralidade dos princípios e valores constitucionais, hermenêutica ponderativa, constitucionalização do Direito e protagonismo do Poder Judiciário).

Então, o voto de Fux foi analisado à luz dos conceitos erguidos na moldura teórica. Foram apontados três eixos centrais de fundamentação pelo ministro: (i) as transformações no conceito jurídico e sociológico de família ao longo do tempo, e o afeto como princípio fundante das famílias contemporâneas; (ii) a supervalorização do indivíduo pelo Direito a partir do princípio da dignidade da pessoa humana; e (iii) a relevância do direito à busca da felicidade, derivado da dignidade humana, para as novas concepções de família e de indivíduo.

Verificou-se que a invocação, por Fux, do direito à busca da felicidade reverbera uma concepção moderna de humano fundada no imperativo ético da autorrealização ou autodeterminação individual – concepção segundo a qual o Estado deve isentar-se de qualquer interferência na persecução dos projetos de vida (e de família) individuais. Ou, em outras palavras, que é a estrutura simbólica que deve ajustar-se ao desejo de expressão, e não o inverso. Observou-se, assim, que a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal – a ausência de hierarquia entre parentalidade biológica e parentalidade socioafetiva – partiu de um conceito de dignidade humana fundado na autonomia da vontade e na busca da própria felicidade. Isso permitiu revisitar a dialética entre autonomia e heteronomia proposta pela Modernidade.

A discussão foi então expandida para identificar, a partir do voto de Fux, duas tensões decorrentes da concepção moderna de indivíduo para a pós-Modernidade: uma de caráter mais substantivo (relacionada ao fundamento abstrato da dignidade humana, *i.e.*, à estrutura normativa), outra de caráter mais procedimental (relacionada às prerrogativas do Judiciário).

Identificou-se, em primeiro lugar, que Fux adota uma concepção instrumental de família ao mesmo tempo em que dá importância jurídica à ideia de afetividade, reiterando aspectos da lógica moderna da heteronomia que rechaça. Em segundo lugar, notou-se um alinhamento de

sua argumentação à hermenêutica neoconstitucionalista e um concomitante emprego da ideia de progresso e coerência interna do Direito, tipicamente positivistas.

Passou-se daí para a problematização acerca da existência ou não de um direito à busca da felicidade. Propôs-se que a busca da felicidade seja a expectativa de um direito, ou a consequência da fruição plena de outros direitos. Propôs-se também que um aspecto da subjetividade pós-moderna por trás do direito à busca da felicidade (e, de forma correlata, da ética da autenticidade) seja uma demanda por reconhecimento estatal da diferença, associada a um novo entendimento do princípio da igualdade, em contraposição à igualdade formal moderna.

Discutiu-se que as demandas por reconhecimento nascem de uma desconfiança da sensibilidade pós-moderna no estatuto metafísico da verdade e em sua credibilidade como base sólida de uma concepção de humano. Apontou-se que essa desconfiança coloca em xeque o universalismo e a neutralidade da razão moderna, os quais passam a ser entendidos como mecanismos de repressão de um grupo sobre outro.

Concluiu-se que, muito embora legítima, um dos riscos desta percepção seria inviabilizar a construção de uma linguagem ou campo semântico intersubjetivamente compartilhado para fundar um conceito universalizável de dignidade humana. Entendeu-se que, assim como a instrumentalização do núcleo familiar, a rejeição completa de qualquer fundamento abstrato para a comunidade política poderia conduzir a um atomismo social e à incomunicabilidade entre diferentes grupos ou indivíduos, ou ao que Taylor define como sociedade narcísica.

Ao fim, sustentou-se que alguma experiência comum é importante para o Direito, para manter a unidade e a coerência dos símbolos que estruturam a ordem normativa. Sugeriu-se, assim, que a ressignificação das bases morais que sustentam essa ordem pode ser indicativa de uma mudança na representação do Direito.

Isto leva, então, ao que se tem chamado de “necessidade de remoralizar o Direito” (TAVARES, 2007, p. 337)<sup>273</sup>, “humanizar o Direito”, “ampliar as conexões entre Direito e Ética a fim de protegê-los” (AQUINO, 2012, p. 46-48)<sup>274</sup>. Não se pretende, com isso, defender uma teoria moralista ou naturalista do Direito. O intuito é justamente buscar uma desnaturalização das bases pré-jurídicas que alimentam as normas jurídicas para que não se

---

<sup>273</sup> TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 9, p. 337-348, jan./jun., 2007.

<sup>274</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Ética da autenticidade e alteridade: critérios estéticos para a produção do direito na pós-modernidade. **Revista Húmus**, n. 4, p. 30-51, jan./fev./mar./abr., 2012.

incorra no equívoco de sustentar separação estanque entre sujeito e objeto, mas de modo a permitir o acúmulo de experiência intersubjetiva, sem sacrificar as diferenças. Como propõe Ernildo Stein, lembrado por Valéria Ribas do Nascimento, “somos mundo e ao mesmo tempo projetamos mundo. Estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos” (STEIN, *apud* NASCIMENTO, 2009, p. 156)<sup>275</sup>. Ghirardi e Nasser apresentam o argumento de modo sensível e consistente:

Acreditar que nossos argumentos, valores e opiniões são de algum modo naturais, não construídos, pode ser um bocado desvantajoso. Isso porque o desconhecimento de forças que atuam sobre nossa razão e nossa vontade diminui em muito nossa capacidade de viver plenamente qualquer das esferas da vida – afetiva, profissional, política etc. – na medida em que limita nossa capacidade de compreender mais plenamente nossas ações. Além disso, ele reduz nossa capacidade de ouvir, compreender e dialogar com a diferença, limita a capacidade de encontro real com outros seres humanos e reduz o repertório de possibilidades de vida que conseguimos imaginar para nós mesmos. (GHIRARDI; NASSER, 2016, p. 62)<sup>276</sup>.

Se há uma crença de que “o homem propriamente dito não é senão pura abstração” (LINS, 1971, p. 33)<sup>277</sup>, de que os seres humanos são “sujeitos que habitam um campo discursivo no qual o status cultural e o status material influenciam a [sua] percepção e a [sua] interpretação do mundo” (MOREIRA, A., 2017, p. 395-396)<sup>278</sup>, ao mesmo tempo, “para que se tenha um espaço público adequado, no qual tais diferenças possam respirar, é fundamental que os sujeitos que compõem tal espaço tenham clareza de suas identidades, pois isto possibilita não só a afirmação da própria dignidade, mas também a dos outros” (SILVA FILHO, 2008, p. 305)<sup>279</sup>. Isso reforça a importância de se buscar uma “dignidade intersubjetivamente compartilhada”

<sup>275</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 147-168, jan./jun., 2009.

<sup>276</sup> GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>277</sup> LINS, Ivan. A concepção do direito e da felicidade perante a moral positiva. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 6, Porto Alegre, p. 29-45, 1972.

<sup>278</sup> MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo – SP, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez., 2017.

<sup>279</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de personalidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, p. 299-322, dez., 2008.

(MOREIRA, N., 2010, p. 29)<sup>280</sup> que possibilite o “convívio no espaço público onde, para o bem e para o mal, inevitavelmente, nos encontramos” (OLIVEIRA, I., 2006, p. 144)<sup>281</sup>.

Ao examinar essa ideia da perspectiva do imaginário social, Taylor rejeita o argumento de que, na comunidade política, tal imaginário designe algo intangível:

Mas o ganho envolvido com a identificação desses imaginários sociais é que eles nunca são meramente ideologias. Eles têm também uma função constitutiva, a de tornar possíveis as práticas a que eles atribuem sentido e, portanto, viabilizam. [...] Como todas as formas de imaginação humana, o imaginário social pode ser repleto de ficção e supressão egoístas, mas é também um constituinte essencial do real. Ele não pode ser reduzido a um sonho sem substância. (TAYLOR, 2003, p. 183)<sup>282</sup>.

Considerando, então, como faz Taylor, que o imaginário social tem uma dimensão institucional, mais uma vez a discussão desemboca no papel que se atribui ao Estado. Em seu voto no Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC, Fux afirmou que “[n]enhum arranjo político é capaz de promover bem-estar social em caso de sobreposição de vontades coletivas a objetivos individuais” (FUX, 2016, p. 10)<sup>283</sup>, o que, levado ao extremo, nos parece uma perspectiva que empobrece e esvazia o sentido da própria comunidade política. A escolha de um tema de Direito de Família deu-se exatamente em razão de a família ser um microcosmo para pensarmos questões relevantes sobre a relação entre indivíduo e coletivo, entre formas de subjetividade e formas de organização coletiva. Nesse sentido, em vista da constante diversificação dos arranjos familiares, o Direito de Família talvez seja um ponto de partida para compreendermos a tal mudança de representação do Direito.

Bobbio traduz os desafios para o Direito em nosso tempo da seguinte forma:

É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto — empreendimento sublime,

<sup>280</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 8, p. 15-54, 2010.

<sup>281</sup> OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor. **Revista Brasileira de Ciências Sociais, RBCS**, v. 21, n. 60, p. 135-145, fev., 2006.

<sup>282</sup> TAYLOR, Charles. **Modern social imaginaries**. Duke University Press: Durham, Carolina do Norte, EUA: 2003. Tradução livre. No original: “*But the gain involved in identifying these social imaginaries is that they are never just ideology. They also have a constitutive function, that of making possible the practices that they make sense of and thus enable. [...] Like all forms of human imagination, the social imaginary can be full of self-serving fiction and suppression, but it also is an essential constituent of the real. It cannot be reduced to an insubstantial dream*”.

<sup>283</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2019.

porém desesperado —, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. (BOBBIO, 1990, p. 16)<sup>284</sup>.

Não significa, no entanto, que a estrutura do Estado moderno tenha desmoronado inteiramente. Ao que parece, muito dessa estrutura se mantém: a valorização da legalidade e do processualismo, a separação de poderes, a soberania nacional, dentre outros aspectos. A própria Constituição nos diz isso<sup>285</sup>. De forma consolidada, “ainda não existe um novo tipo de Estado, o que se convencionou chamar de Estado pós-moderno” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 164)<sup>286</sup>. Ao mesmo tempo, isso não significa que o Estado moderno dê conta das novas demandas de subjetividade pós-modernas. Reafirma-se, portanto, a tensão entre estruturas simbólicas normativas e desejo de expressão individual.

Voltando ao ponto de partida inicial deste trabalho, é esta mesma contradição que Shakespeare explora em *Hamlet*. Para o protagonista da peça, não há como sair da moldura do reinado e, ao mesmo tempo, permanecer dentro dela não faz sentido. É isso que faz com que ele afirme: “O que está dentro de mim dispensa e repudia/Os costumes e galas que imitam a agonia./Como são enfadonhas, azedas ou rançosas,/Todas as práticas do mundo!” (SHAKESPEARE, 2012, p. 23)<sup>287</sup>.

Em certo sentido, o mundo pós-moderno vive um conflito muito semelhante ao do príncipe, embora não da forma extrema como ele o coloca. Mas é importante não perder de vista que, filosoficamente, novas concepções de humano criam novas concepções de Direito. Nesse sentido, as transformações na representação do Direito talvez (cor)respondam a demandas da pós-Modernidade fruto do que podemos denominar, com algum grau de impressionismo, de “o império da subjetividade”.

<sup>284</sup> BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

<sup>285</sup> Por exemplo:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

[...]

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei [...].

<sup>286</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, 2009.

<sup>287</sup> SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Trad. de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2012.

## REFERÊNCIAS

- ADELMAN, Miriam. Visões da pós-modernidade: discursos e perspectivas teóricas. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 21, p. 184-217, jan./jun. 2009.
- ADORNO, Theodore W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antonio de Almeida. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.
- AGUIAR, Marcelo Souza. O direito à felicidade como direito humano fundamental. **Revista de Direito Social**, Doutrina Direitos Humanos, n. 31, p. 109-116, jul/set 2008. Disponível em: <<http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDS%2031%20-%20Doutrina%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.
- ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Ética da autenticidade e alteridade: critérios estéticos para a produção do direito na pós-modernidade. **Revista Húmus**, n. 4, p. 30-51, jan./fev./mar./abr., 2012.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.
- \_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Augusto de Souza Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução: Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BERMAN, Harold J. **Law and Revolution**: the formation of the Western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BOBBIO, Norberto, 1990. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão.

\_\_\_\_\_. **Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito.** São Paulo: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade.** São Paulo: Paz e Terra, 1999

BRASIL. **Constituição.** República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional nº. 19, de 2010.** Brasília, DF: Secretaria Geral da Mesa. Proposta pelo Senador Cristovam Buarque. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4555090&ts=1567532989688&disposition=inline>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC.** Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencedor: Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 898.060/SC.** Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016. Data de publicação DJE: 24 de agosto de 2017 – Ata nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23 de agosto de 2017. Voto vencido: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060DT.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família.** Rio de Janeiro. Renovar: 2013.

\_\_\_\_\_. **Princípio da afetividade no direito de família.** Rio de Janeiro. Renovar: 2013.

CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de. **O mundo inteiro é uma prisão: aspectos da construção moderna do sujeito político em *Hamlet*.** São Paulo, 2018. 38 p. Relatório final de pesquisa de Iniciação Científica (Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP, 2018.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias.** São Paulo: Saraiva, 2018.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no**

campo da política. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, p. 206-223, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/807/531>. Acesso em: 26 ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à felicidade. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 8, n. 01, p. 201-2015, dez. 2011. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/358>. Acesso em: 14 out. 2019.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. **Revista de Informação Legislativa**, a. 38 n. 150. Brasília, p. 99-120, abr./jun., 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, v. 19/2004, p. 56-68, jul./set., 2004. Doutrinas Essenciais Família e Sucessões, v. 1, p. 435-449, ago./2011. DTR/2004/429.

\_\_\_\_\_. Direito à família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-17, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREUD, Sigmund. **O Eu, o Id, “autobiografia” e outros textos**. Trad. Paulo César de Souza. Obras Completas, Volume 16 (1923-1925). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

FUKUYAMA, Francis. **Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment**. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GHIRARDI, José Garcez; NASSER, Salem Hikmat. **Representações do direito e a crise da modernidade**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 96 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17695/Representacoes-do-direito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2019.

GHIRARDI, José Garcez. **Narciso em sala de aula** [recurso eletrônico]: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, 104 p. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17694/Narciso-em-sala-de-aula.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **O mundo fora de prumo**: Transformação social e teoria política em Shakespeare. São Paulo: Almedina, 2011.



GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução por Plínio Detzian. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GONÇALVES, Carlos Fernando de Barros Autran. **A estrutura conceitual do sujeito de direitos**: sobre o problema da individualização dos conflitos, através da evolução do conceito de self nas hermenêuticas de Charles Taylor e Paul Ricoeur. Recife, 2010. 146p. Dissertação de Mestrado (Direito) – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), 2010. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3732/1/arquivo140\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3732/1/arquivo140_1.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2019.

HABERMAS Jürgen. **Problemas de legitimação no estado moderno**: para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Pablo. A modernidade como dilema entre a eticidade e a moralidade: a crítica de Charles Taylor à teoria do discurso. **Controvérsia**, v. 3, n. 2, p. 42-52, jun./dez., 2007.

JEFFERSON, Thomas *et al.* **Declaration of Independence of the United States of America**. 1776. Disponível em: <<http://www.ushistory.org/declaration/document/>>. Acesso em: 31 out. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEGOFF, Jacques. **O imaginário medieval**. Tradução: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

LINS, Ivan. A concepção do direito e da felicidade perante a moral positiva. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 6, Porto Alegre, p. 29-45, 1972.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

MAGALHÃES, Fernando. O passado ameaça o futuro: Tocqueville e a perspectiva da democracia individualista. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 12, n. 1, São Paulo, p. 141-164, mai., 2000.

MENEZES, Joyceana Bezerra de., MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (org.). **Direito das Famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, Alexander Almeida. A concepção de Charles Taylor de uma ética da autenticidade unida a uma política do reconhecimento. **Revista Filosofia Capital – RFC**, Brasília, v. 6, n. 13, p. 3-12, jul., 2011.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo – SP, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez., 2017.

MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 8, p. 15-54, 2010.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 147-168, jan./jun., 2009.

OLIVEIRA, Arthur Ferreira de. O direito à (busca da) felicidade como norteador de direito das famílias. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, FIDE**, Natal, v. 8, n. 1, p. 230-240, jan./jun., 2017.

OLIVEIRA, Bruno Augusto Santos. A erosão do juiz como símbolo nas sociedades contemporâneas e a necessidade de formação ética e crítica do indivíduo-magistrado. **Justiça & Educação**, v. 1, n. 1, p. 1-5, jul./dez., 2012.

OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor. **Revista Brasileira de Ciências Sociais, RBCS**, v. 21, n. 60, p. 135-145, fev., 2006.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006.

RIBEIRO, Elton Vitoriano. Ética na filosofia de Charles Taylor. **Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia – Faculdade Católica de Pouso Alegre**, v. 4, n. 9, p. 25-40, 2012.

RUBIN, Beatriz. O direito à busca da felicidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 16, p. 35-49, jul./dez., 2010. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/225>>. Acesso em: 14 out. 2019.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Trad. de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2012.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de personalidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, p. 299-322, dez., 2008.

SIMÕES, Melrian Ferreira da Silva; HORITA, Fernando Henrique da Silva. Direito à busca da felicidade: uma breve reflexão sobre direitos fundamentais sociais e políticas públicas. **Revista Eletrônica da Graduação do UNIVEM (REGRAD)**, n. 1, UNIVEM: Marília-SP, p. 56-72, 2014.

TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 9, p. 337-348, jan./jun., 2007.

TAYLOR, Charles. **A secular age**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **Modern social imaginaries**. Duke University Press: Durham, Carolina do Norte, EUA: 2003.

\_\_\_\_\_. **Multiculturalism and the politics of recognition**. Nova York: Amy Gutmann, 1993.

\_\_\_\_\_. **Sources of the self**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

\_\_\_\_\_. **The ethics of authenticity**. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, EUA, 1992.

VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* **Resiliência Constitucional** [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1ª ed. – São Paulo: Direito GV, 2013 (Série Pesquisa Direito GV). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista DIREITO GV** 8, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008.

**ANEXO 1 – VOTO VENCEDOR DO MIN. REL. LUIZ FUX NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 898.060/SC**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SÃO PAULO**

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**  
**RECTE.(S) : A. N.**  
**ADV.(A/S) : RODRIGO FERNANDES PEREIRA**  
**RECDO.(A/S) : F. G.**

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.**

**1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica**

invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação,

autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou

(iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que

merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.



**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SÃO PAULO**

**RELATOR** : MIN. LUIZ FUX  
**RECTE.(S)** : A. N.  
**ADV.(A/S)** : RODRIGO FERNANDES PEREIRA  
**RECDO.(A/S)** : F. G.

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E  
PLURIPARENTALIDADE.**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** – Senhora Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e demais presentes.

O caso ora em julgamento, seja qual for o resultado proclamado pelo colegiado, constituirá precedente essencial para a definição do estatuto constitucional das famílias, em especial a densificação conceitual de um dos componentes mais elementares dos direitos da personalidade: a filiação.

**Admissibilidade do recurso extraordinário**

A recorrida arguiu questões processuais preliminares atinentes à admissibilidade recursal que devem ser enfrentadas antes de se adentrar no mérito do recurso extraordinário, a saber: (i) a matéria constitucional discutida nesta sede não teria sido objeto de prequestionamento nas instâncias ordinárias (óbices das Súmulas 282 e 356 do STF); e (ii) haveria necessidade de reexame de fatos controvertidos e de provas produzidas nos autos (óbice da Súmula 279 do STF).

Primeiramente, quanto à arguição de falta de prequestionamento, ressoa inequívoco que a controvérsia sobre a prevalência ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica, à luz do artigo 226, caput, e outros dispositivos constitucionais, foi amplamente debatida nas instâncias ordinárias, como se verifica da simples leitura dos acórdãos proferidos pela Quarta Câmara de Direito Civil do TJSC, em sede de apelação, e pelo Grupo de Câmaras de Direito Civil do TJSC, em sede de embargos infringentes. Nesse sentido, destaco os seguintes excertos desses julgados (grifos meus):

*“Estabelece o Código Civil de 2002, em seu art. 1.603, que ‘a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil’.*

*Ao tratar sobre a filiação, Luiz Edson Fachin registra que ‘a prova da filiação mencionada no art. 1.603 pode também sustentar a posse do estado de filho, fundada em elementos que espelham o nomem, a tractatio, e a fama (reputação). Por conseguinte, o termo de nascimento pode espelhar uma filiação socioafetiva’ (in Comentários ao novo Código Civil, Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 89).*

(...)

*A Carta Magna estabelece, in verbis, que*

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

[...]

*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

[...]

*§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

*E o prefalado Luiz Edson Fachin, ao discorrer acerca da posse do estado de filho – com destaque para a paternidade sócio-afetiva –, afirma que*

*[...] o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento (quer em público, quer na intimidade do lar) revelam no comportamento a base da parentalidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética que deveria pressupor aquela e serem coincidentes. Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, ‘reside antes no serviço e amor que na procriação’ (in A tríplice paternidade dos filhos imaginários. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família.*

*Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais. Teresa Arruda Alvim (coord.). Ed. RT, v. 2, 1995, p. 178/179).*

(...)

*Por isso, em que pese ter o vínculo de afetividade origem em registro cuja informação não corresponde à verdade biológica, ante a consolidação dos laços sentimentais/afetivos entre F. G. e I. G., o estado de filiação que esta última agora vindica em relação ao réu/apelante, não poderá ser reconhecido, simplesmente porque outro já se estabeleceu antes, com o pai registral, o qual não deverá ser desfeito.” (Apelação Cível 2011.027498-4)*

*“Não há, data venia, como se conceber que, diante da expressa vontade da embargante de desvendar a sua verdadeira ascendência genética, possa prevalecer no registro a paternidade sócio-afetiva iniciada por ignorância da verdade.*

(...)

*A dignidade da pessoa humana encontra proteção constitucional, sendo, inclusive, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal).*

*E é a própria Constituição Federal que estabelece, expressamente (art. 227, § 6º), o princípio da igualdade entre os filhos, in verbis: ‘Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’.*

(...)

*Dessa forma, não se pode negar o direito de todas as partes envolvidas em relações de filiação – genitores biológicos, afetivos e filhos – de ver respeitado tal princípio, porquanto, nas palavras de Claudete Carvalho Canezin, ‘A dignidade constitui-se num fato primordial à formação da personalidade humana, sendo essencial ao relacionamento paterno-filial’ (CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 8).” (Embargos Infringentes 2012.038525-9).*

Fica claro, portanto, que não apenas a discussão jurídica dotada de repercussão geral foi travada nas instâncias ordinárias, mas também que o seu deslinde foi alcançado mediante fundamentação expressamente baseada nos preceitos constitucionais pertinentes, razão pela qual não há que se falar em ausência de prequestionamento.

No que diz respeito à alegação da ora recorrida de que incidiria, na espécie, o óbice da Súmula 279 do STF, saliente-se que todas as controvérsias relativas a fatos e provas, no presente caso, já foram devidamente equacionadas pelo tribunal de origem, remanescendo apenas a controvérsia relativa à prevalência ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica, matéria estritamente de direito.

Superadas essas questões preliminares, o recurso é tempestivo, preparado e apresenta preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, estando igualmente presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Por tais motivos, deve ser conhecido o recurso extraordinário, passando-se ao exame do seu mérito, nos limites da questão constitucional de repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual, sintetizados na ementa transcrita abaixo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.  
DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE

ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL.”

(ARE 692.186 RG, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário Virtual, DJe de 21/02/2013)

### **Mérito do recurso extraordinário**

Nos presentes autos, o recorrente sustenta a necessidade de preponderância da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, com fundamento nos artigos 226, §§ 4º e 7º, 227, caput e § 6º, 229 e 230 da Constituição Federal. Cumpre definir, assim, nos casos em que há vínculo parental previamente reconhecido, quais os efeitos jurídicos da descoberta posterior da paternidade biológica.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 226, § 4º “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Art. 226, § 7º “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Art. 227, § 6º “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Art. 229. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Art. 230. “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

A Constituição de 1988 promoveu verdadeira revolução no campo do Direito de Família. Sabe-se que, sob a égide do Código Civil de 1916, a família era centrada no instituto do casamento, vínculo indissolúvel e objeto de especial proteção da lei. Era estabelecida vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, baseando-se a filiação na rígida presunção de paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). O paradigma de então não era nem o afeto entre os familiares, nem sequer a origem biológica, mas sim a presunção baseada na centralidade do casamento.

Ocorre que, com o passar dos anos, a sociedade evoluiu e novas formas de organização familiar à margem do casamento começaram a proliferar. Sociedades de fato, uniões estáveis, coabitações concubinárias, famílias monoparentais, entre outras estruturas familiares passaram a se tornar cada vez mais frequentes. Esse quadro é muito bem retratado pelo sociólogo britânico Anthony Giddens, ex-professor das universidades de Cambridge e London School of Economics:

*“Ao longo das últimas décadas, a Grã-Bretanha e outros países ocidentais passaram por mudanças nos padrões familiares, que seriam inimagináveis para gerações anteriores. A grande diversidade de famílias e formas de agregados familiares tornou-se um traço distintivo da época actual. As pessoas têm menos probabilidades de se virem a casar do que no passado, e fazem-no numa idade mais tardia. O índice de divórcios subiu significativamente, contribuindo para o crescimento de famílias monoparentais. Constituem-se ‘famílias recompostas’ através de segundos casamentos, ou através de novas relações que envolvem filhos de relações anteriores. As pessoas optam cada vez mais por viver juntas em coabitação antes do casamento, ou em alternativa ao casamento. Em resumo, o mundo familiar é hoje muito diferente do que o era há cinquenta anos atrás. Apesar das instituições do casamento e da família ainda*

*existirem e serem importantes nas nossas vidas, o seu carácter mudou radicalmente."*

Era preciso evoluir. E a necessidade de modernizar a disciplina jurídica da filiação constituiu preocupação central do texto constitucional que informa a democracia em que hoje vivemos. O eixo central do sistema se deslocou do Código Civil para a Constituição, cujo conjunto axiológico-normativo deve informar a interpretação dos institutos que regem o Direito de Família.

Assumindo carácter de sobreprincípio fundante do ordenamento, insculpido logo no art. 1º, III, da Carta magna, a dignidade humana passa a exercer papel fundamental nesse contexto. O núcleo base da dignidade humana é expresso na formulação do imperativo categórico de Immanuel Kant: o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim (*"Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst"* – KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. AA IV. Berlim: Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1900. p. 429).

Como afirma o Tribunal Constitucional Federal alemão, a dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade (*"Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten"*) (BVerfGE 45, 187). Cuida-se, assim, da assunção, pelo ordenamento jurídico, de que a eleição das próprias finalidades e objetivos de vida do indivíduo tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador. No campo da família, tem-se que a dignidade humana exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais.



Em estreita conexão com a dignidade humana, dela derivando ao mesmo passo que constitui o seu cerne, apresenta-se o denominado direito à busca da felicidade. Se a referência a este direito é relativamente recente no Brasil, a sua origem remonta ao próprio surgimento do conceito moderno de Constituição.

Em 4 de julho de 1776, na Filadélfia, Pensilvânia, foi publicada a declaração de independência dos Estados Unidos da América. Em seu preâmbulo, o documento exhibe a memorável frase elaborada por Thomas Jefferson em seus rascunhos para a declaração e que sobreviveu às revisões posteriores, segundo a qual seriam verdades autoevidentes certos direitos inalienáveis, dentre os quais os direitos à vida, à liberdade e à busca da felicidade (*"We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness"*). Dias antes, a declaração de direitos da Virgínia, pela pena de George Mason, já havia reconhecido a todos os homens certos direitos inerentes, que jamais podem ser molestados na vida em sociedade, em especial o desfrute da vida e da liberdade, com os meios para aquisição de propriedade, bem como a busca e obtenção de felicidade e segurança (*"all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety"*). Massachusetts e Wisconsin adotam preceitos semelhantes em suas Constituições. Muito embora não exista previsão expressa do direito à busca da felicidade no texto da Constituição dos Estados Unidos, é inegável a sua importância histórica e seu enorme valor para a interpretação das demais cláusulas da carta fundamental.

Cuida-se, a busca da felicidade, de preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhecendo-se não apenas as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, mas também que o Estado, então recém-criado, deveria atuar apenas na extensão em que essas

capacidades próprias fossem respeitadas. Traduz-se em um mandamento a que o governo se abstenha de eleger finalidades a serem perseguidas nas mais diversas esferas da vida humana, bem assim a que não se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a perseguição das vontades particulares. Nenhum arranjo político é capaz de prover bem-estar social em caso de sobreposição de vontades coletivas a objetivos individuais.

O primeiro caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a força normativa do direito à busca da felicidade foi no caso *Meyer v. Nebraska*, de 1923 (262 U.S. 390). Na oportunidade, um professor de alemão chamado Robert T. Meyer desafiou a constitucionalidade de uma lei do Estado de Nebraska de 1919 que proibia o ensino conduzido em idiomas estrangeiros, assim como o estudo de línguas estrangeiras, como objeto de aprendizado, por estudantes até determinado nível. O objetivo da lei, denominada *Siman Act*, era a de perseguição aos imigrantes alemães, no contexto da primeira guerra mundial. Na oportunidade, a Corte reconheceu que a cláusula do devido processo legal (*due process*), prevista na décima quarta emenda à Constituição, sem dúvidas, denota não apenas a mera liberdade contra restrições de ordem corporal, mas também o direito do indivíduo de contratar, de se engajar em qualquer das ocupações ordinárias da vida, de adquirir conhecimento útil e em geral gozar de tudo o que for reconhecido como essencial para a busca ordenada da felicidade por homens livres (“denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge (...) and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men”). Ante o reconhecimento do direito à busca da felicidade como norma constitucional implícita, reconheceu-se a invalidade da lei que interferiu na vocação de professores, nas oportunidades dos alunos de adquirirem conhecimento e na prerrogativa dos pais de controlar a educação de seus descendentes (“Evidently the Legislature has attempted materially to interfere with the calling of modern language teachers, with the opportunities of pupils to acquire knowledge, and with the power of parents to control the

*education of their own*"). A lição mais importante a ser extraída do caso é a de que sequer em tempos de guerra, excepcionais por natureza, poderá o indivíduo ser reduzido a mero instrumento de consecução da vontade dos governantes.

Transportando-se a racionalidade para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente.

A Suprema Corte norteamericana teve a oportunidade de aplicar o direito à busca da felicidade no contexto familiar em algumas oportunidades. No caso *Loving v. Virginia*, de 1967 (388 U.S. 1), o referido Tribunal reverteu a condenação de Mildred Loving, uma mulher negra, e de Richard Loving, um homem branco, que haviam sido sentenciados a um ano de prisão por terem se casado em descumprimento do *Racial Integrity Act* de 1924, estatuto que proibia casamentos considerados "interraciais". Por decisão unânime, a Corte declarou a proibição inconstitucional, adotando, dentre outros fundamentos, o de que o direito à liberdade de casamento é um dos direitos individuais vitais e essenciais para a busca ordenada da felicidade por homens livres ("*freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men*").

Esse precedente foi essencial para a recente decisão da Suprema Corte sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, no caso *Obergefell v. Hodges*, de 2015 (576 U.S. \_\_\_\_). Neste último, a maioria do colegiado reputou que a Constituição exige o reconhecimento, pelos Estados, do casamento de casais homoafetivos, na medida em que o direito a casar seria decorrência essencial do direito à busca da felicidade. Cumpre transcrever a primeira frase do voto do *Justice Anthony Kennedy*, que escreveu pela maioria vencedora: "A Constituição promete liberdade a todos aqueles sob seu alcance, uma liberdade que inclui certos direitos

específicos que permitem a pessoas, dentro de um âmbito legal, definir e expressar sua identidade” (*“The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity”*).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de invocar o direito à busca da felicidade, como se colhe dos seguintes arestos:

*“O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.”*

(RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011)

*“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.”*

(ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011)

Tanto a dignidade humana, quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte.

Sob essa lógica merece ser interpretada a legislação infraconstitucional, abdicando-se o operador do direito de pré-compreensões e formatos padronizados de família para atender, na sua totalidade, às idiossincrasias das formulações particulares de organização familiar. Como explica Gustavo Tepedino, *in verbis*:

*“O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se, ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como quisera o Código Civil de 1916, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o texto constitucional.”*

A partir da Carta de 1988, exige-se uma inversão de finalidades no campo civilístico: o regramento legal passa a ter de se adequar às peculiaridades e demandas dos variados relacionamentos interpessoais, em vez de impor uma moldura estática baseada no casamento entre homem e mulher. De forma percuciente, esclarece o Ministro Luiz Edson Fachin aquilo que denomina “concepção eudemonista da família”:

*“Sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a*

*família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”*

A própria Constituição, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º). Por outro lado, a Carta fundamental enfatizou que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas. Um exemplo da tradição civilística brasileira é a adoção, capaz de estabelecer um vínculo parental na ausência de casamento ou liame sanguíneo, bastando o amor entre os indivíduos que se recebem como pais e filhos. O art. 227, § 6º, da Constituição é assertivo ao determinar que, *verbis*: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Ante a impossibilidade de engessamento da configuração familiar, esta Egrégia Corte atribuiu a qualidade de entidade familiar às uniões estáveis homoafetivas, em julgamento histórico cujo acórdão estabelece premissa indispensável para o caso ora examinado. Invocando o direito à busca da felicidade, este colegiado declarou a “Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil”, bem como a “Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico” (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

Se o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, nem é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação, afigura-se necessário contemplar sob o âmbito jurídico todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais (como a

fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002); (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade.

O Código Civil de 2002 promoveu alguns passos à frente nessa concepção cosmopolita do Direito de Família. Conforme observa o Ministro Luiz Edson Fachin, o diploma inovou ao reconhecer o direito fundamental à paternidade, independentemente do estado civil dos pais; a possibilidade de declaração de paternidade sem que haja ascendência genética; o reconhecimento de filho extramatrimonial; a igualdade material entre os filhos; a presunção de paternidade na fecundação artificial, seja ela homóloga ou heteróloga; e a abertura de espaço jurídico para a construção do conceito de paternidade socioafetiva.

Igualmente, a evolução da ciência contribuiu para que a paternidade baseada no casamento, outrora central ao sistema, perdesse a sua importância para dar lugar a outras modalidades de filiação. A popularização do exame de DNA permitiu o alcance de resultados seguros e rápidos sobre vínculos biológicos para fins de ações de investigação e negatórias de paternidade, tornando despiciendo, na maioria dos casos, o recurso a presunções para a definição da filiação. Inclusive, este Pretório Excelso assegurou a possibilidade de relativização da coisa julgada para a realização posterior de exame de DNA, em homenagem ao “direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser” (RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 16/12/2011). Além de direito constitucional implícito, como esclareceu esta Corte, a busca da identidade genética é garantida pela legislação infraconstitucional, prevendo o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente o “direito de conhecer sua origem biológica”.

Em paralelo à filiação biológica, demanda igual proteção jurídica o vínculo de parentalidade construído apenas a partir do afeto. Para evitar situações de extrema injustiça, desde o Código de 1916 já reconheciam a doutrina e a jurisprudência a figura da posse do estado de filho, mediante interpretação elástica do art. 349, II, daquele

diploma, segundo o qual a filiação poderia ser provada, na falta de registro, por “*veementes presunções resultantes de fato já certos*”. Assim, seria considerado filho aquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). Na lição de Silvio Rodrigues, a “posse do estado consiste no desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho legítimo, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à persuasão geral de ser a pessoa, efetivamente, filho legítimo”.

Mais que reproduzir a norma do art. 349, II, do diploma anterior em seu art. 1.605, o Código Civil de 2002 passou a preceituar, em seu art. 1.593, que o “*parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*”. Desse modo, a própria lei passa a reconhecer que a consanguinidade concorre com outras formas de parentesco, dentre as quais certamente se inclui a afetividade.

Um exemplo bastante comum na realidade pátria é a chamada “adoção à brasileira”, em que o sujeito se vale da presunção de veracidade do registro público para declarar a paternidade em relação a criança que sabe não possuir sua herança genética. Cuida-se de gesto nobre, decorrente da vontade de preencher um espaço afetivo que de outra forma restaria vago na vida do menor. Por isso mesmo, alguns Tribunais de Justiça já regulamentaram o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva diretamente perante o Registro Civil de Pessoas Naturais, independentemente de declaração judicial. Tal regramento já existe, por exemplo, no âmbito do TJMA (Provimento 21/2013), do TJPE (Provimento 9/2013), do TJCE (Portaria 15/2013), do TJSC (Provimento 11/2014) e do TJAM (Provimento 234/2014), por exemplo. A filiação socioafetiva, porém, independe da realização de registro, bastando a consolidação do vínculo afetivo entre as partes ao longo do tempo, como sói ocorrer nos casos de posse do estado de filho.

Estabelecida a possibilidade de surgimento da filiação por origens distintas, é de rigor estabelecer a solução jurídica para os casos de concurso entre mais de uma delas.



O sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher, nesse prisma, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição.

Não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário.

O conceito de pluriparentalidade não é novidade no Direito Comparado. Nos Estados Unidos, onde os Estados têm competência legislativa em matéria de Direito de Família, a Suprema Corte de Louisiana ostenta jurisprudência consolidada quanto ao reconhecimento da “dupla paternidade” (*dual paternity*). No caso *Smith v. Cole* (553 So.2d 847, 848), de 1989, o Tribunal aplicou o conceito para estabelecer que a criança nascida durante o casamento de sua mãe com um homem diverso do seu pai biológico pode ter a paternidade reconhecida com relação aos dois, contornando o rigorismo do art. 184 do Código Civil daquele Estado, que consagra a regra “*pater ist est quem nuptiae demonstrant*”. Nas palavras da Corte, a “aceitação, pelo pai presumido, intencionalmente ou não, das responsabilidades paternas, não garante um benefício para o pai biológico. (...) O pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele da responsabilidade” (“*The presumed father’s acceptance of paternal responsibilities, either by intent or*

*default, does not ensure to the benefit of the biological father. (...) The biological father does not escape his support obligations merely because others may share with him the responsibility.”).*

Em idêntico sentido, o mesmo Tribunal assentou, no caso *T.D., wife of M.M.M. v. M.M.M.*, de 1999 (730 So. 2d 873), o direito do pai biológico à declaração do vínculo de filiação em relação ao seu filho, ainda que resulte em uma dupla paternidade. Ressalvou-se, contudo, que o genitor biológico perde o direito à declaração da paternidade, mantendo as obrigações de sustento, quando não atender ao melhor interesse da criança, notadamente nos casos de demora desarrazoada em buscar o reconhecimento do *status* de pai (“*a biological father who cannot meet the best-interest-of-the-child standard retains his obligation of support but cannot claim the privilege of parental rights*”).

A consolidação jurisprudencial levou à revisão do Código Civil estadual de Louisiana, que a partir de 2005 passou a reconhecer a dupla paternidade nos seus artigos 197 e 198 (PALMER, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012). Louisiana se tornou, com isso, o primeiro Estado norteamericano a permitir legalmente que um filho tenha dois pais, atribuindo-se a ambos as obrigações inerentes à parentalidade (McGINNIS, Sarah. You Are Not The Father: How State Paternity Laws Protect (And Fail To Protect) the Best Interests of Children. In: *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, v. 16, issue 2, 2008, pp. 311-334).

A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. É imperioso o reconhecimento, para todos os fins de direito, dos vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos. Na doutrina brasileira, encontra-se a valiosa conclusão de Maria Berenice Dias, *in verbis*: “não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação.

Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. (...) Tanto é este o caminho que já há a possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto no registro do enteado” (Manual de Direito das Famílias. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 370). Tem-se, com isso, a solução necessária ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

No caso concreto trazido à Corte pelo Recurso Extraordinário, infere-se da leitura da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Família da Comarca de Florianópolis e dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a autora, F. G., ora recorrida, é filha biológica de A. N., como ficou demonstrado, inclusive, pelos exames de DNA produzidos no decorrer da marcha processual (fls. 346 e 449-450). Ao mesmo tempo, por ocasião do seu nascimento, em 28/8/1983, a autora foi registrada como filha de I. G., que cuidou dela como se sua filha biológica fosse por mais de vinte anos. Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade, devendo ser mantido o acórdão de origem que reconheceu os efeitos jurídicos do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança.

*Ex positis*, nego provimento ao Recurso Extraordinário e proponho a fixação da seguinte tese para aplicação a casos semelhantes: **“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”**.

É como voto.

**ANEXO 2 – VOTO DO MIN. DIAS TOFFOLI NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº.  
898.060/SC**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: A N</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: RODRIGO FERNANDES PEREIRA E OUTRO(A/S)</b>
<b>RECDO.(A/S)</b>	<b>: F G</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: EDUARDO DE MELLO E SOUZA E OUTRO(A/S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS SUCESSOES - ADFAS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: MARIA BERENICE DIAS E OUTRO(A/S)</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: RONNER BOTELHO SOARES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: RICARDO LUCAS CALDERÓN</b>

**VOTO VOGAL**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Inicio as minhas considerações fazendo um alerta. Por se tratar de um recurso extraordinário com repercussão geral, a tese a ser fixada por esta Corte afetará diretamente não só a vida de milhões de crianças e adolescentes, mas também de pais, avós, tios, e todos que pelo sistema civil compõem o regime de parentalidade que o legislador definiu no Direito Civil.

Exatamente por isso, o cuidado com o que decidirá esta Suprema Corte há de ser redobrado a fim de não: i) subvertermos todo o sistema de parentalidade fixado pelo nosso ordenamento jurídico; ii) reduzirmos por demais o sentido da paternidade responsável; iii) elevarmos além do que prevê a lei os efeitos jurídicos da “afetividade”; iv) e colocarmos de lado os valores que formatam os vínculos familiares que estão dispostos na Constituição Federal, bem como a segurança jurídica.

Relaciono aqui algumas premissas lógicas e jurídicas antes de detalhar aquilo que penso deva ser a tese jurídica a ser adotada para fins de repercussão geral. Seguem elas:

**RE 898060 / SC**

1º) Tratar a paternidade responsável apenas sob o viés material importa em um afastamento do conteúdo do direito fundamental da criança e do adolescente de receber um cuidado integral de seus pais.

2º) Por outro lado, afastar-se do reconhecimento de que existe o dever jurídico do pai e da mãe de propiciarem a alimentação, o cuidado sob os pontos de vista material e financeiro, e até mesmo sob o aspecto sucessório, também seria minimizar o conteúdo jurídico da paternidade, bem como da maternidade.

3º) Não podemos nos olvidar do direito fundamental de todo indivíduo de ver reconhecida a sua identidade biológica, ou seja, não se pode negar à criança - que depois passará pelas etapas da juventude, da vida adulta e, por fim, da velhice - o seu direito de descobrir e de ver reconhecida juridicamente a sua identidade biológica, com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes.

4º) Se é certo que é importante o vínculo biológico, como se extrai das disposições constitucionais tão bem tratadas pelo nobre Ministro Relator, também há que se relembrar que a Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1959, estabeleceu expressamente o direito de a criança ser criada pelos seus pais e de ser cuidada no seio de sua família.

5º) Posteriormente, a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança de 1989 reconheceu no seu preâmbulo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em uma ambiente de felicidade, amor e compreensão.

6º) A Constituição de 1988, de fato, conferiu **status** de família à união estável entre o homem e a mulher, bem como à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como estabelecem os parágrafos 3º e 4º do art. 226, reconhecendo assim outros modelos familiares.

7º) Se é certo que o termo “família” se tornou plurívoco, como bem tratou o nobre Relator Ministro **Luiz Fux**, o que também foi objeto de profundo estudo pelo Ministro **Edson Fachin**, nós não podemos nos esquecer de que o nosso regime jurídico trata ainda e de forma detalhada da “família natural”, da “família substituta”, da “família de origem”, “da

**RE 898060 / SC**

família extensa ou ampliada”.

8º) O Estatuto da Criança e do Adolescente, normativa esta que se tornou uma referência positiva mundial, estabelece que as crianças e adolescentes possuem o direito fundamental a uma família, à convivência familiar e comunitária. Mas não só isso. Prevê a lei que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta (cf. art. 19).

9º) O seu art. 22 fixou a regra no sentido de que aos pais – biológicos ou adotivos - incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

10º) O referido Estatuto, assim como o Código Civil, estabelecem que toda perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil e, somente após a perda do poder familiar é que se deferirá a adoção. Portanto, a destituição do poder familiar é pressuposto lógico e jurídico para que ocorra a adoção.

11) A Lei nº 12.010/09 veio a introduzir no Estatuto da Criança e do Adolescente a **terminologia** “família extensa”. Ela já era reconhecida e utilizada pela doutrina e pelos tribunais, antes mesmo do advento daquela lei, na medida em que o glossário do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária explicitou essa terminologia que já vinha sendo utilizada há muito tempo nas áreas da assistência social e da psicologia.

12) O parágrafo único do art. 25 do ECA buscou ampliar ainda mais esse grupo de pessoas, definindo que se deve entender por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

13) A legislação buscou, com isso, ultrapassar a barreira da proteção do biologismo da paternidade e maternidade, para prestigiar os vínculos da afetividade, a afinidade, o cuidado, **não para gerar vínculos de**

**RE 898060 / SC****parentesco, mas vínculos familiares.**

14) A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.010/90, o ECA veio a dispor que a criança ou adolescente devem permanecer junto à sua família natural ou extensa, e só na sua impossibilidade é que, por meio de decisão judicial fundamentada, poderá o Estado intervir e colocar esse indivíduo em família substituta (arts. 25, parágrafo único e 92, II), inclusive no caso de adoção (art. 39, § 1º), numa reafirmação do que a doutrina denomina de “princípio da prevalência da família”.

15) Em verdade, a família de origem, encontra-se efetivamente defendida não só pela Constituição Federal, mas também pelas normas convencionais e infraconstitucionais. Cuida-se de designativo utilizado para indicar a família originária, incluindo-se nesse grupo a família natural e, supletivamente, a extensa, quando houver pedido judicial ou mesmo, quando a rede de atendimento vislumbrar a possibilidade e a necessidade de que ocorra, futuramente, a colocação da criança ou do adolescente em uma família substituta, inclusive por meio da adoção. Aliás, a excepcionalidade da adoção tem como fundamento a importância da família de origem da criança. Uma vez estabelecida a adoção, por ser ela irrevogável, impossibilita-se a retomada do poder familiar pela família original.

16) Ainda remanescem entre os próprios civilistas inúmeras dúvidas sobre as consequências sucessórias nos casos de adoção, o que não foi objeto de profunda discussão nestes autos; aliás, veja-se que ainda ocorrem no meio acadêmico debates sobre as consequências jurídicas da revogação do art. 1.626 do Código Civil de 2002 que estabelecia que “a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento” pela Lei nº 12.010, de 2009.

Dito isso, refletindo sobre os debates de ontem, tenho absoluta convicção de que a despeito de **não existir hierarquia entre família biológica e família socioafetiva** (aquela que efetivamente cuida da criança e do adolescente), sob o aspecto da **parentalidade**, **há sim a prevalência do vínculo biológico sobre o vínculo meramente**

RE 898060 / SC

**socioafetivo. Explico.**

**Observando toda a nossa legislação, podemos concluir** que - sob o ponto de vista formal – ao identificar ou definir os vínculos de parentesco, sempre que houver o vínculo biológico e o socioafetivo, simultaneamente entre as pessoas relacionadas, este vínculo de parentesco há de prevalecer sobre o vínculo unicamente socioafetivo.

O receio que se tem com a tese a ser fixada é que se confunda família com parentalidade, o vínculo familiar com o vínculo registral que define as relações de parentesco sob o enfoque jurídico.

O que vemos na realidade é a criança chamar de tia a sua vizinha, de avó a uma pessoa querida, de mãe a irmã, de pai um primo que o criou. A realidade social não pode ultrapassar o que é jurídico. Não se pode, com o devido respeito aos que pensam em contrário, reconhecer dupla paternidade porque dois tios cuidaram dele a vida toda. Não há como se reconhecer, ao menos por ora, o direito de duas ou três vizinhas, por terem cuidado da criança durante anos, de adotá-la porque restou formado um vínculo de cuidado e de afetividade entre essas pessoas.

Os pressupostos para a colocação em família substituta, hão de ser observados, sempre: a) em primeiro lugar, exige-se uma necessidade objetiva de se alterar o vínculo jurídico, posto que essa colocação cuida-se de medida excepcional, uma vez que a criança deve permanecer no seio de sua família natural, sob o ponto de vista natural e jurídico e, aliás, mesmo para as situações em que se necessite regularizar a posse de fato, o ECA deixa bem claro que só se deferirá a guarda judicial, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável (art. 33, § 2º); b) e em segundo lugar, exige-se a presença de um elemento subjetivo, respeitando-se o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente e devendo-se levar em consideração, sempre que possível, a vontade dos menores. Aliás, nos casos de colocação de adolescente em adoção, não há dúvida de que a sua oitiva será obrigatória e sua decisão será pré-requisito para a sua realização.

**O vínculo de parentesco, portanto, pode ser biológico ou**



RE 898060 / SC

socioafetivo, mas neste último caso se exige, para fins jurídicos, a vinculação por meio da adoção.

Não há que se confundir paternidade socioafetiva que se regulariza pela adoção com o cuidado que pode ser regularizado juridicamente por meio de guarda ou tutela.

O regime jurídico definido na legislação há de ser respeitado.

A descoberta futura da paternidade – seja por omissão dos pais, erro, culpa ou dolo - é que possibilitará, diante da sua excepcionalidade, e para garantir o direito à identidade genética, a eventual dupla parentalidade – afetiva e biológica, com todas as consequências jurídicas decorrentes desse reconhecimento, inclusive para fins sucessórios, a fim de garantir a estabilidade da família afetiva, a segurança jurídica e os direitos fundamentais da prole.

Portanto, penso que a tese há de ser minimalista, diante da peculiaridade do caso concreto e para não abriremos espaço para um debate, que no meu pensar, deve ser realizado pelos legisladores. Assim, apresento a sugestão da tese, com a seguinte redação:

**“O reconhecimento posterior do parentesco biológico não invalida necessariamente o registro do parentesco socioafetivo, admitindo-se nessa situação o duplo registro com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, inclusive para fins sucessórios”.**

É como voto.

## ANEXO 2 – VOTO VENCIDO DO MIN. DIAS TOFFOLI NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 898.060/SC

### RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: A N
ADV.(A/S)	: RODRIGO FERNANDES PEREIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: F G
ADV.(A/S)	: EDUARDO DE MELLO E SOUZA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS SUCESSOES - ADFAS
ADV.(A/S)	: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: MARIA BERENICE DIAS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: RONNER BOTELHO SOARES
ADV.(A/S)	: RICARDO LUCAS CALDERÓN

### VOTO VOGAL

#### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Inicio as minhas considerações fazendo um alerta. Por se tratar de um recurso extraordinário com repercussão geral, a tese a ser fixada por esta Corte afetará diretamente não só a vida de milhões de crianças e adolescentes, mas também de pais, avós, tios, e todos que pelo sistema civil compõem o regime de parentalidade que o legislador definiu no Direito Civil.

Exatamente por isso, o cuidado com o que decidirá esta Suprema Corte há de ser redobrado a fim de não: i) subvertermos todo o sistema de parentalidade fixado pelo nosso ordenamento jurídico; ii) reduzirmos por demais o sentido da paternidade responsável; iii) elevarmos além do que prevê a lei os efeitos jurídicos da “afetividade”; iv) e colocarmos de lado os valores que formatam os vínculos familiares que estão dispostos na Constituição Federal, bem como a segurança jurídica.

Relaciono aqui algumas premissas lógicas e jurídicas antes de detalhar aquilo que penso deva ser a tese jurídica a ser adotada para fins de repercussão geral. Seguem elas:

**RE 898060 / SC**

1º) Tratar a paternidade responsável apenas sob o viés material importa em um afastamento do conteúdo do direito fundamental da criança e do adolescente de receber um cuidado integral de seus pais.

2º) Por outro lado, afastar-se do reconhecimento de que existe o dever jurídico do pai e da mãe de propiciarem a alimentação, o cuidado sob os pontos de vista material e financeiro, e até mesmo sob o aspecto sucessório, também seria minimizar o conteúdo jurídico da paternidade, bem como da maternidade.

3º) Não podemos nos olvidar do direito fundamental de todo indivíduo de ver reconhecida a sua identidade biológica, ou seja, não se pode negar à criança - que depois passará pelas etapas da juventude, da vida adulta e, por fim, da velhice - o seu direito de descobrir e de ver reconhecida juridicamente a sua identidade biológica, com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes.

4º) Se é certo que é importante o vínculo biológico, como se extrai das disposições constitucionais tão bem tratadas pelo nobre Ministro Relator, também há que se relembrar que a Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1959, estabeleceu expressamente o direito de a criança ser criada pelos seus pais e de ser cuidada no seio de sua família.

5º) Posteriormente, a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança de 1989 reconheceu no seu preâmbulo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em uma ambiente de felicidade, amor e compreensão.

6º) A Constituição de 1988, de fato, conferiu **status** de família à união estável entre o homem e a mulher, bem como à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como estabelecem os parágrafos 3º e 4º do art. 226, reconhecendo assim outros modelos familiares.

7º) Se é certo que o termo “família” se tornou plurívoco, como bem tratou o nobre Relator Ministro **Luiz Fux**, o que também foi objeto de profundo estudo pelo Ministro **Edson Fachin**, nós não podemos nos esquecer de que o nosso regime jurídico trata ainda e de forma detalhada da “família natural”, da “família substituta”, da “família de origem”, “da

**RE 898060 / SC**

família extensa ou ampliada”.

8º) O Estatuto da Criança e do Adolescente, normativa esta que se tornou uma referência positiva mundial, estabelece que as crianças e adolescentes possuem o direito fundamental a uma família, à convivência familiar e comunitária. Mas não só isso. Prevê a lei que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta (cf. art. 19).

9º) O seu art. 22 fixou a regra no sentido de que aos pais – biológicos ou adotivos - incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

10º) O referido Estatuto, assim como o Código Civil, estabelecem que toda perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil e, somente após a perda do poder familiar é que se deferirá a adoção. Portanto, a destituição do poder familiar é pressuposto lógico e jurídico para que ocorra a adoção.

11) A Lei nº 12.010/09 veio a introduzir no Estatuto da Criança e do Adolescente a **terminologia** “família extensa”. Ela já era reconhecida e utilizada pela doutrina e pelos tribunais, antes mesmo do advento daquela lei, na medida em que o glossário do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária explicitou essa terminologia que já vinha sendo utilizada há muito tempo nas áreas da assistência social e da psicologia.

12) O parágrafo único do art. 25 do ECA buscou ampliar ainda mais esse grupo de pessoas, definindo que se deve entender por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

13) A legislação buscou, com isso, ultrapassar a barreira da proteção do biologismo da paternidade e maternidade, para prestigiar os vínculos da afetividade, a afinidade, o cuidado, **não para gerar vínculos de**

RE 898060 / SC

**parentesco, mas vínculos familiares.**

14) A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.010/90, o ECA veio a dispor que a criança ou adolescente devem permanecer junto à sua família natural ou extensa, e só na sua impossibilidade é que, por meio de decisão judicial fundamentada, poderá o Estado intervir e colocar esse indivíduo em família substituta (arts. 25, parágrafo único e 92, II), inclusive no caso de adoção (art. 39, § 1º), numa reafirmação do que a doutrina denomina de “princípio da prevalência da família”.

15) Em verdade, a família de origem, encontra-se efetivamente defendida não só pela Constituição Federal, mas também pelas normas convencionais e infraconstitucionais. Cuida-se de designativo utilizado para indicar a família originária, incluindo-se nesse grupo a família natural e, supletivamente, a extensa, quando houver pedido judicial ou mesmo, quando a rede de atendimento vislumbrar a possibilidade e a necessidade de que ocorra, futuramente, a colocação da criança ou do adolescente em uma família substituta, inclusive por meio da adoção. Aliás, a excepcionalidade da adoção tem como fundamento a importância da família de origem da criança. Uma vez estabelecida a adoção, por ser ela irrevogável, impossibilita-se a retomada do poder familiar pela família original.

16) Ainda remanescem entre os próprios civilistas inúmeras dúvidas sobre as consequências sucessórias nos casos de adoção, o que não foi objeto de profunda discussão nestes autos; aliás, veja-se que ainda ocorrem no meio acadêmico debates sobre as consequências jurídicas da revogação do art. 1.626 do Código Civil de 2002 que estabelecia que “a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento” pela Lei nº 12.010, de 2009.

Dito isso, refletindo sobre os debates de ontem, tenho absoluta convicção de que a despeito de **não existir hierarquia entre família biológica e família socioafetiva** (aquela que efetivamente cuida da criança e do adolescente), sob o aspecto da **parentalidade, há sim a prevalência do vínculo biológico sobre o vínculo meramente**

RE 898060 / SC

**socioafetivo. Explico.**

**Observando toda a nossa legislação, podemos concluir** que - sob o ponto de vista formal – ao identificar ou definir os vínculos de parentesco, sempre que houver o vínculo biológico e o socioafetivo, simultaneamente entre as pessoas relacionadas, este vínculo de parentesco há de prevalecer sobre o vínculo unicamente socioafetivo.

O receio que se tem com a tese a ser fixada é que se confunda família com parentalidade, o vínculo familiar com o vínculo registral que define as relações de parentesco sob o enfoque jurídico.

O que vemos na realidade é a criança chamar de tia a sua vizinha, de avó a uma pessoa querida, de mãe a irmã, de pai um primo que o criou. A realidade social não pode ultrapassar o que é jurídico. Não se pode, com o devido respeito aos que pensam em contrário, reconhecer dupla paternidade porque dois tios cuidaram dele a vida toda. Não há como se reconhecer, ao menos por ora, o direito de duas ou três vizinhas, por terem cuidado da criança durante anos, de adotá-la porque restou formado um vínculo de cuidado e de afetividade entre essas pessoas.

Os pressupostos para a colocação em família substituta, hão de ser observados, sempre: a) em primeiro lugar, exige-se uma necessidade objetiva de se alterar o vínculo jurídico, posto que essa colocação cuida-se de medida excepcional, uma vez que a criança deve permanecer no seio de sua família natural, sob o ponto de vista natural e jurídico e, aliás, mesmo para as situações em que se necessite regularizar a posse de fato, o ECA deixa bem claro que só se deferirá a guarda judicial, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável (art. 33, § 2º); b) e em segundo lugar, exige-se a presença de um elemento subjetivo, respeitando-se o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente e devendo-se levar em consideração, sempre que possível, a vontade dos menores. Aliás, nos casos de colocação de adolescente em adoção, não há dúvida de que a sua oitiva será obrigatória e sua decisão será pré-requisito para a sua realização.

**O vínculo de parentesco, portanto, pode ser biológico ou**

RE 898060 / SC

socioafetivo, mas neste último caso se exige, para fins jurídicos, a vinculação por meio da adoção.

**Não há que se confundir paternidade socioafetiva que se regulariza pela adoção com o cuidado que pode ser regularizado juridicamente por meio de guarda ou tutela.**

O regime jurídico definido na legislação há de ser respeitado.

A descoberta futura da paternidade – seja por omissão dos pais, erro, culpa ou dolo - é que possibilitará, diante da sua excepcionalidade, e para garantir o direito à identidade genética, a eventual dupla parentalidade – afetiva e biológica, com todas as consequências jurídicas decorrentes desse reconhecimento, inclusive para fins sucessórios, a fim de garantir a estabilidade da família afetiva, a segurança jurídica e os direitos fundamentais da prole.

Portanto, penso que a tese há de ser minimalista, diante da peculiaridade do caso concreto e para não abrirmos espaço para um debate, que no meu pensar, deve ser realizado pelos legisladores. Assim, apresento a sugestão da tese, com a seguinte redação:

**“O reconhecimento posterior do parentesco biológico não invalida necessariamente o registro do parentesco socioafetivo, admitindo-se nessa situação o duplo registro com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, inclusive para fins sucessórios”.**

É como voto.