PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas

FAMÍLIAS POLIAFETIVAS:
uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea

Belo Horizonte
2017

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas

FAMÍLIAS POLIAFETIVAS:
uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte
2017

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Viegas, Cláudia Mara de Almeida Rabelo
V657f Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea / Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas. Belo Horizonte, 2017.
232 f. : il.

Orientador: Leonardo Macedo Poli
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Família. 2. Relações familiares. 3. Monogamia. 4. Dignidade (Direito). 5. Direito de família. 6. União estável I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.628

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas

FAMÍLIAS POLIAFETIVAS:
uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

_____

Leonardo Macedo Poli (Orientador) – PUC Minas

_____

Walsir Edson Rodrigues Junior - PUC Minas

_____

Adriano Stanley Rocha Souza - PUC Minas

_____

Iara Antunes de Souza - UFOP

_____

Daniel Rivoredo Vilas Boas - FUMEC

Belo Horizonte, 13 de março de 2017

A Deus, fonte de toda a
proteção, minha família,
amigos e orientador pelo apoio,
força, incentivo,
companheirismo e amizade.
Sem eles nada disso seria
possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, fonte constante de luz, inspiração, força, conforto, segurança, proteção e paz, sem o qual a vida seria impossível realizar este estudo.

Agradeço ao amigo e professor, Doutor Leonardo Macedo Poli, não apenas pela orientação e paciência na elaboração da presente pesquisa, mas, sobretudo, pelo incentivo ao ingresso na vida acadêmica e ajuda no meu crescimento profissional. Um amigo e parceiro profissional que levo para toda a vida.

À minha mãe, Berenice de Almeida Rabelo, pelo exemplo de perseverança, coragem e orientações, que sempre me ajudaram ao longo de minha vida. Ao meu pai, Carlos Anélio Rabelo, pela eterna proteção. Aos meus irmãos, César Leandro e Carlos Franklin pelo companheirismo, apoio e incentivo. Ao meu filho Pedro agradeço pela sua existência e companhia. Enfim, minha linda família afetiva, plural, democrática, e, sobretudo, livre para fazer suas escolhas individuais, muito contribuiu para as conclusões deste estudo.

Agradeço, também, aos meus amigos, em especial, Samantha Moreira e Maria Walkíria Cabral, muito queridas.

Agradeço às quatro famílias poliafetivas que participaram ativamente deste estudo e generosamente cederam parte da sua rotina, suas preocupações e inseguranças, em relação aos Direitos das Famílias. Obrigada pelas contribuições, foram de grande valia para pesquisa!

Agradeço à Ana Luiza Araújo Lopes que, prontamente, atendeu ao pedido de revisão textual, colaborando para a confecção da presente pesquisa.

Enfim, a todos que contribuíram para a realização deste trabalho, fica aqui minha eterna gratidão.

“A cada dia que vivo,
mais me convenço
de que o desperdício da vida
está no amor que não damos,
nas forças que não usamos,
na prudência egoísta que nada arrisca
e que, esquivando-nos do sofrimento,
perdemos também a felicidade.
A dor é inevitável.
O sofrimento é opcional.”

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

A presente tese tem por objetivo analisar a possibilidade de reconhecimento jurídico da família poliafetiva, entidade relacional que pode gerar estranheza para alguns, no entanto, tem sido socialmente aceita e praticada entre os seus adeptos, razão pela qual exige a atenção por parte do direito. O relacionamento amoroso denominado Poliamor, filosofia de vida, a qual admite que uma pessoa possa amar e ser amada por várias ao mesmo tempo, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, apresenta aspectos controvertidos – morais e sociais, que não impedem a sua caracterização como entidade familiar. Pretende-se, por meio do procedimento exploratório, indutivo, investigativo bibliográfico e discursivo, desconstituir a ideia de que a monogamia é o único formato de família, para, em seguida, demonstrar que a interpretação civil-constitucional é suficiente para reconhecer direitos das famílias aos núcleos poliafetivos. A aplicação dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar, solidariedade e isonomia são capazes de legitimar as entidades familiares dessa estirpe, competindo ao Estado apenas garantir o direito fundamental de formar uma família pautada no afeto e ética, sendo o contrato de união civil a forma de garantir eficaz de reger esse tipo de associação familiar.

Palavras-Chaves: Poliamor. Família Poliafetiva. Monogamia. União Civil. Dignidade Humana.

ABSTRACT

This thesis aims at analyzing the possibility of legal recognition of polyamorous family, this family arrangement could generate awkwardness for some people, however, it has been socially accepted and practiced, what demands attention by the law. *Polyamore* is the name for a love relationship which foresees that a person could love and be loved for more than one person at a time, what could be considered a life style or philosophy. Furthermore, it is crucial to highlight that everyone who is part of a polyamorous relationship should be aware and agree upon it. Nevertheless, it is a controversial matter – both moral and social – what should not preclude its recognition as a family entity. Therefore, this thesis aim is to deconstruct and argue the concept that monogamy is the only family arrangement possible, what is shown trough a research that is explorative, inductive, investigative, bibliographic and discursive. Hereafter, it is argued that a civil-constitutional interpretation is enough to acknowledge the rights of polyamorous families. Furthermore, it is shown that to legitimate these family entities the elements of human dignity, private autonomy, family pluralism and isonomy should be enough. Thereby, the State is only responsible for assuring the fundamental right to form a family guided by love and ethics, the civil union contract is the most efficient way to ensure this family arrangement rights and duties.

Keywords: Polyamore. Polyamorous Family. Monogamy. Civil union. Human Dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AgRg – Agravo regimental

Ap. – Apelação

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Atual. – Atualizada

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* - Código Civil Alemão

CC/02 – Código Civil de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CR/88 – Constituição Federal de 1988

Code – Código Civil francês

CPC – Código de Processo Civil

D.J. – Data do Julgamento

Ed. – Edição

LINDB – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro

Org. – Organizador

Reimp – reimpressão

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Tir. – Tiragem

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Trad. – Tradução

V. – Volume

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... 11

CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA..... 14

2.1 A família primitiva..... 15

2.2 A família no Direito Romano..... 27

2.3 A família na Idade Média: contribuições do Direito Bárbaro, Germânico e Canônico para a evolução da entidade familiar..... 36

2.4 A família na Idade Moderna..... 44

2.5 A Família na pós-modernidade..... 49

2.6 A evolução da família no Brasil: do patriarcalismo à afetividade..... 55

CAPÍTULO 3 - CONTORNOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS..... 67

3.1 A família contemporânea: eudemononista..... 68

3.2 Princípios afetos ao Direito das Famílias..... 71

3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana..... 74

3.2.2 Princípio da Igualdade..... 82

3.2.3 Princípio da pluralidade das entidades familiares..... 84

3.2.4 O Princípio da Autonomia Privada..... 87

3.2.4.1 Autonomia da vontade X Autonomia privada..... 87

3.2.4.2 O princípio da autonomia privada e a família..... 93

3.2.5 Princípio da não intervenção Estatal na família e a autonomia privada..... 96

3.2.6 Princípio da boa fé objetiva no Direito de Família..... 100

3.2.7 Princípio do não retrocesso social aplicado às relações familiares: uma análise à luz do "Estatuto da Família"..... 105

3.3 Conceito contemporâneo de família..... 109

3.4 A Pluralidade de Entidades Familiares..... 115

3.4.1. A afetividade como elemento constitutivo e integrante das famílias contemporâneas..... 116

3.4.2 Espécies de família..... 120

3.4.2.1 Casamento..... 120

3.4.2.2 União Estável..... 122
3.4.2.3 Família monoparental..... 126
3.4.2.4 Família anaparental..... 127
3.4.2.5 Família Mosaico ou plurilateral..... 130
3.4.2.6 Família homoafetiva..... 131
3.4.2.7 Família simultânea ou paralela..... 135

CAPÍTULO 4 - O POLIAMOR: os direitos e entraves das famílias poliafetivas..... 143
4.1 Poliamor: contextualização, gênese, conceito, espécies e filosofia..... 143
4.1.1 A Gênese do Poliamor..... 145
4.1.2 Conceito de poliamor..... 149
4.1.3 Espécies de poliamor..... 151
4.1.4 Filosofia Poliamorista..... 153
4.1.4.1 O Poliamor na concepção de seus adeptos..... 159
4.1.5 O Poliamor e a poliafetividade..... 161
4.2 A monogamia e o Direito das Famílias..... 164
4.2.1 A gênese da monogamia..... 164
4.2.2 A monogamia como valor..... 167
4.3 A não monogamia como hipótese de formação da família poliafetiva.... 174
4.4 A validade da escritura pública de União Civil Poliafetiva..... 182
4.4.1 A situação jurídica das uniões civis poliafetivas realizadas no Brasil..... 189
4.4.2 Recente posicionamento do CNJ em relação às escrituras públicas de união civil poliafetivas..... 193
4.5 A família poliafetiva e o casamento..... 195

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 198

REFERÊNCIAS..... 209

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito das Famílias, dentre as demais vertentes do direito, é o mais próximo do ser humano, notadamente, porque, de modo geral, as pessoas iniciam a promoção da sua dignidade, e, consequentemente, o desenvolvimento da sua personalidade, no âmbito da organização familiar. Pode-se afirmar que o início e o fim de tudo acabam ocorrendo na família, daí a sua importância e essencialidade.

A sociedade evoluiu e a família, ao longo da história da humanidade, vem passando por profundas transformações, desde o estado primitivo até a pós-modernidade, mutações constantes que acompanham a complexidade do ser humano. Até bem pouco tempo, a família era constituída apenas por meio do casamento, definido pela união de homem e mulher com objetivo único a procriação - perpetuação da família, concentração e transmissão do patrimônio. A mulher era subjugada e a felicidade dos integrantes da família posta em segundo plano.

No entanto, o progresso social, econômico e tecnológico, a industrialização, a emancipação da mulher e a valorização da autonomia da pessoa humana, ao longo do tempo, enfraqueceram o modelo multissecular patriarcal, sacramental, hierárquico e exclusivamente matrimonial, abrindo espaço para tutela dos arranjos familiares instrumentais, em que cada membro precisa ser considerado em si mesmo, ainda que em detrimento da instituição familiar.

Seguindo essa linha progressista, a Constituição da República de 1988 inaugura, no Brasil, o paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado nos princípios e regras que visam promover a dignidade humana, desconstruindo, assim, os valores da instituição familiar tradicional, sacramental e excludente, cuja essência pouco se importava com a dignidade de seus membros.

O legislador constituinte, com o objetivo de por fim às desigualdades históricas no âmbito familiar, reconheceu o valor jurídico da dignidade, as liberdades e garantias da mulher, a igualdade entre os cônjuges e filhos, lançando uma nova visão jurídica de família, já vivenciada pela sociedade. Concepções abertas, plurais e eudemonistas foram inseridas no núcleo familiar e a dignidade dos seus integrantes eleva-se à categoria de garantia individual constitucional, que deve ser promovida pelo Estado Brasileiro.

Certo é que, ao tratar expressamente sobre normas de cunho essencialmente privado, o texto constitucional impôs um abalo na estrutura das instituições do Direito das Famílias, até então, individualista e patrimonialista – fenômeno denominado Constitucionalização do

Direito Civil, que determinou, efetivamente, a humanização do direito das famílias, como forma de acolher a realidade social existente no Brasil.

A entidade familiar tradicional proveniente do casamento, única protegida até então, foi sucumbida pela possibilidade de reconhecimento de novas espécies de entidades familiares, fundamentadas no afeto dos seus participantes, e, a família, como tudo regido pelo Direito, passa a ser funcionalizada, utilizada como meio instrumental para o pleno e livre desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Por meio da consagração constitucional do princípio da pluralidade das entidades familiares, privilegiou-se a autonomia privada, concedendo às pessoas a legitimidade para escolher novas formas de relacionamentos íntimos amorosos, dentre os quais se destaca a poliafetividade, tema central da presente tese.

Classificada como o novo fenômeno social, a família poliafetiva compreendida, neste estudo, como sendo um vínculo jurídico, conjugal em sentido amplo, não-monogâmico, pautado pela honestidade, transparência, solidariedade e afeto, em que três ou mais pessoas se juntam com o objetivo de construir família, tem sido discriminada, principalmente, por aqueles que enaltecem a monogamia como um princípio obrigatório estruturante das relações familiares.

No entanto, considerando-se que a sociedade vem se transformando dinamicamente e as relações fáticas ocorrem independentemente da existência do direito regulamentador, as famílias poliafetivas, em contraponto ao desejado sistema monogâmico, têm se constituído normalmente e seus membros ficado à margem de regulamentação do direito das famílias.

Diante desse contexto fático, como ignorar os efeitos jurídicos advindos das famílias poliafetivas, se o rompimento ou falecimento de um de seus integrantes, já começam a gerar controvérsias no Judiciário brasileiro? Sendo todas as famílias institucionais, reconhecidas pelo Estado, fundadas na afetividade e solidariedade, por que as famílias poliafetivas, que apresentam a mesma característica, não merecem proteção do Direito das Famílias?

Não há como fechar os olhos para uma realidade pré-estabelecida, ainda que minoritária. A ausência de regras próprias e a imposição da monogamia não podem se prestar excluir o direito à paternidade/maternidade, guarda dos filhos, alimentos e direitos sucessórios dos integrantes da família poliafetiva. Afinal, a promoção da dignidade humana no ambiente familiar é direito de todos.

Nesse diapasão, propõe-se, por meio de um estudo exploratório bibliográfico, demonstrar a possibilidade de reconhecimento da família poliafetiva, pela simples incidência

dos princípios jurídicos contemporâneos, cujo cerne determina uma interpretação humanizada e sistemática do Direito Civil.

Quanto ao tema, ainda não se tem posicionamento jurisprudencial, no que diz respeito ao reconhecimento do poliafetividade como entidade familiar, mas tão somente situações jurídicas fáticas, que começam a desembocar nos tribunais.

Contextualizado o tema, passa-se a expor os passos seguidos na presente tese.

Em primeiro plano, apresenta-se um singelo estudo sobre origem da família, desde os tempos primitivos até os atuais, perpassando, em especial pelas feições inseridas em determinado contexto histórico, a fim de evidenciar as influências histórico-sociais e econômicas na transformação familiar pós-moderna, investigando, ainda, a origem da monogamia nas relações familiares.

Seguindo a linha de evolução da família, no capítulo seguinte, mostra-se oportuno apontar os contornos contemporâneos da família, abordando os princípios afetos ao Direito das Famílias pós-moderno, o conceito contemporâneo de família, cujo conteúdo propiciou o surgimento das novas espécies de arranjos familiares, fruto da cláusula inclusiva eudemonista, que serão tratadas de forma individual e exemplificativa.

O próximo passo se refere à abordagem do fenômeno social do poliamor, de modo que se retrata a sua gênese, o conceito, as espécies e a filosofia de vida, para, em seguida, afastar o argumento de que a monogamia fosse um princípio impeditivo para o reconhecimento da entidade familiar poliafetiva.

Pretende-se, no quarto capítulo, por fim, demonstrar que o poliamor qualificado pelos atributos de família merece tutela específica, sendo a escritura pública de União Estável Poliafetiva um dos meios legítimos para formalizar a entidade familiar que envolve a poliafetividade. Será evidenciada, ainda, a situação jurídica das uniões civis poliafetivas realizadas no Brasil, bem como o recente posicionamento do CNJ, em relação às escrituras públicas de união civil poliafetivas.

Em síntese, o que se pretende é garantir, por meio da simples aplicação dos princípios jurídicos contemporâneos, o direito individual fundamental de constituir livremente uma família, às pessoas que optam pelo desenvolvimento da sua personalidade em um núcleo com múltiplos membros.

CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

O legislador não cria a família, como o
jardineiro não cria a primavera
Zeno Veloso

O estudo sobre a família poliafetiva, inicialmente, nos remete a uma breve reflexão sobre a transformação da entidade familiar ao longo da história. Não há como ignorar que a ciência é eternamente desafiada por novas situações o que nos leva a quebra dos paradigmas, marcando o choque entre teorias, que cedem lugar a novas idéias. A renovação é o momento que a pós-modernidade representa e a família poliafetiva, tema desta tese, se insere em tal realidade.

A família pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano e sua estrutura vem gradativamente se modificando ao longo da história da humanidade. Para melhor entender essa alteração finalística, faz-se necessário retroagir no tempo para explicitar algumas passagens, que possibilitam demonstrar que o direito está sempre acompanhando as novas realidades sociais, objetivo que se persegue nesse estudo.

Michelle Perrot, historiadora francesa, bem afirma: "a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas" (PERROT, 1993, p. 75) e Elizabete Dória Bilac complementa "a variabilidade histórica da instituição família desafia qualquer conceito geral (BILAC, 2000, p. 31), tudo porque "as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 04).

Sendo assim, o estudo do momento histórico e cultural no qual a família está inserida mostra-se fundamental para o seu entendimento. Partindo de tal premissa, far-se-á uma análise histórica da instituição familiar, desde os povos primitivos até os tempos pós-modernos, sobretudo, com o objetivo de investigar a verdadeiro papel da monogamia nas relações familiares.

2.1 A família primitiva

No século XIX, Marx e Engels foram os pensadores que mais contribuíram para o desvendamento da verdadeira origem da família. Nesse aspecto, fato determinante foi à publicação, em 1884, do livro "A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado", obra escrita por Friedrich Engels, a qual descreve "a formação da sociedade moderna calcada na propriedade privada, na produção, no comércio e no poder do Estado" (ENGELS, 1984, p. 07). Esclareceu o tradutor que "o livro de Engels se baseia em grande parte em pesquisas e publicações do cientista americano e historiador da sociedade primitiva, Lewis H. Morgan (1818-1881)" (ENGELS, 1984, p. 08).

Certo é que, partindo do método do materialismo histórico, o qual explica a evolução das relações humanas por meio de fatos materiais, Engels inaugura, no século XIX, um debate sobre a história da entidade familiar, obra que continua sendo referência obrigatória para aqueles que pretendem investigar a formação da família e do Estado moderno.

Consoante à concepção materialista, a produção e reprodução da vida imediata são fatores decisivos na história, isto é, de um lado há a produção de meios de subsistência e de outro, a produção do homem, como continuação da espécie (ENGELS, 1984, p. 2). As fases de desenvolvimento humano acompanham os progressos obtidos na produção dos meios de existência. Para Engels, "a ordem social em que vivem os homens de determinada época ou determinado país está condicionada por duas espécies de produção: pelo grau de desenvolvimento do trabalho, de um lado, e da família, de outro" (ENGELS, 1984, p. 07/08).

Nesse sentido, Luciana Marcassa afirma que os estágios definidos por Morgan, para introduzir uma ordem dos fatos na pré-história da humanidade, quais sejam: estágio selvagem, barbárie e civilização, influenciaram o desenvolvimento humano, e, por conseguinte, as formas de constituição de família. A autora discorre que:

> O princípio materialista contido na obra de Morgan, segundo Engels, é o que fundamenta a compreensão de que as fases de desenvolvimento humano acompanham os progressos obtidos na produção dos meios de existência, ou seja, as épocas de progresso no desenvolvimento da humanidade coincidem com a ampliação das fontes de existência.
> Este é o princípio que permite a Morgan estabelecer e classificar, pioneiramente, os estágios pré-históricos de cultura, que são basicamente três: 1) Estado Selvagem: período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para ser utilizados, sendo as produções artificiais do homem destinadas a facilitar essa apropriação; 2) Barbárie: período em que aparecem a criação de gado e a agricultura, com o início do incremento da produção, a partir da natureza, pelo trabalho humano; 3) Civilização: período que se inicia com a fundição do minério de

> ferro e a invenção da escrita alfabética, em que o homem amplia e complexifica a elaboração dos produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte (MARCASSA, 2016).

Em relação às duas primeiras épocas, Estado Selvagem e Barbárie, Morgan adotou as subdivisões de "fases inferior, média e superior", ao passo que a civilização apenas esclareceu o modo de sua passagem (ENGELS, 1984, p. 21).

Homens vivendo em árvores consumindo frutos, nozes e raízes faziam parte da realidade da fase inferior do Estado Selvagem, que teve como principal progresso "a formação da linguagem articulada" (ENGELS, 1984, p. 22).

Na fase média do Estado Selvagem, dois fenômenos complementares se iniciaram o emprego do fogo e o aproveitamento de peixes, incluídos, os crustáceos, moluscos e outros animais aquáticos. "O peixe servia de alimentos por meio do fogo", fato que facilitou a migração e disseminou povoamentos no curso dos rios e costas. Nessa fase, o fogo possibilitou a obtenção de novos meios de alimentação e a invenção das primeiras armas fez com que a caça fosse suplemento eventual (ENGELS, 1984, p. 22/23).

Com o surgimento do arco e flecha, na fase superior do Estado Selvagem, a caça se tornou um alimento regular do homem. Encontram-se indícios de fixação de residência do homem em aldeias, bem como "certa habilidade na produção de meios de subsistência, vasos e utensílios de madeira, o tecido à mão (sem tear) com fibras de cortiça, cestos de cortiça ou junco trançados, instrumentos de pedra polida (neolíticos)" (ENGELS, 1984, p. 23).

Ademais, o autor ainda afirma que a forma de família existente no Estado Selvagem era o casamento por grupos, todavia, oportuno mencionar a promiscuidade que lhe antecedeu. Primitivamente, na perspectiva do autor, existiu um período em que os relacionamentos eram pautados pela promiscuidade em que homens e mulheres pertenciam uns aos outros indistintamente (ENGELS, 1984, p. 23).

O homem primitivo encontrava-se totalmente subordinado à natureza. Assim, inexistia relacionamento afetivo entre um homem e uma mulher – a relação era estabelecida para melhores condições de sobrevivência. Friedrich Engels, calcando-se nas teorias de Morgam e MacLennan, identificou na família primitiva, portanto, um estágio inicial de promiscuidade, em que todas as mulheres pertenciam a todos os homens do grupo familiar. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que o integravam e a eventual procriação eram atos meramente intuitivos. Dada a essa promiscuidade, não era possível identificar o pai da prole, a família tinha caráter matriarcal, em face da exclusiva filiação feminina, ou seja, sabe-se quem é a mãe (ENGELS, 1984, p. 15).

Cristiano Chaves de Farias afirma que “não existe dúvida de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos” (FARIAS, 2007, p. 01).

A instituição familiar é, portanto, mais antiga que o Estado, a religião e, conseqüentemente, anterior ao Direito. Euclides Oliveira segue a mesma linha ao afirmar:

> primeira e principal forma de agrupamento humano, a família preexiste à própria organização jurídica da vida em sociedade, por isso lhe dá origem, sendo considerada à célula mater de uma nação. Sua formação decorre, primordialmente, das regras do direito natural, até mesmo pelo fenômeno instintivo da preservação e perpetuação da espécie humana (OLIVEIRA, 2003, p. 23).

Orlando Soares (1999, p.03) também defendia a existência de um grande período de promiscuidade vivido na Antiguidade. No entanto, percebe-se que tal promiscuidade é controversa. Rodrigo da Cunha Pereira não acredita que neste dado momento histórico, “cada mulher pertencia a todos os homens e cada homem a todas as mulheres” (PEREIRA, 2003, p.15). O jurista afirma que existiu uma relação de parentesco diferente na época narrada, reconhecendo, por outro lado, que havia pouco mais de liberdade, contudo, sem atingir o nível da promiscuidade.

Aderindo à doutrina contrária à tese da promiscuidade, Caio Mário da Silva Pereira contesta tais “afirmações generalizadas”, por considerá-las fatos isolados, que “afrontam os mais vivos impulsos da natureza humana”, a ideia exclusivista do ser humano (PEREIRA, 2009, p. 27). Entende não ser possível afirmar que o núcleo familiar dos povos “primitivos naturais” foi assentado em relações promíscuas, sobretudo, baseando-se em registros históricos, em que se mostra evidente o caráter predominantemente monogâmico e patriarcal da família (PEREIRA, 2009, p. 27).

Em suma, Caio Mário da Silva Pereira (2009) defende que os tabus, impedimentos e exclusividade são características inerentes à essência humana, circunstâncias que, por si só, afastariam a hipótese de promiscuidade.

Claude Lévi-Strauss, Kathleen Gough e Melford Spiro afirmam que “[...] a origem da família não deixa de ser tema de mera especulação” (STRAUSS, GOUGH & SPIRO, 1980, p. 47) e complementam “[...] pouco sabemos acerca do tipo de organização social que prevaleceu nas primeiras etapas da humanidade” (STRAUSS: GOUGH; SPIRO, 1980, p. 15).

Por seu lado, Pontes de Miranda (2001) aponta três teorias que explicitam a origem da família: “a teoria da monogamia originária, a teoria da promiscuidade primitiva e a teoria das uniões transitórias” (MIRANDA, 2001, p. 62).

A teoria da monogamia originária, desenvolvida por etnólogos e zoólogos, incluindo Charles Darwin (1809 – 1882), Edvard Westermarck (1862 – 1939), Ernst Grosse (1862 – 1927), Zeigler, dentre outros, defende que a monogamia seria decorrente do amor mútuo entre os cônjuges e entre os pais e filhos, denominado “dados psicológicos irresistíveis”, impulsos instintivos inerentes à espécie humana, que ensejam a união entre homem e mulher. Tal teoria comete, contudo, um equívoco, ao desconsiderar o aspecto sexual, o qual incute no homem o desejo de variar, a atração pela novidade, que, caso fosse observada, enfraqueceria seus fundamentos (MIRANDA, 2001, p. 63).

Para tratar da teoria da promiscuidade primitiva, Pontes de Miranda (2001) cita os sociólogos Spencer e Durkheim, como seus adeptos e discorre que o estágio inicial da família correspondia ao período em que homens se relacionavam com as mulheres, independentemente da forma (MIRANDA, 2001, p. 65).

Para finalizar a perspectiva do autor, levando a efeito a premissas sociológicas de algumas espécies animais, desenvolveu-se a teoria das uniões transitórias, pela qual o homem e a mulher permaneciam juntos apenas por algum tempo após o nascimento do filho ou afastamento deste. A teoria sugere que as relações originais entre homem e mulher se devem à procriação e, após o nascimento do filho, eles permaneciam juntos por algum tempo, a exemplo de certas espécies de animais. Contudo, a teoria se mostra enfraquecida no tocante ao fato de existirem certos grupos de animais em que o casal continua unido mesmo após a procriação e o afastamento da prole (MIRANDA, 2001, p. 65)

Conclui-se, pois, que a teoria da promiscuidade primitiva como base da origem da família encontrou mais adeptos entre os cientistas sociais, sobretudo, pelos indícios de que as famílias primitivas se formaram a partir de uma atração natural entre os sexos e sendo assim, retoma-se a perspectiva adotada por Engels.

Todavia, a despeito de posicionamentos contrários apresentados, Engels defende, de forma lógica, a existência do estado primitivo de promiscuidade, acrescentando que dele formaram-se, gradativamente, as famílias consangüíneas, punaluanas, sindiásmicas e monogâmicas (ENGELS, 1984).

Menciona que o matrimônio em grupos, feição de família do Estado Selvagem, desaguou-se nas famílias consangüíneas e punaluanas. Diz, ainda, que “a família consangüínea é a primeira etapa da família. Nela, os grupos conjugais classificam-se por

gerações: todas as avós e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos" (ENGELS, 1984, p. 37). Nessa espécie de família:

> Os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs, e por isso mesmo maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, nesse período, a relação carnal mútua (ENGELS, 1984, p. 37-38).

Enquanto precursora, a família consanguínea apresentou como principal característica a classificação dos grupos conjugais por gerações, excluindo do regime matrimonial, apenas os ascendentes e descendentes, os pais e filhos. Irmãos e irmãs, primos e primas casavam-se entre si (ENGELS, 1984).

Da evolução da família consangüínea, surgiu a punaluana, designação advinda do termo "punalua", companheiro íntimo (ENGELS, 1984). Nesse tipo de organização familiar proibiu-se a união sexual entre irmãos carnais. Segundo Engels, "o primeiro progresso na organização da família consistiu em excluir os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, o segundo foi a exclusão dos irmãos", fenômeno que foi ocorrendo pouco a pouco, iniciando pelos irmãos uterinos (por parte de mãe), terminando pela proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais (ENGELS, 1984, p. 39).

A família punaluana, portanto, emerge como forma de impedimento do casamento entre irmãos, em primeiro lugar os irmãos por parte de mãe, até a proibição do casamento entre primos. As mulheres ou grupos de irmãs formavam um núcleo de uma comunidade e seus irmãos carnais outro. Surge a categoria de sobrinhos e sobrinhas, primos e primas (ENGELS, 1984).

Ademais, destaca-se que, na família punaluana, a descendência era estabelecida somente pela linhagem materna, "apenas a mãe era certa", por ser desconhecido o pai, as relações de herança existentes na época provinham do direito materno. O incesto, gradativamente, começa a ser proibido, fazendo com que a sociedade se desenvolvesse mais rápido. O matrimônio estava ainda em seu início (ENGELS, 1984, p. 46-47).

Segundo Antônio Carlos Malheiros, nesta fase, buscava-se a formação dos grupos e da descendência pelo ramo materno, vários grupos de parentes ligados pelo vínculo maternal vieram edificar as primeiras *gens*, as primeiras famílias gregas, que se desenvolveram no sistema punaluana (MALHEIROS, 2002).

Diversamente da punaluana, a família sindiásmica caracteriza-se pela extinção do matrimonio grupal. Nessa forma de organização familiar já se formavam uniões por pares de duração mais longa. Estágio marcado pelo matriarcado, “habitualmente, as mulheres mandavam na casa” (ENGELS, 1984, p. 51). Em caso de separação dos pais os filhos ficaram sempre com a mãe. A proibição do incesto dificultava os casamentos em grupos. Sobre esse aspecto, Engels explicita:

> Com a crescente complicação das proibições de casamento, tornaram-se cada vez mais impossíveis as uniões por grupos, que foram substituídas pela família sindiásmica. Neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se em facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe (ENGELS, 1984, p. 49).

Exigia-se fidelidade apenas da mulher, sob pena de castigo severo em caso de adultério. Enquanto os homens tinham direito à poligamia e infidelidade, as mulheres deveriam ser fiéis. Fato é que esta formação de família reduziu o número de mulheres com as quais um homem podia se relacionar, levando-o, muitas vezes, ao “matrimônio por rapto”, “matrimônio por compra” ou “matrimônio arranjado com o consentimento da mãe” (ENGELS, 1984, p. 50).

A família sindiásmica foi marcada, sobretudo, pelo matriarcalismo. A mulher exercia maior poder no interior da família, pois definia as relações sanguíneas, escolhia o pai de seus filhos e eram as verdadeiras senhoras do lar, responsáveis pelos encargos da família, afigurando-se como a grande força dentro dos clãs. (ENGELS, 1984, p. 51).

Engels demonstra, com isso, que as mulheres nem sempre foram submissas aos homens. Até mesmo sua sexualidade era mais respeitada, em eventos ou cerimônias em templos, a mulher poderia escolher seu parceiro sexual (ENGELS, 1984, p. 51). A mulher até a fase do matrimônio sindiásmico gozava de grande e respeitosa autoridade.

Seguindo a linha de Morgan, Engels destacou que:

> Há três formas principais de casamento que correspondem aproximadamente aos três estágios fundamentais da evolução humana. Ao estado selvagem corresponde o matrimônio por grupos; à barbárie, o matrimônio sindiástico; e à civilização corresponde à monogamia com seus complementos: o adultério e a prostituição (ENGELS, 1984, p. 56).

Fato é que o poder feminino perde a força, em razão de fatos ocorridos no velho mundo. A criação de gado e o desenvolvimento das atividades agrícolas implicaram o surgimento de novas riquezas, bem como da propriedade particular. Quanto mais aumentava a riqueza mais importante se tornava a posição do homem em relação à mulher (ENGELS, 1984).

Nessa perspectiva, emerge a figura do "pai", chefe da casa, responsável pela alimentação e pelo sustento de sua família, "proprietário dos seus por seus rebanhos por direito próprio, por ser o chefe de uma comunidade familiar, ou em virtude de seu caráter de chefe hereditário de uma gens" (ENGELS, 1984, p. 57).

Com isso, o direito materno cede lugar à "filiação masculina e o direito hereditário paterno" (MARX, ENGELS & LENIN, 1980, p.15). O homem se torna o "senhor" da família patriarcal e de suas posses, fazendo de seus filhos herdeiros de seus bens. (ENGELS, 1984).

Claramente, nota-se que o homem utilizou de seu poder para suprimir a mulher, retirando-lhe o direito materno e todas as regalias da filiação feminina. Consoante Engels:

> O desmoronamento do direito materno, a grande derrota história do sexo feminino em todo o mundo. O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução (ENGELS, 1984, p. 61).

O autor socialista tinha plena consciência do significado social e político da reversão do direito materno, tanto é assim que tratava a circunstância como à grande derrota histórica do sexo feminino. O homem passou a governar a casa e a mulher se tornou escrava de seu prazer, um mero instrumento de reprodução. Por seu lado, os filhos passaram a ter a garantia da herança de seu pai.

A família monogâmica se apoiava na solidez dos laços conjugais. Em regra, só os homens podiam repudiar sua esposa, rompendo a relação. A infidelidade conjugal masculina era tolerada, desde que o homem não levasse outra mulher para a sua casa, ao passo que a mulher se assim o fizesse seria rigorosamente castigada. Não se baseava em condições naturais como a família primitiva, ao revés, valorizava a questão econômica, a propriedade privada, a qual, naquele período, era relacionada à criação de rebanhos, ou seja, sendo o homem proprietário da criação, tornou-se mais importante e poderoso que a mulher. No entanto, exigia a fidelidade para garantir a legitimidade dos filhos em face de sua herança.

Do ponto de vista materialista de Morgan, o patriarcalismo é o ponto principal da evolução da família sindiásmica para a monogâmica, aquela que nasce "no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie" (ENGELS, 1984, p. 66).

Contudo, a monogamia não sobreveio do amor e vontade do homem e a mulher, mas sim da submissão de um sexo ao outro, estimulando-se, assim, um conflito entre os sexos, até então desconhecido. O predomínio do homem teve por finalidade precípua a paternidade inquestionável, fazendo de seu filho herdeiro certo, circunstância que o deixava satisfeito com a instituição do patriarcalismo. Por outro lado, há a situação da mulher, que, no estágio primórdio, relacionava-se em grupos, e por ora estava oprimida pela imposição da monogamia, acoplada da infidelidade conjugal masculina. A Família Monogâmica, segundo Engels:

> De modo algum foi fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinha em comum, já que os casamentos antes, como agora, permaneceram casamentos de conveniência. Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva originada espontaneamente. Os gregos proclamavam abertamente que os únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação dos filhos que só pudessem ser seus para dele herdar. Quanto ao mais, o casamento era para eles uma carga, um dever para com os deuses, o Estado e seus antepassados, dever que estavam obrigados a cumprir. [...] A monogamia, portanto, não aparece na história como uma reconciliação entre homem e mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história (ENGELS, 1984, p. 70).

Marx e Engels, em manuscrito inédito, redigido em 1846, defenderam que “a primeira divisão do trabalho é a que se fez entre homem e mulher para a procriação dos filhos” (ENGELS, 1984, p. 70).

Desse modo, fica patente que a antiga liberdade sexual foi, aos poucos, sendo substituída pela monogamia, gerando uma sociedade essencialmente hipócrita, pois trouxe junto com ela o heterismo, definido por Engels como sendo “as relações extraconjugais – existentes junto com a monogamia – dos homens com mulheres não casadas” (ENGELS, 1984, p. 72), mantendo, com isso, a liberdade.

Juntamente com a valorização da propriedade, na fase superior da bárbarie, surge, gradativamente, o trabalho assalariado e escravo, ao mesmo tempo, a prostituição das mulheres livres e forçada das escravas. O heterismo, até então, era condenado apenas em relação às mulheres, consolidando-se, assim, a supremacia absoluta do homem sobre o sexo feminino.

Engels aponta a segunda contradição decorrente da monogamia, o marido utilizava do heterismo, enquanto a mulher se achava abandonada, surgiram, então, duas figuras sociais ironizadas pelo autor, a amante do homem casado e o marido traído:

> Os homens haviam conseguido vencer as mulheres, mas as vencidas se encarregaram, generosamente, de coroar a fronte dos vencedores. O adultério, proibido e punido rigorosamente, mas irreprimível, chegou a ser uma instituição social inevitável, junto à monogamia e ao heterismo. No melhor dos casos, a certeza da paternidade baseava-se agora, como antes, no convecimento moral, e, para resolver a insolúvel contradição, o Código de Napoleão dispôs em seu art. 312: 'L" enfant conçu pedant Le mariage a pour père Le mari'. O filho concebido durante o matrimônio tem por pai o marido'. Este é o resultado de três mil anos de monogamia (ENGELS, 1984, p. 73).

Importante enfatizar que Engels escreveu estas palavras em 1884, quando a monogamia-patriarcal reinava quase absoluta no mundo. Contudo, a família monogâmica não se revestiu de forma rígida, como entre os gregos, em todos os lugares e épocas, nesse aspecto, ressalta o autor que a mulher era mais livre entre os romanos, haja vista que podia romper o matrimônio a sua vontade, tal como o homem (ENGELS, 1984).

No Direito Romano, a família era organizada sob o princípio da autoridade, na qual servos, esposa e filhos deviam submissão ao *pater familias*. César Fiúza bem explica:

> Tanto na cultura grega quanto em sua continuadora, a cultura romana, a idéia de família era bastante diferente da atual. Para os nossos antepassados culturais, a família era corpo que ia muito além dos pais e dos filhos. [...] O *pater-famílias* era, assim, o senhor absoluto da domus. Era o sacerdote que presidia o culto dos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados, era o administrador que comandava os negócios da família. Com o passar dos tempos, o poder desse *pater-famílias* deixou de ser tão absoluto. Não obstante, a estrutura familiar continuou sendo extremamente patriarcal (FIUZA, 2008, p.943).

A família romana apresentou uma formação diferenciada por agregar, sob o consentimento do *pater famílias*, pessoas estranhas ao nicho familiar (LUZ, 1996). Caio Mário confirma este poder de gestão da família do *pater* afirmando que "o *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz" (PEREIRA, 2009, p. 27).

A entrada dos germânicos na história alterou consideravelmente a monogamia. As mulheres, entre os germanos eram consideradas e exerciam influência até nos assuntos públicos – fato contrário à supremacia masculina da monogamia. Assim, a nova monogamia resultante da mistura dos povos, trouxe o maior progresso moral: "o amor sexual individual moderno, anteriormente desconhecido no mundo" (ENGELS, 1984, p. 74-75).

O casamento burguês assumia duas feições. Nos países católicos, imperava "o heterismo exuberante por parte do homem e adultério exuberante por parte da mulher", todavia, a Igreja Católica aboliu o divórcio reconhecendo que "não há remédio contra o adultério". Nos países protestantes, diversamente, o amor era a base do matrimônio, sendo

concedido ao filho do burguês a liberdade de procurar uma mulher dentro de sua classe. O marido não praticava o heterismo de maneira tão freqüente e a infidelidade da mulher era mais rara. Engels cita como exemplo destes matrimônios "a novela francesa, para a Meira católica; a novela alemã, para a protestante", enfatizando que, em ambos os casos, "o matrimônio baseia-se na posição social dos contraentes e, portanto, é sempre um matrimônio de conveniência" (ENGELS, 1984, p. 76-77).

Fato interessante é que o direito burguês, o qual protegia a supremacia masculina, só existia para as classes abastadas e para regular as relações destas com os proletariados. Por força da pobreza do operário, este não desempenhava tal papel superior junto à sua mulher, sobretudo, porque a grande indústria arrancou-a do lar para atirá-la no mercado de trabalho, convertendo-a, muitas vezes, em "sustentáculo da família" (ENGELS, 1984, p. 78).

Tal circunstância afastou a supremacia masculina do lar proletário, excluindo, inclusive, "a brutalidade no trato das mulheres, muito arraigada desde o estabelecimento da monogamia" e conclui, "o matrimônio proletário é monogâmico no sentido etimológico da palavra, mas de modo algum em seu sentido histórico" (ENGELS, 1984, p. 78).

O primeiro passo em direção à emancipação – e não o último, seria a incorporação da mulher ao trabalho produtivo. Para Engels e Marx:

> A emancipação da mulher e sua equiparação ao homem são e continuarão sendo impossíveis, enquanto ela permanecer excluída do trabalho produtivo social e confinada ao trabalho doméstico, que é um trabalho privado. A emancipação da mulher só se torna possível quando ela pode participar em grande escala, em escala social, da produção, e quando o trabalho doméstico lhe toma apenas um tempo insignificante (ENGELS, 1984, p. 182).

Como se observa, o capitalismo iniciou a revolução democrática, mas, por outro lado, legitimou a diferença entre os sexos. Não há como ignorar que a feição monogâmico-patriarcal tenha sido uma forma de dominação sofrida pela mulher, que nasceu justamente da concentração das grandes riquezas nas mesmas mãos dos homens, somada ao desejo de transmiti-las aos filhos por meio de herança. Assim, "a preponderância do homem no casamento é uma simples conseqüência da sua preponderância econômica e desaparecerá com esta" (MARX, ENGELS, LENIN, 1980, p. 24-25).

Ademais, Engels afirma que "a libertação da mulher exige, como primeira condição, a reincorporação de todo o sexo feminino à indústria social, o que, por sua vez, requer a supressão da família individual enquanto unidade econômica da sociedade" (ENGELS, 1984, p. 81).

Enfim, verifica-se que da sucessão de famílias até então abordadas, quais sejam: matrimônio por grupos, famílias consangüíneas, punaluanas, sindiásmico e monogâmica foi "se retirando cada vez mais das mulheres (mas não dos homens), a liberdade sexual inerente ao matrimônio por grupos" (ENGELS, 1984, p. 81).

A legislação progressista da época reconhecia, gradativamente, o contrato de matrimônio, que, para ser válido, teria de ser firmado livremente por ambas as partes, pressupondo direitos iguais entre elas. Todavia, era considerada na época apenas a igualdade formal, sem levar em conta a diferença econômica patente entre as classes, que ensejava a renuncia de direitos.

Para o pensador socialista, a superação desta situação fática da opressão da mulher passaria, necessariamente, por uma revolução social, capaz de transformar os meios de produção e a riqueza por eles produzida em propriedade social. Desse modo, o processo emancipatório se relacionaria com a eliminação da propriedade privada dos meios de produção e pelo fim da exploração do homem pelo homem. Somente uma profunda revolução social, de caráter socialista, poderia limpar o terreno para que a libertação da mulher pudesse, finalmente, ser completada (ENGELS, 1984).

É fato que a emancipação das mulheres exige dura e prolongada luta de idéias no interior da sociedade, inclusive, depois da revolução socialista. A emancipação, ao contrário do que defendeu Engels, não é o resultado apenas do processo de expropriação dos principais meios de produção das mãos da burguesia, mas sim pelo reconhecimento de igualdade entre os sexos.

Engels acreditava que, na sociedade de comunista futura, a monogamia deveria assumir nova qualidade, tornando-se, enfim, "uma realidade – também para o homem", uma monogamia assentada na plena igualdade e liberdade entre os sexos. "Quando os meios de produção passarem a ser propriedade comum, a família individual deixará de ser unidade econômica da sociedade" (ENGELS, 1984, p. 82).

Sintetizando, a família monogâmica revestiu-se de disparidade de direitos entre homens e mulheres, por vários fatores: a infidelidade era consentida apenas aos homens, ao passo que a mulher cabia rigorosa castidade e fidelidade conjugal; a escolha pela dissolução da sociedade conjugal era atributo exclusivo do homem; e, a possibilidade de repúdio à mulher, em caso de inobservância dos deveres matrimoniais, sobretudo, de castidade e fidelidade (ENGELS, 1984).

Todas estas circunstâncias, conforme já dito, justificam a tese de Engels de que tal forma de relacionamento propiciou a primeira opressão de classes, com opressão do sexo feminino pelo masculino.

Após pertinentes questionamentos acerca da monogamia e seus efeitos, Engels expõe um elemento novo: o amor sexual individual, desconhecido até a Idade Média. Na antiguidade, os pais combinavam os casamentos, demonstrando que o amor conjugal era um dever objetivo e não subjetivo, "não é a base, e sim o complemento do matrimônio. O amor, no sentido moderno da palavra, somente se apresenta na antiguidade fora da sociedade oficial" (ENGELS, 1984, p. 83).

Com a chegada da Civilização, que se inicia pelo progresso da divisão do trabalho, senão vejamos: no período inicial, os homens produziam apenas para as suas necessidades diretas; as trocas reduziam-se a casos isolados e tinham por objeto os excedentes. Na fase média da barbárie, defronta-se com a propriedade em forma de gado, entre os povos pastores, têm-se os rebanhos, com produção excedente sobre o consumo próprio; ao mesmo tempo, verifica-se uma divisão do trabalho entre os povos pastores e as tribos mais atrasadas, aquelas que não tinham rebanhos; e daí dois diferentes graus de produção coexistindo, o que implica em condições para certa regularidade de troca (ENGELS, 1984).

A fase superior da barbárie, por sua vez, traz uma divisão ainda maior do trabalho entre a agricultura e o artesanato. A produção cada vez maior de objetos fabricados e a elevação da troca entre produtores individuais consolidam-se na civilização e aumenta as divisões do trabalho já existentes, acentuando, sobretudo, o contraste entre a cidade e o campo. Surgiu, assim, uma classe que não se ocupa da produção e sim, exclusivamente, da troca dos produtos: os comerciantes.

Ao lado da riqueza em mercadorias e escravos, da riqueza em dinheiro, aparece a riqueza em terras. A terra também poderia ser transformada em mercadoria, introduzindo-se a propriedade privada da terra, ou na linguagem de Marx, a propriedade fundiária. Essas mudanças na economia e na divisão social do trabalho criam novas necessidades e interesses opostos à ordem da *gens*, que veio e ser substituída pelo Estado, caracterizado, pelo agrupamento dos seus súditos de acordo com uma divisão territorial.

Desse modo, observa-se que a civilização, alicerçada na propriedade privada dos meios de produção, na família monogâmica e no Estado, representou o auge do desenvolvimento.

Assim, a partir de uma investigação bibliográfico-histórica, foi possível perceber que os primeiros agrupamentos sociais não se constituíram como família nos padrões organizacionais hodiernamente existentes.

Conquanto não haja consenso em torno dos acontecimentos no período primitivo, demonstrou-se que os primeiros grupos sociais eram baseados no instinto sexual, sem levar em conta o tempo de união, a monogamia ou poligamia, a poliandria ou a poliginia.

De toda sorte, restou evidente que a família primitiva emerge como a primeira forma de organização social de que se tem notícia, sem qualquer valorização do elemento fundamental hoje existente: a afetividade

2.2 A família no Direito Romano

A família sofreu mutações nas diversas épocas da história romana, assumindo várias roupagens, as quais em nada se relacionam com a organização familiar brasileira contemporânea. Fustel de Coulanges evidenciou, em seu estudo, que o afeto, elemento essencial do núcleo familiar hodierno, nunca foi inerente à organização romana (COULANGES, 1998).

Em principio, para melhor entender a família romana, importa repassar alguns aspectos históricos.

Nos primeiros séculos, Luiz Antônio Rolim descreve que a sociedade romana era constituída em classes sociais definidas pelo “nascimento, fortuna e domicílio da pessoa”. Na época, “o povo que habitava a pequena aldeia de Roma era dividido nas seguintes categorias sociais: patrícios, clientes, plebeus e escravos” (ROLIM, 2000, p. 35).

Descendentes das antigas famílias fundadoras de Roma, os patrícios, também conhecidos como *quintes*, tinham seus próprios deuses e eram agrupados em *gens*. Segundo Rolim:

> Cada família patrícia era indivisível e perpetuava-se através de seus membros. Seu chefe era o *pater familiae*, que exercia amplos poderes, de vida ou morte, sobre os demais. Todos lhe eram subordinados. Os *pater familiae* atuavam como um rei, sacerdote e juiz no âmbito familiar, decidindo sobre o destino de seus membros. Somente os patrícios tinham direitos, pois eram os únicos que tinham o status civitatis, qualidade que lhes conferia o título de cidadãos romanos. Era considerado um cidadão aquele indivíduo que pudesse cultuar os deuses da cidade e os antepassados da família, jurando-lhes respeito, obediência e veneração - ou seja, os membros da classe patrícia (ROLIM, 2000, p. 36).

Nesse contexto, os clientes eram os estrangeiros que viviam sob dependência e proteção dos patrícios. Não podiam aspirar à cidadania romana, mas passaram a gozar de alguns benefícios legais: “podiam se ligar à religião do patrício protetor e participavam com ele das mesmas festas, cultos e comemorações, sendo considerados membros de suas famílias. Em contrapartida, deviam-lhes obrigações e obediência” (ROLIM, 2000, p. 37).

Os plebeus, a seu turno, pertenciam à “categoria das pessoas que, provenientes de outras regiões e não descendentes da estirpe patrícia, fixavam residência na cidade de Roma, dedicando-se ao comércio, agricultura e ao artesanato” (ROLIM, 2000, p. 38). Tal como os clientes não eram "cidadãos romanos", não podiam residir na Cidade de Roma, não detinham direitos públicos ou privados, tampouco faziam parte do povo romano.

Os escravos eram coisas - *res*, “não gozavam de qualquer espécie de direito. Eram comprados e vendidos como simples mercadorias e seus proprietários (*dominus*) podiam abandoná-los, fustigá-los e mesmo matá-los, pois tinham sobre eles o poder de vida e morte” (ROLIM, 2000, p. 38).

Feita tal contextualização, interessa a trajetória da família patrícia romana, a qual se passa a analisar.

San Tiago Dantas afirma que, “na época clássica, a família romana apresentava uma estrutura tipicamente patriarcal, detendo o *pater familiae* o controle total da entidade familiar enquanto vivesse” (DANTAS, 1979, p.20).

Marky explicita que: “a palavra família, no direito romano, tinha vários significados: designava precipuamente o chefe da família e o grupo de pessoas submetido ao poder dele, mas podia também significar patrimônio familiar ou determinados bens a este pertencentes” (MARKY, 2008, p. 153).

O poder da família recaia sobre pessoas e bens, quando se referia a casa (*domus*), dava origem ao *dominium*; quando recaia sobre os escravos, surgia o *mancipium*; se recaísse sobre a mulher, o poder chamava-se *manus*; sobre os filhos, pátria *potestas* até a *mancipatio* (emancipação).

Segundo Pietro Bonfante, “família é o conjunto de pessoas que descendem de um ancestral comum vivo – o *pater familias* – e que apresenta um caráter de comunidade política, onde se adentra pelo nascimento, pela *adoptio*, pela *arrogatio* ou pelo matrimônio válido” (BONFANTE, 1923, p. 70).

Nessa época haviam duas classes de adoção em Roma: *arrogatio* e a *datio in adoptionem*. Na primeira, a pessoa adotada *sui iuris* submetia-se ao pátrio poder de outra se

convertendo em *alieni iuris*. Na segunda, o *pater* cedia todos os seus direitos inerentes à pátria *potestade adoptante* (BONFANTE, 1923, p. 70).

Logo, a família romana era um conjunto de pessoas submetidas ao poder do chefe da família, formada pelo parentesco de sangue, pela adoção e pelo casamento. Rolim explicitou que:

> *Status familiae* era a condição que a pessoa tinha dentro da própria família: ou era *sui juris* (não subordinada a ninguém e, portanto, livre para a prática direta de qualquer ato na vida civil), ou *alieni juris* (submetida a qualquer espécie de autoridade familiar, necessitando, pois, de seu consentimento para a prática de qualquer ato na sociedade romana) (ROLIM, 2000, p. 154).

Os Romanos nutriam veneração aos antepassados, notadamente, porque estes eram à base da ramificação familiar. Assim, entendiam que para perpetuar os cultos religiosos, seria obrigatório ter filhos fruto do casamento. Tal ideia se justifica, pois, em caso de morte do *pater familias* quem assumia a família era o primogênito e/ou a outros homens pertencentes ao grupo familiar, o poder nunca se transferia à matriarca, tampouco às filhas. Na ocasião, vedava-se o pátrio poder à mulher (FILARDI, 1985).

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo diz que "a família atravessou Roma, como em todos os centros de população da Antiguidade, as três fases – natural, religiosa e jurídica, - correspondentes às três formas intrínsecas do casamento" (LOBO, 2006, p. 57).

Segundo o autor, a primeira fase, alheia a noção de organização, relacionava-se com o "grupo de pessoas formado em conseqüência de ajuntamento determinado exclusivamente por interesse de comunicação sexual". Cita o "rapto das sabinas", como episódio lendário da história de Roma, pelo qual a primeira geração de homens romanos teria obtido esposas por meio do rapto das filhas das famílias sabinas vizinhas (LOBO, 2006, p. 57).

Na fase religiosa, por sua vez, "a família estava quase inteiramente fora da ação do Direito". Lobo aponta que: "o chefe da casa era o seu legislador e as leis que ditava eram antes oriundas do seu poder sacerdotal, do que, propriamente, da autoridade de *pater*, que exercia cumulativamente com as funções de chefe da religião da família" (LOBO, 2006, p. 57).

Nesse sentido, Luiz Antônio Filardi aduz que o *pater* é ao mesmo tempo sacerdote, dirigente e magistrado, detinha o poder de decidir sobre os problemas daqueles que estão sob sua dependência e tutela, além de velar pelo patrimônio da família. Cuida-se do *domus*, grupo doméstico guardado pelos deuses e sob a tutela vitalícia do *pater* famílias (FILARDI, 1985).

A terceira e última fase surge porque com o passar dos tempos, “a vontade suprema do pai de família foi encontrando resistência e oposição nas leis, coincidindo a intromissão do legislador nos negócios domésticos”, sem, todavia, excluir aquela autoridade paterna” (LOBO, 2006, p. 57).

Sobre este aspecto, Rolim explicita que a família romana, como reunião de pessoas, mostrou-se eminentemente patriarcal nos tempos da Realeza e do Império (ROLIM, 2000).

Fato é que o matrimônio romano se constituía numa relação essencialmente monogâmica, uma união entre homem e mulher, com a finalidade de estabelecer convivência íntima e duradoura, “instituição privada, não escrita e pouco solene” (ARIÈS; DUBY, 2009, p. 43-44).

Rolim complementa que, “nos primórdios da história romana, o casamento era celebrado segundo os costumes das gentes (famílias patrícias) e tinha caráter semi-religioso” (ROLIM, 2000, p. 159) e, sobre este caráter religioso, Abelardo Saraiva da Cunha Lobo destaca que:

> [...] não foi nem será possível separar inteiramente a religião, seja ela qual for, da legislação que regula os direitos e deveres dos membros da família.
> O casamento é uma instituição divina e como causa eficiente da família, da mesma forma que esta o é da sociedade, Jesus Cristo deu-lhe o caráter de indissolúvel e o Cristianismo elevou-o à categoria de um sacramento (LOBO, 2006, p. 58).

Bonfante, seguindo a perspectiva de Manenti, destacava que o casamento era uma situação de fato, que dependia de dois elementos para se constituir: a “*affectio maritalis* (intenção de ser marido e mulher) e a *honor matrimonii* (a realização condigna dessa convivência conjugal)” (MARKY, 1995, p. 160), ou seja, a intenção – elemento subjetivo - e a convivência – elemento objetivo - eram essenciais para a constituição do casamento romano. Moreira Alves resume a teoria apresentada por Bonfante (1896):

> No matrimônio, o consentimento – ao contrário do que ocorre nos contratos – não é inicial, mas duradouro, contínuo, preferindo os romanos, para designá-lo a expressão *affectio*. Sua existência se comprova pela declaração dos cônjuges, parentes e amigos, ou principalmente, mediante sua manifestação exterior o *honor matrimonii*, que é o tratarem-se marido e mulher como tais, em sociedade, razão por que se presume a existência de casamento quando há vida em comum livre e honrada. Concorrendo ambos os requisitos, surge o matrimônio; na falta de um deles, dissolve-se. Por isso, em Roma, inexistem formas jurídicas, não só para sua celebração, mas também para a sua dissolução; e, por isso também é simples relação jurídica de mero fato, que perdura enquanto persistem as condições de fato convivência e *affectio maritalis* – de sua existência (ALVES, 2003, p. 07).

Marky (1995) acrescenta que, além da intenção de ser marido e mulher (*affectio maritalis*) e da convivência conjugal (*honor matrimonii*) "a regra romana era *consensus jacit nupctias* (D. 35.1.15)" que pode ser entendido como um acordo contínuo entre cônjuges para viverem em comum, com a finalidade de realizar uma união duradoura entre eles" (MARKY, 1995, p. 160).

Segundo Moreira Alves, Manenti, no livro *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte ai matimonio*[1], destaca que, no direito *justinianeu*, não se exigia qualquer solenidade para a constituição do casamento, tampouco a conjunção carnal, apenas o *consensus* e explica:

> esse *consensus*, que *facit nuptias*, não é de considerar-se no sentido ordinário da palavra consentimento, acordo momentâneo de duas vontades que produz um vínculo obrigatório perene, que se conserva tal ainda que aquelas vontades se tornem depois discordantes, como nos contratos em geral, os quais têm por precípuo escopo o de assegurar o intercâmbio dos serviços humanos contra a mutabilidade do querer humano. De feito, o requerido pelas *nuptiae* é um consentimento consistente num acordo de vontades não-instantâneo, mas continuado, com efeito limitado no tempo à sua própria duração. E sem dúvida por essa sua continuidade principalmente que ele concretamente assume natureza e denominação de *affectus, affectio* (maritalis uxoris).
> Ora, essa *affectio*, essa vontade que dava existência e mantinha o matrimônio, encontra sua expressão no fato mesmo da comunhão de vida, por meio da qual ela dava contínua prova de sua permanência (1889). (MANENTI, *apud* ALVES, 2016, p. 2-3)

Conquanto o viés de consenso apresentado por Manenti se limitasse ao matrimônio ao período Justinianeu, causou grande repercussão dogmática no casamento romano.

Dessa forma, o casamento romano, para os teóricos supramencionados, se consubstanciava numa simples relação jurídica de mero fato, que perdura enquanto persistem as condições de fato convivência e *affectio maritalis* - de sua existência (MARKY, 1995).

O casamento romano, segundo Tomaz Marky, constituíu-se de duas formas: matrimônio *cum manu* e matrimônio *sine manu*. O *manus* era o "poder do marido sobre a mulher, originário de atos formais de aquisição daquele (*conventio manu*)" (MARKY, 1995, p. 159).

Nos casamentos *cum manu* a mulher era submetida ao poder do marido, ao passo que no *sine manu*, não havia poder marital, ou seja, a mulher continuava a pertencer à família originária, permanecendo sob autoridade do *pater familias* (MARKY, 1995, p. 159-160).

O casamento *cum manu* manifestou-se, no Direito Romano, de três formas: a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus* (ROLIM, 2000, p. 160).

[1] Tipografia ali' Insegna deli' Ancora, Siena, 1889

A *confarreatio* se referia ao casamento religioso exclusivo da classe patrícia, forma solene e mais antiga, realizada na presença do sumo sacerdote e dez testemunhas. “Desapareceu em fins do século I a.C” (ROLIM, 2000, p. 160-161).

A *coemptio* era a espécie de casamento *cum manu,* que se ligava à compra de mulheres. Rolim detalha que na *coemptio*:

> Os noivos, acompanhados por cinco testemunhas, compareciam perante o *libripens,* uma espécie de funcionário público que portava uma pequena balança. Nela, de forma simbólica, era pesado o pagamento que o noivo fazia ao pai da noiva, pela entrega de sua filha. O coemptio desapareceu nos primeiros séculos depois de Cristo (ROLIM, 2000, p. 161)

O *usus* “não era um casamento propriamente dito, mas uma preparação”. Consistia na posse da mulher após um ano de garantia da consumação do casamento. “No entanto, se nesse lapso de tempo a mulher passasse três noites (*trinoctium*) consecutivas fora da casa, perderia todos os seus direitos, podendo ser expulsa pelo homem sem maiores formalidades” (ROLIM, 2000, p. 161).

Por seu lado, no matrimônio *sine manu,* os direitos e deveres eram recíprocos e, por conseguinte, em qualquer subordinação. Marky (1995) destaca que o matrimônio *sine manu* prevaleceu no Direito Romano, a mulher tinha independência em relação ao marido, mas continuava sob o poder do *pater* famílias. Todavia, ainda assim, o marido exercia certa autoridade, sendo responsável pela chefia da vida familiar, estabelecia domicílio da família, sustentava a casa, podia, inclusive, se utilizar de meios judiciais para defender a mulher contra atos injuriosos de outrem. Além disso, “tinha poder de exigir o retorno da mulher ao lar conjugal, se o *pater* famílias dela a retivesse” (MARKY, 1995, p. 163).

Os bens da mulher no casamento *sine manu* eram dela, denominados “bens parafernais”. Aplicava-se a “*praesumptio Muciana* que considerava todos os acréscimos verificados no patrimônio da mulher como provenientes do marido. Tratava-se de uma presunção simples (*praesumptio iuris tantum*), admitindo, portanto, contraprova” (MARKY, 1995, p. 163).

No casamento *sine manu,* o dote da esposa não era transferido ao marido e, em caso de divórcio, a esposa levava o dote consigo, o que tornava o divórcio ainda mais fácil (MARKY, 1995). Salinta-se, aliás, que o divórcio era tão informal quanto o casamento e havia grande frequência de divórcios (MARKY, 1995, p. 160).

Vê-se que o poder do marido – *manu* - em relação à mulher era relativo, reflexo eventual apenas do matrimônio *cum manu.* Com o passar do tempo, o matrimônio em Roma tornou-se mais flexível e casamento *cum manu* caiu em desuso antes do fim da República. “No século III depois de Cristo o casamento *sine manu* substituiu definitivamente o casamento *manu*” (ROLIM, 2000, p. 162).

A condição das mulheres, na organização romana, chama a atenção. Nos tempos primitivos, havia duas possibilidades para a mulher: ou submetia-se aos poderes da autoridade paterna, ou casava-se e, a partir deste momento, ficaria sob a autoridade do seu marido. Rolim assevera que:

> As mulheres eram consideradas incapazes para a prática dos atos da vida civil; necessitavam, sempre, de um tutor que lhes representasse os direitos na sociedade romana (*tutela perpétua*). Jamais podiam ocupar qualquer cargo público.
> Se eram solteiras, eram consideradas *alien juris* e permaneciam sujeitas ao pátrio poder do chefe (*pater*) de sua família de sangue.
> Quando se casavam, saíam da esfera do poder do *pater* de sua família, mas ficavam submetidas ao *manus* (autoridade) do marido; se o marido fosse, também, o pater (chefe) de sua família, a sua mulher passava a ser considerada sua "filha" (*loci filia* no lugar de filha), ficando em igualdade de condições com os próprios filhos. Se o chefe da nova família fosse o sogro, ela passava a ser considerada sua "neta" (loci nepotis).
> Quando a mulher fosse *sui júris*, ou seja, não estivesse sob o poder paterno (*pátria potestas*), nem marital (*manus*), ficava mesmo assim submetida a uma "tutela perpétua", por ser mulher (*tutela mulierum*), sendo considerada relativamente capaz (ROLIM, 2000, p. 139).

As mulheres, portanto, eram relativamente incapazes e conforme Ulpiano "em muitos artigos de nosso direito, é pior a condição das mulheres que a dos varões (*in multis iuris nostri articulis deterior este conditio feminarumquam masculorum*) (D.h.t.9)” (ROLIM, 2000, p. 140). Nesse aspecto, Thomaz Marky ressalta:

> Do ponto de vista patrimonial, o pátrio poder implicava a centralização de todos os direitos patrimoniais na pessoa do *paterfamilias*. No direito clássico, este era a única pessoa capaz de ter direitos e obrigações. As pessoas sujeitas ao pátrio poder não tinham plena capacidade jurídica de gozo; assim, não podiam ser os *alieni iuris* sujeitos de direito: *filius nihil suum habere potest* (D. 41.1.1.10.1) (MARKY, 1995, p. 163).

Portanto, no período clássico, a mulher era totalmente dependente do marido, não detinha capacidade jurídica, tampouco direito de possuir bens, a ela apenas cabiam os afazeres domésticos. Em virtude do absolutismo do homem, a paternidade era inquestionável, exceto nos casos em que fosse comprovada ausência de coabitação ao tempo da concepção. Acerca desse aspecto, Thomas Marky informa:

> É ordinariamente fonte do pátrio poder o nascimento do filho havido em justas núpcias.
> Presumia-se a filiação legítima se o parto se dera, no mínimo, 180 dias da data em que se contraiu o matrimônio ou, no máximo, 300 dias após a dissolução do casamento (pater vera is est quem nuptiae demanstrant - D. 2.4.5).
> O reconhecimento da criança dependia do pai. Antigamente se fazia mediante a formalidade de tomar o recém-nascido nos seus braços (tollere liberam). Na falta de tal reconhecimento da paternidade, podia-se, através de uma ação especial, provocar uma decisão a respeito (praeiudicium) (cf. D. 25.3.1.16).
> Os filhos naturais, nascidos fora do casamento e não reconhecidos, não estavam sob pátrio poder. Eles não se ligavam por parentesco agnatício nem à sua mãe nem à família desta. Entretanto, viviam com ela e se encontravam numa situação semelhante à dos filhos in mancipio (MARKY, 1995, p. 162-163).

Assim sendo, o casamento gerava efeitos jurídicos e um deles era a presunção de paternidade na constância do matrimônio. Segundo Thomaz Marky:

> O filho, quando nascido de *matrimonium justum* ficava sob o poder do pai (*patria potestas*). A situação dele era, então, a de *filius-familias*. Os filhos nascidos na constância do casamento eram presumidos (*praesumptio iuris tantum*) como sendo legítimos: *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant* (D. 2.4.5). (MARKY, 1995, p. 162-163).

Dantas leciona que, na época clássica, a mulher se sujeitava absolutamente ao *pater*, não tinha qualquer direito sobre o filho recém-nascido (DANTAS, 1979). Ao nascer, a criança poderia ser aceita ou rejeitada por decisão exclusiva do pai. Caso o pai acolhesse o filho nos braços, reconhecê-lo-ia como integrante da família. Em caso contrário, o recém-nascido era rejeitado. Os filhos podiam ser rejeitados por diversas razões: criança mal-formada, fruto de infidelidade, em razão de pobreza, para manutenção do testamento já redigido dentre outros (ROUSELLE, 1984). Tanto os filhos advindos de relações extraconjugais, quanto de uniões entre pessoas de diferentes estatutos sociais eram filhos bastardos e não recebiam o nome do pai.

É sabido que a situação da mulher persistiu até os tempos do Imperador Claudius (século II aC e somente num período mais evoluído do Direito Romano, que a mulher alterou o seu *status* para adquirir a condição *sui iuris*. Retrata San Tiago Dantas que a mulher passou a uma verdadeira "*mater famílias*" (DANTAS, 1979, p. 20).

No entanto, na época do Império, a visão da família se altera para os romanos, o abuso de poder do *pater* é admitido, a mãe passa a ter direito à guarda dos filhos e à herança dos filhos, se este não tivesse descendentes e irmãos. A mulher começa a ser mais autônoma e a participar da vida social e política (WALD, 2004, p.22).

Arnoldo Wald relata a existência de duas espécies de parentesco no Direito Romano:

> Existiam em Roma duas espécies de parentesco: a agnação e a cognação. A agnação vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consangüíneas (filho natural e filho adotivo do mesmo *pater*, por exemplo). A cognição era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas que não deviam ser necessariamente agnadas uma da outra. Assim, por exemplo, a mulher casada com *manus* era *cognada*, mas não do seu irmão, o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação aquele que continuasse a pátria *potesta.* (WALD, 2004, p. 10).

Logo, a agnação se transmite apenas pelos homens, vinculava pessoas sujeitas ao mesmo *pater*, consangüíneos ou não, ao passo que a cognação propagava o parentesco pelo sangue. Somente com Justiniano é que foi abolida essa diferença, passando o parentesco a ser apenas pela linhagem sanguínea, tal como ocorre atualmente (ALVES, 2003).

Assim, a partir da evolução da família romana, o parentesco *agnatício* foi sendo substituído pelo *cognatício*, passando-se, progressivamente, a restringir a autoridade do *pater*. "Na época do Império, a mulher passa a gozar de autonomia, participando da vida social e política" (GAMA, 2001, p. 26). Esta fase corresponde ao início do feminismo. A figura do adultério e a do divórcio se multiplica pela sociedade romana e com isso a dissolução da família romana.

Segundo Rolim, "após a queda de Roma em 476 d.C. e o conseqüente esfacelamento da parte ocidental do império, o Império Romano do Oriente, com sede em Constantinopla, se manteve ainda coeso e forte até 1453, quando foi invadida pelos turcos" (ROLIM, 2000, p. 96). Até aquele momento, o Direito Romano continuou a ser o único direito aplicado em todo o Império bizantino, as suas leis estavam contidas no *Corpus Juris Civilis* compilado por Justiniano e tinham vigência obrigatória em toda a região abrangida pelo Império Romano do Oriente (ROLIM, 2000).

Com a imposição do direito da cidade, o poder do *pater* foi diminuindo, gradativamente, sobretudo com a influência do Cristianismo, o qual inaugurou uma nova moral, substituindo o poder materialista do pai por outro mais racional e humano. Prelecionam os Mazeaud que:

> O afluxo de riquezas e a dissolução dos antigos costumes conduziram a uma ruptura da estrutura familiar até então conhecida, marcada pela diminuição do poder do *pater familias*, da multiplicação de divórcios, da frequente realização de casamentos *sine manus* – onde a mulher não mais pertence à família de seu marido (MAZEAUD, 1976, p. 29).

Com a chegada à Idade Média e, a partir de Constantino, já no século IV, surgiu uma nova concepção cristã de família formada pelo casal e sua prole, fundada no sacramento do matrimônio. Impunham-se aos nubentes obrigações morais e deveres afetivos, retirando o cunho materialista e utilitário de outrora.

A partir deste breve estudo, é possível perceber que os valores do Direito Romano influenciaram o Direito de Família Brasileiro, tendo sido incorporados ou adaptados, principalmente, no que tange ao poder familiar e ao casamento. Não há dúvida de que ainda é possível notar resquícios dessa influência histórica na concepção da família na legislação vigente.

2.3 A família na Idade Média: contribuições do Direito Bárbaro, Germânico e Canônico para a evolução da entidade familiar

O Império Romano, no século IV, dividiu-se em: Império do Oriente, com capital em Constantinopla e Império do Ocidente (Roma), limitado setentrionalmente pelos rios Reno e Danúbio. A leste do Reno e a norte do Danúbio encontram-se, nesta época, povos germânicos e eslavos.

O Império Romano do Oriente, também chamado Bizantino, ruiu, por volta de 1453, quando a capital de Constantinopla foi tomada pelos turcos. A queda do Império do Ocidente, por sua vez, motivou-se, foi principalmente motivada pelas invasões bárbaras e pela conseqüente derrubada do Estado. “Fruto de um processo de descentralização política, a Europa medieval e a antiga organização política romana tiveram seus territórios invadidos por uma multiplicidade de povos, a quem os romanos designaram bárbaros[2]” (HEERS, 1991, p. 25).

Em 476 d.C., bárbaros germânicos, liderados por Odoacro (oficial do exército romano), derrubaram o último imperador do Ocidente, Rômulo Augusto estabelecendo ali os reinos germânicos. Tradicionalmente, o ano de 476 d. C. tem sido considerado como marco final da Antigüidade e o início da Idade Média (HEERS, 1991).

[2] Os gregos, depois os romanos, designavam pelo nome de bárbaros todos os povos declaradamente estrangeiros, rebeldes à sua civilização, seu modo de vida, suas estruturas econômicas e sociais, sua cultura, e mesmo à sua língua. De fato, o bárbaro, ao longo de todo o Império, é o homem das estepes ou das florestas, nômade mesmo nas cidadelas de agricultores, incapaz em todo caso de assimilar a civilização greco-romana, essencialmente urbana (HEERS, 1991, p. 13-14).

Com as invasões bárbaras, tornou-se inevitável o choque entre o Direito Romano e o direito dos povos invasores[3]. Cada povo invasor possuía o seu próprio direito, geralmente, rudimentar, não escrito, transmitido pelos costumes ancestrais, oralmente de geração a geração, restando claro seu atraso em relação ao Direito Romano. Tal Direito ficou conhecido como Direito Bárbaro, sendo o mais notório deles o Direito Germânico, sobretudo, por se basear no Pátrio Poder e por condicionar a celebração do casamento à presença de um juiz, como ocorre até os dias de hoje no casamento civil (DANTAS, 1979).

Sobre esse aspecto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama assevera:

> Já na Idade Média, em um contexto permeado pelo Direito Canônico e ainda com fortes influências do Direito Romano, surgiu o Direito Bárbaro, que era atrasado em relação ao Direito Romano. Pode-se dizer que o Direito Bárbaro adotou mais a linha ideológica do Direito Canônico, até mesmo porque os povos bárbaros adotaram o Cristianismo como religião. Dentre os povos bárbaros do período medieval, o Direito Germânico se destacou e influenciou em muitas relações familiares desta época. A família germânica baseava-se no Pátrio Poder, ou seja, no qual o pai exercia o poder, mas não chefiava sozinho a família, esta tarefa era dividida com a mãe (GAMA, 2001, p. 28).

A família germânica baseava-se no Pátrio Poder, todavia diferentemente do Direito Romano, o pai exercia o poder, mas não chefiava sozinho a família, dividindo tal tarefa com a mãe. Sobre isso Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

> Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito Canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica (GONÇALVES, 2015, p. 32).

Os Bárbaros criaram o “regime de lei pessoal”, a família era dotada de uma estrutura simples, paternal, ou seja, um matrimônio dotado de valor moral, no qual a mulher participava ativamente da comunhão de vida conjugal (GILISSEN, 1995).

A concepção da família, no período pós-romano, recebeu a influência do Direito Romano, Germânico e, em especial, do Direito Canônico, o qual centrava o núcleo da família no casamento, com caráter de sacramento, transmudando-se o enfoque autocrático para um mais democrático e afetivo (DANTAS, 1979).

[3] Sobre os povos invasores, Heers esclarece que “as migrações germânicas provocaram, nas províncias do Ocidente, encontros de civilizações originais, freqüentemente bem complexas. Desses choques nasceu nossa civilização medieval, civilização de síntese, onde é difícil distinguir as tradições romanas e as múltiplas contribuições bárbaras” (HEERS, 1991, p. 25).

A partir do século V, deslocou-se o poder de Roma para as mãos do chefe da Igreja Católica Romana, a qual desenvolveu o Direito Canônico estruturado num conjunto normativo dualista (laico e religioso), que se mantivera até o século XX. O Direito era ditado pela Igreja, a qual possuindo autoridade e poder, dizia-se intérprete de Deus na terra, sendo responsável por legislar sobre a família e o matrimônio (CORRÊA, 1999, p. 62).

A finalidade do Direito Canônico é a da "salvação das almas", prendendo suas raízes e exaurindo-se no sobrenatural (SURGIK, 1986, p. 56).

Pedro Lombardia conceitua o Direito Canônico como sendo o "ordenamento jurídico da Igreja Católica, vale dizer, ao conjunto de fatores que estruturam a Igreja como uma sociedade juridicamente organizada" (LOMBARDIA, 2008, p. 15). Canônico advém de *canôn*, vocábulo que deriva de outra palavra grega *kánon* – régua, norma, critério de medida -, ou seja, "lei posta por uma autoridade social". "Portanto, canônico dizia respeito às leis eclesiásticas e as que fossem ao mesmo tempo eclesiásticas e civis: nomocânones". (LIMA, 2004, p. 18).

A partir dai, surgiram os cânones, regras jurídicas sagradas que deveriam ser cumpridas, pois, "mais do que regras, são leis, isto é, são verdades reveladas por um ser superior, onipotente, e a desobediência, muito mais que uma infração, é um pecado. Os cânones são desígnios de Deus, transformados em regras a serem seguidas sem questionamentos dos homens". (WOLKMER, 2007, p.224).

Emergiu o Direito Matrimonial Canônico e diante de tal contexto, surgiu uma nova concepção cristã de família fundada no sacramento do matrimônio, diferenciando-se do matrimônio romano, pagão, de cunho materialista e utilitário.

Lombargia explica que o Código Matrimonial Canônico fora aos poucos se modelando. "Em 1917 firmou-se o Código de Direito Canônico, o qual ainda ajustou-se pelo Concílio Vaticano II (1962/1965)". Esse código não possuía um conceito específico de matrimônio, sendo necessário aos canonística buscar conceitos doutrinários romanos, a exemplo: "o matrimônio é a união do homem e da mulher, e o consórcio de toda a vida, comunicação do direito divino e humano" (*nuptiae sun coniunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*). (LOMBARDIA, 2008, p. 15)

Nessa perspectiva, o matrimônio era tido como uma comunhão de Deus e do homem, um contrato indissolúvel para toda a vida.

O código de 1983, por sua vez, define o casamento no cânon 1055[4], § 1º, como uma aliança natural entre homem e mulher, pré-cristã, elevada por Cristo a um plano superior – sacramental -, comunhão de toda a vida, que tem por fim gerar e educar a prole (LOMBARDIA, 2008, p. 18). O casamento se constituía para a procriação e organização social.

O casamento, pois, eleva-se ao *status* de sacramento pela Igreja Católica, com traços de unidade e indissolubilidade[5], apresentando até mesmo a conjunção carnal como elemento objetivo. Unidade, para o Concílio, queria dizer monogamia, uma pessoa não poderia ser casada com duas ao mesmo tempo (LOMBARDIA, 2008).

Pretendia a Igreja demonstrar que as feições do matrimônio — monogamia[6] e indissolubilidade — decorreriam da própria índole natural da união - "eu te amarei... até o dia em que me aborreceres". Eduardo de Oliveira Leite afirma que "o casamento é aceito, desde que monogâmico e indissolúvel". (LEITE, 1991, p. 132). Portanto, o autor define que que o consentimento das partes, a cópula e a benção nupcial seriam os elementos formadores do casamento.

Lombardia acrescenta: a indissolubilidade se relaciona com a repulsa à separação, isto é: "a indissolubilidade significa, portanto, a exclusão da existência de vários vínculos conjugais sucessivos que liguem a uma mesma pessoa, a não ser no caso de morte do cônjuge precedente. A indissolubilidade opõe-se ao divórcio" (LOMBARDIA, 2008, p. 29).

Nessa época, outra característica importante é o caráter sacramental do matrimônio – *quod Deus conjunxit homo non separet*. (WALD, 2004, p. 12). Consoante o Cânon 1055, o sacramento e o contrato matrimonial são inseparáveis, em relação à mulher e homem batizados, inseridos em Cristo. Dessa forma, entre batizados, inexistiria contrato matrimonial válido diferente do sacramento (HORTAL, 2006, p. 30).

[4] O Código de Direito Canônico, Cânon 1055, baseando-se na Constituição *Gaudium et Spes*, nº 48, do Concílio do Vaticano II, assim define o matrimônio:
Cânon 1055 — "§ 1º A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão de vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade de sacramento.
§ 2º Portanto, entre batizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja, ao mesmo tempo, sacramento" (LOMBARDIA, 2008, p. 18).

[5] Cânon 1056 – "As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento" (LOMBARDIA, 2008, p. 18).

[6] Explica o Cânon 1134 que "do matrimônio válido origina-se entre os cônjuges um vínculo que, por sua natureza, é perpétuo e exclusivo" (LOMBARDIA, 2008, p. 18).
.

O Direito Canônico, portanto, era contra a separação judicial e firmava-se na frase "o o que Deus uniu, não o separe o ser humano" (Bíblia Marcos, 10:9).

Fato é que a Igreja se afirma na Idade Média e se transforma num "poder espiritual tão forte quanto o Império", emergindo-se daí a "Igreja do Estado". O casamento passa a ser encarado como uma "concessão de Deus" (LEITE, 1991, p. 149).

Com o passar do tempo, o poder do papa se consolida e as consultas de "direito de família" passam a ser decididas pela Sé Romana. Segundo Eduardo de Oliveira Leite, questões como casamentos entre dois irmãos, limites do parentesco para fins de casamento, possibilidade de desposar uma madrasta ou cunhada, passam a ser resolvidos nos termos da lei da Igreja.

No século XI, a Igreja era um "poder incontestado na Terra", uma "potência ao lado do Estado, que não só coroava e destronava imperadores, como se insinuava no tecido da vida doméstica, da herança e do casamento". (LEITE, 1991, p. 257).

Nota-se, portanto, que questões anteriormente decididas pelo Estado passam a cargo da Igreja, que usava e abusava do seu poder perante o casamento, ampliando, inclusive, as causas de impedimentos oriundas do Direito Romano. Sobre este aspecto, Arnoldo Wald discorre:

> O direito canônico fomentou as causas que ensejavam impedimentos para o casamento, incluindo as causas baseadas na incapacidade de um dos nubentes como eram: a idade, casamento anterior, infertilidade, diferença de religião; as causas relacionadas com a falta de consentimento, ou decorrente de uma relação anterior (parentesco, afinidade) (WALD, 2004, p. 13).

Aliás, os impedimentos dirimentes[7] foram o importante legado deixado pelo Direito Canônico ao Direito Civil Brasileiro. São eles: a idade ou a menoridade[8], a impotência[9] (absoluta ou relativa), existência de casamento anterior válido, ainda que não consumado[10], a

---

[7] Para Vasconcelos, o impedimento dirimente é "uma circunstância externa ou acontecimento pessoal que, por direito divino ou humano, impossibilita as pessoas de contraírem validamente matrimônio entre si. Diz o Cân. 1073: O impedimento dirimente torna a pessoa inábil para contrair validamente o matrimônio" (VASCONCELOS, 2007, p. 47).

[8] Quanto ao Impedimento de Menoridade, Vasconcelos diz que "o Cân. 1083 § 1º: Não podem contrair matrimônio válido para o homem antes de 16 (dezesseis) anos e a mulher antes de 14 (quatorze) anos completos" (VASCONCELOS, 2007, p. 49).

[9] Segundo o "Cân. 1084 §1º: A impotência de realizar o ato sexual, antecedente e perpétua, absoluta ou relativa, quer do homem, quer da mulher, dirime o matrimônio por sua própria natureza" (VASCONCELOS, 2007, p. 57).

[10] Para Vasconcelos, "este impedimento é um requisito da exclusividade e indissolubilidade do casamento". Transcreve o autor: "Cân. 1085 §1º: Atenta invalidamente contrair matrimônio quem se encontrar ligado pelo

disparidade de culto[11], o vínculo de ordem sacra[12], o vínculo de voto público perpétuo[13], o impedimento do rapto forçado, o crime de conjugicídio[14], a consanguinidade[15], o vínculo de afinidade[16], vínculo de pública honestidade[17] e demência notória[18]. Importa destacar que se partiu da linha enumerativa de Abílio Soares de Vasconcelos.

---

vínculo de um matrimônio anterior, ainda que não consumado. § 2º: Mesmo que o matrimônio anterior tenha sido nulo ou dissolvido por qualquer causa, não é permitido contrair novo casamento antes de constar legitimamente e com certeza a nulidade ou dissolução do primeiro".
Conclui: "enquanto constar na certidão de casamento que um dos contraentes é casado, o impedimento de vínculo permanece" (VASCONCELOS, 2007, p. 61).

[11] Vasconcelos destaca que: "Cân. 1086, "§1º: É inválido o matrimônio entre duas pessoas, uma das quais tenha sido baptizada na Igreja católica ou nela recebida e não a tenha abandonado por um ato formal, e outra não baptizada. § 2. Não se dispense deste impedimento a não ser depois de se encontrarem cumpridas as condições referidas nos Câns. 1125 e 1126. § 3. Se uma parte, ao tempo em que contraiu matrimônio, era tida comummente por baptizada ou o seu batismo era duvidoso, deve presumir-se, nos termos do Cân. 1060, a validade do matrimônio, até que se prove com certeza que uma das partes era batizada e a outra não" (VASCONCELOS, 2007, p. 70).

[12] "Cân. 1087. Atentam invalidamente o matrimônio os que receberam ordens sacras. Na Igreja católica a ordem sacra comporta o compromisso ao celibato, isto é, o compromisso de não contrair matrimônio" (VASCONCELOS, 2007, p. 75).

[13] Cân. 1088. Atentam invalidamente o matrimônio os que estão ligados por voto público perpétuo de castidade emitido num instituto religioso. Aquelas pessoas que fizeram voto público perpétuo de castidade num Instituto Religioso não podem celebrar validamente o matrimônio (VASCONCELOS, 2007, p. 76).

[14] "Cân. 1090 § 2º. Também atentam invalidamente o matrimônio entre si os que por mútua cooperação física ou moral, causaram a morte do cônjuge (VASCONCELOS, 2007, p. 81)". O conjungicídio compreende duas figuras diversas: "1 – o criminoso: mata o próprio cônjuge ou o cônjuge da pessoa com quem deseja casar. Exige-se, que a morte tenha sido finalizada para que incida o impedimento de novas núpcias. O crime tem que visar ao casamento"; 2 – o cooperador: participou positivamente da execução do crime, sendo ou não diretamente interessado, e fica também impedido de contrair casamento coma viúva (ou viúvo) da vítima" (VASCONCELOS, 2007, p. 82-83).

[15] "Cân. 1091 §1º. Na linha reta de consanguinidade é nulo o matrimônio entre todos os ascendentes e descendente, tanto legítimos como naturais. § 2º. Na linha colateral, é nulo o matrimônio até o 4º grau inclusive. Cân. 1091 §3º. O impedimento de consanguinidade não se multiplica. § 4º. Nunca se permita o matrimônio, havendo alguma dúvida se as partes são consanguíneas em algum grau de linha reta ou no 2º grau da linha colateral". Na linha reta de consanguinidade, é nulo o matrimônio entre todos os ascendentes e os descendentes, sejam legítimos, sejam naturais. Na linha colateral, o matrimônio é nulo até o quarto grau inclusive. O impedimento de consanguinidade não se multiplica. Entre o marido e os consanguíneos da mulher, e, da mesma forma, entre a mulher e os consanguíneos do marido chama-se afinidade (VASCONCELOS, 2007, p. 87).

[16] A origem do matrimônio consta no Cân. 109 §1º, pelo qual "a afinidade se origina do matrimônio válido, mesmo não consumado, e dá-se entre o marido e os consanguíneos da mulher, e da mesma forma entre a mulher e os consanguíneos do marido". O Cân. 109 §2º, por sua vez, determina como se conta tal parentesco: "A afinidade conta-se de maneira que os consanguíneos do marido sejam também na mesma linha e grau afins da mulher e vice-versa" (VASCONCELOS, 2007, p. 92). Em linha reta é um impedimento dirimente. Diz o Cân. 1092: a afinidade em linha reta dirime o matrimônio em qualquer grau" (VASCONCELOS, 2007, p. 93).

[17] Vasconcelos afirma se tratar de "um tipo de afinidade originada em casamento inválido, casamento civil, amasiados, torna nulo (dirime) o matrimônio no 1º grau da linha reta entre o homem e as consanguíneas da mulher, e vice-versa". Nos termos do Cân. 1093. "O impedimento de honestidade pública origina-se de matrimônio inválido, depois de instaurada a vida comum, ou de concubinato notório ou público; e torna nulo (dirime) o matrimônio no 1º grau da linha reta entre o homem e as consanguíneas da mulher, e vice-versa" (VASCONCELOS, 2007, p. 96).

A doutrina católica pregava, portanto, que o matrimônio sacramental validamente contraído e consumado (pela cópula sexual) só poderia ser dissolvido pela morte. (MAZEAUD, 1976). No entanto, segundo as leis eclesiásticas, para a constituição do casamento era imprescindível o consentimento[19] livre e válido dos nubentes, sob pena de invalidação do matrimônio.

Os canonistas entendiam que os homens não podiam dissolver a união realizada por Deus (MAZEAUD, 1976). Contudo, a indissolubilidade do casamento apresentava uma série de inconvenientes e, conforme Abílio Soares de Vasconcelos, a Igreja, no século XIII, criou duas instituições tendentes a remediá-los: "a teoria da nulidade do casamento", em caso de consentimento viciado; "a separação das pessoas (dos corpos) " por motivos graves. Ressalta o autor que "a partir do séc. XIV a Igreja autorizou a separação de fato, chamada de divórcio, quando o marido batia ou feria a mulher, mas a medida era sempre revogável" (VASCONCELOS, 2007, p. 11-12).

Por sua vez, Jesús Hortal sustenta que o matrimônio "ratificado e consumado" somente poderia ser dissolvido pela morte de um dos cônjuges, nunca poderia ser anulado. Porém, diante do requisito de que não haveria matrimônio sem vontade livre, seria possível declará-lo nulo. O casamento poderia ser declarado nulo em caso de falta de capacidade para consentir (Cânon 1095); a ignorância (Cânon 1096); o erro quanto à pessoa (Cânones 1097-1099); a simulação (Cânon 1101); Violência ou medo (Cânon 1103); condição não cumprida (Cânon 1102) (HORTAL, 2011, p. 11).

Nesse contexto, não havia espaço para o divórcio, em face da indissolubilidade do casamento. Todavia, Wald aponta que existia um tipo de "separação de corpos", que não dissolvia completamente o vínculo, "a evolução do direito canônico se realizou no sentido da elaboração da teoria das nulidades e da regulamentação da separação de corpos e de patrimônios (*divortium quoad thorum et mensam*), que extingue a sociedade conjugal sem, todavia, dissolver o vínculo" (WALD, 2005, p. 14).

Complementa o jurista que tal separação de corpos dependia "da autorização do bispo ou do sínodo, só sendo admitido em casos específicos como adultério, a heresia, as tentativas

---

[18] "Cân. 1095, § 1º: São incapazes de contrair matrimônio: 1º. Os que carecem do uso suficiente da razão: não se trata de impedimento para casar, mas incapacidade para consentir validamente" (VASCONCELOS, 2007, p. 101).

[19] Cânon 1057, "§ 1º O matrimônio é produzido pelo consentimento legitimamente manifestado entre pessoas juridicamente hábeis; esse consentimento não pode ser suprido por nenhum poder humano.
§ 2º O consentimento matrimonial é o ato de vontade pelo qual o homem e a mulher, por aliança irrevogável, se entregam e se recebem mutuamente para constituir matrimônio".

de homicídio ou as sevícias de um cônjuge em relação ao outro" (WALD, 2004, p.14). Diz ainda que: "os efeitos da separação para este direito são "a extinção do dever de coabitação, subsistindo, todavia, entre os separados, os deveres de fornecer alimentos e fidelidade recíproca". (WALD, 2004, p.15) No entanto, apenas depois do século XIV, "é que se admite a separação no caso de acordo entre os cônjuges" (WALD, 2004, p.15).

A corroborar esta informação, Vasconcelos discorre que "a partir do séc. XIV a Igreja autorizou a separação de fato, chamada de divórcio, quando o marido batia ou feria a mulher, mas a medida era sempre revogável" (VASCONCELOS, 2007, p. 11-12).

Por outro lado, Gilissen cita que, não obstante a impossibilidade de divórcio no Direito Canônico, desde o século XIII, a Igreja já permitia a separação requerida por qualquer dos cônjuges, mantendo-se, contudo, a união.

Na era Cristã, o concubinato, classificado como pecado, foi severamente combatido pela Igreja Católica, que criava sanções para coibir tal convivência, todavia, sem sucesso. As relações não matrimonializadas ficavam à margem da sociedade. Rosana Amara Girardi Fachin detalha que "o concubinato existia, mas apenas entre pessoas de baixa renda e clandestinamente, não se inserindo nas camadas abastadas ou médias, que pelo casamento garantiam a transmissão da propriedade" (FACHIN, 2001, p. 35).

Diante desse cenário, fica evidente a importância do casamento para a Igreja, notadamente, por ser ele o instrumento de proteção do patrimônio da família, mola propulsora das relações sociais e econômicas da época. Arnoldo Wald reforça essa ideia afirmando que "por causa da influência da Igreja Católica, defensora do casamento monogâmico, surgiram muitas leis na tentativa de evitar o surgimento de novas relações familiares, sendo apenas tolerada a relação entre pessoas pelo casamento" (WALD, 2004, p. 21).

Fica evidente, pois, que a imposição à monogamia e a exclusão de novas formas de família fundavam-se no preconceito impregnado na sociedade, e, sobretudo, no interesse da Igreja em proteger o patrimônio da família.

Não obstante isso, o direito canônico trouxe uma visão sacramental e indissolúvel do matrimonio, sendo veemente contra o divórcio. A evolução do Direito canônico se deu pela criação dos impedimentos dirimentes, utilizados até hoje, pela elaboração das teorias das nulidades e pela possibilidade de separação de corpos, deixando um legado importantíssimo para o Direito Civil Brasileiro.

Mostrou-se imprescindível, portanto, a abordagem em torno do Direito Canônico, notadamente, porque, durante o período colonial e imperial, era este que regulava as relações

familiares no Brasil, em razão de ato editado pelo Imperador, o qual determinava a vigência das normas produzidas no Concílio de Trento.

É bem verdade que o Direito Civil evoluiu seguindo as modificações do meio social. Entretanto, não há como negar a influência dos conceitos básicos elaborados pelo Direito Canônico, que ainda hoje, são encontrados no Direito Brasileiro, exemplo disso, é a absurda imposição da monogamia para o reconhecimento da família contemporânea.

2.4 A família na Idade Moderna

A Idade Moderna é um período de transição entre o modelo econômico feudalista para o capitalista, que se inicia em 1453, quando Constantinopla foi tomada pelos turcos otomanos.

Nessa época, a decadência do feudalismo, a chegada do capitalismo, a Reforma protestante e o enfraquecimento do poder da Igreja muito contribuíram para a mudança de feição da família moderna, tornando-se mais comuns os casamentos por amor. Junto com isso, a mulher, após muitas lutas, passa a conquistar o seu lugar na sociedade.

Segundo Weber, emerge a ética protestante e o espírito do capitalismo, o destino do homem passa a ser regido pela nova organização social (WEBER, 1967).

Estudioso em relação aos impactos da modernidade sobre o Cristianismo, Guinness, afirma:

> Modernidade é uma terminologia que define um sistema oriundo das forças da modernização e desenvolvimento centrado, sobretudo na premissa que toda causa ‘de cima para baixo’ vinda de Deus ou do sobrenatural, foi substituída definitivamente por causas ‘de baixo para cima’, frutos dos designos e produtividade humana. (GUINNESS, 1992, p. 160.)

O antropocentrismo, o racionalismo e o individualismo, que são fundamentos do Renascimento, chocam com o teocentrismo e com as concepções da filosofia escolástica, e, por conseqüência, a religião, fundamento da cultura medieval, dá lugar à importância da ciência. As idéias contrárias à Igreja Católica são disseminadas, culminando na Reforma Protestante, iniciada em 1517, por vários líderes, sendo o alemão Martinho Lutero o mais destacado (MAZEUAD, 1976).

Com a reforma protestante, a Igreja Católica deixa de ser representante exclusiva dos preceitos cristãos, circunstância que altera o enfoque concedido à família na Idade Média. O sistema feudal é substituído pelo Estado Nacional e a família passa a contar com a proteção estatal. Surgem, a partir daí, as primeiras leis civis disciplinando o casamento não religioso e transformando-o no único válido legalmente (MAZEUAD, 1976).

A reforma religiosa, portanto, atingiu fortemente o domínio da Igreja sobre a família, excluindo, na Idade Moderna, o caráter sacramental do casamento. Ariès confirma que as grandes mudanças no casamento se iniciam com a modernidade, o "patriarcalismo puritano" que imperava no Direito Canônico, cede lugar a uma família mais igualitária (ARIÈS, 1987).

Ademais, a Revolução Industrial, a crença no progresso e nos ideais do Iluminismo também marcaram a família na Idade Moderna. Segundo César Fiúza:

> Com o tempo, porém, o patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos. O golpe crucial é deferido pela Revolução Industrial, que tem início já no século XVIII. Com ela, a mulher se insere no mercado de trabalho, e a revolução na família começa.
> O golpe fatal ocorre nos idos de 1960, com a chamada Revolução Sexual, em que a mulher reclama, de uma vez por todas, posição de igualdade perante o homem. Reclama, enfim, um lugar ao sol. É também esta revolução sexual que põe em cheque os padrões morais da sociedade ocidental (FIÚZA, 2008, p. 944).

A Revolução Industrial fragmentou socialmente a população em dois grupos: a burguesia, constituída pelos proprietários das fábricas, das máquinas, do comércio, das redes de transporte e dos bancos; e, o proletariado, o trabalhador da indústria, que vivia do salário do sistema capitalista.

Certo é que com a Revolução Industrial, a família deixa de ser uma unidade de produção comandada pelo *pater*, para ter caráter econômico, em que cada membro passa a trabalhar dentro das fábricas. De acordo com Silvio de Salvo Venosa, a inserção das máquinas provocou a desagregação do trabalho familiar e a ruína da diferença de papéis entre seus integrantes (VENOSA, 2006).

Ante a esse cenário, a família reduz a sua feição paternalista, deixando de ser produtora dos bens para a sua própria subsistência, para auferir o seu sustento no mercado de trabalho externo, ora como proprietária, ora como proletária. No entanto, tal alteração gerou consequência, uma vez que, a maioria das famílias passou por este processo, a mão de obra tornou-se abundante e a exploração dos trabalhadores os levou à união de forças para reivindicar melhorias efetivas junto ao Poder Público. Somados a essa insurgência, as mulheres e jovens aproveitaram para exigir os seus direitos.

Surgiram os movimentos feministas e de jovens do século XIX, os quais desencadearam no maior acolhimento de uniões informais, a possibilidade de extinção do casamento com maior facilidade, igualdade entre homem e mulher. Simultaneamente ao distanciamento do Estado em relação à Igreja, emergiu o fenômeno da laicização da família, e, nesse diapasão, a liberação dos costumes, a revolução feminina e a evolução da genética,

que possibilitou novas formas de reprodução, muito contribuíram para redimensionar o conceito de família. Sanda sintetiza que:

> A família dita moderna é fruto de duas feridas narcísicas infligidas pelos efeitos das Revoluções Francesa e Industrial sobre o sujeito ocidental entre meados do século XVIII e o início do XX. Tais feridas, que consistem na perda da origem divina do homem e na perda da plenitude do eu, deram início ao desmonte da figura mítica do pai e a ingerência de certas instituições estatais no âmbito privado (SANDA, 2007, p. 17).

Afora isso, outra alteração importante se deu no conteúdo do casamento. Da antigüidade à Idade Média, eram os pais que cuidavam do casamento dos filhos. O casamento não consagrava um relacionamento amoroso, aliás, até o século XVIII, apenas o amor fora do casamento proliferava. O matrimônio, cuja função principal era a procriação, não levava em conta a existência de amor.

Na Idade Moderna, contudo, o amor individual, presente na ideologia burguesa, sugere o casamento por amor, amor-paixão, com predomínio do erotismo na relação conjugal. A valorização do amor e dos sentimentos ganha espaço, a partir da segunda metade do século XVIII, articulada, sobretudo, pela valorização do amor romântico[20] no âmbito da família burguesa. (ARIÈS, 1987)

No entanto, a concepção de casamento por amor apresentou prós e contras, conseqüências e contradições. Por um lado, a vontade da pessoa passa a ser considerada, todavia, por outro, a busca incessante pelo amor e felicidade inerente ao matrimônio, criavam idealizações acentuadas, as quais, muitas vezes, geravam conflitos resultantes da frustração das expectativas ilusórias. Tudo isso comprometia a duração dos casamentos (ARIÈS, 1987).

Maria de Fátima Araújo, Psicóloga que se dedica a pesquisa da história do amor, do casamento e da sexualidade da antigüidade à modernidade, relata que:

> Até o século XVIII, e não só na cultura ocidental, havia uma diferença básica entre o amor no casamento e o amor fora do casamento. Vários textos da cultura judaica e grega mostram que o amor não era necessário ao casamento, cuja função principal era a procriação.
> [...]
> Expulso do casamento, o amor proliferou nas relações ilícitas, estilizado pelos cavaleiros, poetas e trovadores, vivido intensamente por homens e mulheres em toda parte. O amor cortês cantado pelos trovadores era diferente do amor cavalheiresco. O amor cavalheiresco era quase sempre ligado a um adultério carnal ou a uma

[20] A época do surgimento do amor romântico é controversa. Alguns, como Samy Glenz, afirmam que emergiu nos tempos medievais, outros alegam que só no fim do século XVIII surge o ideal do amor romântico como base da intimidade e, por isso, o casamento e suas relações impregnaram as consciências pelo menos nas classes média e alta da Europa Ocidental (GLANZ, 2005, p. 64).

> proeza que resultava no casamento. O amor cortês era um amor adúltero espiritual que nunca implicava no casamento dos amantes. O amante dessas histórias era sempre socialmente inferior à dama cortejada e se dispunha a qualquer sacrifício para provar o seu amor. Era um herói disposto ao sacrifício, mas não buscava o encontro carnal com sua amada. Fazia simplesmente uma declaração, uma confissão de amor, fosse pelo gesto, pela amável conversa ou pelo simples olhar. A retribuição esperada era um ato de carinho, um reconhecimento do amor, nunca a entrega do corpo. Enquanto o amor cortês exaltava a mulher e a colocava num plano superior ao homem, o amor cavalheiresco a colocava numa atitude passiva, inferior ao homem e dependente de sua iniciativa (ARAÚJO, 2016).

O casamento por amor, que, na Idade Média, ocorria entre os camponeses, vagarosamente, ganha espaço e passa a ser adotado pelas camadas altas da sociedade na era moderna, a partir do século XV (ARIÈS, 1987).

A sexualidade também foi encarada de outra forma na família moderna. A moral cristã Igreja, que no auge do Direito Canônico havia instituído o casamento como único espaço legítimo para uso da sexualidade, com o objetivo exclusivo de procriação, perde força, desmanchando-se os véus da ilusão religiosa. Marx, em “Manifesto do Partido Comunista” pontua:

> Perde-se o halo, símbolo primordial da experiência religiosa. Tudo que era sólido e estável evapora-se, tudo que era sagrado é profanado, e os homens são, finalmente, obrigados a encarar com serenidade suas condições de existência e suas relações recíprocas (MARX; ENGELS, 1990, p.79).

Assim, as mudanças no amor, no casamento e na sexualidade ao longo da modernidade, as revoluções burguesas, sobretudo, a Industrial e Sexual instauraram novo estilo de vida familiar e social, resultando em transformações radicais na intimidade e na vida pessoal dos membros da família.

Com o advento da Revolução Francesa e pela introdução dos preceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, no mundo ocidental, alteram-se ainda mais os paradigmas da família até então absolutos, permitindo a existência de novas formas de relacionamento.

Por sua vez, no período pós Revolução na França, Napoleão Bonaparte renega o poder eclesiástico quando introduz no Código Civil Francês - título V - a noção de matrimônio meramente civil, a qual serviu, inclusive, de modelo à Constituição de numerosos países europeus e não europeus. Sylvio Capanema de Souza destaca os avanços do Código de Napoleão para a família:

> Embora procurando alcançar os ideais de igualdade, emanados da Declaração dos Direitos do Homem, o Código Napoleão, refletindo os valores de sua época, organizou a família ainda consagrando o poder marital.

> Mas foram enormes os avanços. Antes de Napoleão, os filhos, mesmo depois de alcançarem a maioridade, continuavam representados pelo chefe da família, e o casamento era indissolúvel, tratando-se os filhos adulterinos como estranhos à família.
> O Código Napoleão reduziu as diferenças de direitos entre o marido e a mulher, libertando os filhos maiores da submissão jurídica aos pais, além de instituir a adoção e o divórcio consensual.
> Os sistemas que vigoravam durante a Idade Média não lograram unificar os matrimônios germânico, canônico e civil. Aos poucos, entretanto, o casamento canônico representava muito mais um sacramento, enquanto que o civil ia adquirindo nítida feição contratual, mas havia muita afinidade entre as duas formas, especialmente quanto às condições preliminares e suas conseqüências.
> O Código Napoleão fez uma corajosa e decisiva opção pelo casamento civil, atribuindo-lhe a natureza contratual, enfraquecendo a influência da Igreja.
> No momento em que se vislumbrava, no casamento, a existência de um contrato, era imperiosa a adoção do divórcio, como forma de extingui-lo, pelo distrato, rompendo-se, assim, a tradição canônica da indissolubilidade do vínculo matrimonial, o que abriu as portas para a visão moderna do Direito de Família (SOUZA, 2004, p. 44-45).

Assim sendo, o Código Napoleão atribuiu a natureza contratual ao casamento, ferindo de morte o poder da Igreja sobre a família. O diploma legal também teve a importante missão de retirar os filhos maiores da submissão jurídica dos pais e instituir o divórcio consensual. Contudo, ainda que tenha reduzido as diferenças de direitos entre o marido e a mulher, manteve as mulheres casadas sob obediência do marido, ficando proibida de vender, hipotecar ou comprar imóveis (SOUZA, 2004).

Além do número de vidas perdidas, a Primeira (1914-1918) e a Segunda Guerra (1939-1945) produziram mudanças de comportamento irreversíveis nas entidades familiares nas décadas seguintes. Como os homens foram aos campos de batalha, sobreveio sobre as mulheres à obrigação de ir à luta a fim de sustentar a casa. Com isso, depois da Segunda Guerra Mundial, confronto mais mortal de todos os tempos, as mulheres entraram de vez no mercado de trabalho, exercendo funções essencialmente masculinas até então.

É assim que as guerras consolidam a quebra do pensamento anterior de que “lugar da mulher é em casa”. Resultado disso são os movimentos feministas que explodem pelo mundo no final dos anos 1960.

Após a Segunda Guerra Mundial, pela influência da expansão científica que abalou o mundo, aumentou-se, consideravelmente, a preocupação com a proteção do direito geral da personalidade humana e com o respeito à sua dignidade, constando em Cartas Constitucionais de vários países[21]. Fábio Maria de Mattia considera que “houve a retomada do conceito geral

[21] Segundo Fábio Maria de Mattia, foi a Constituição alemã de 1949 que introduziu preocupação com os direitos fundamentais do homem – *Die Grundrechet artikel 1 Die wurde des Menschen*: “A dignidade dos homens é intocável. Cuidá-la e protegê-la é uma obrigação estatal. O povo alemão processa por isso a fé nos invioláveis e inalienáveis direitos humanos como base de cada comunidade humana da paz e da justiça no mundo”. O autor

de personalidade, compreendido como a prerrogativa de conservação e desenvolvimento da própria individualidade, valor intrínseco do homem, conteúdo de sua dignidade" (MATTIA, 1978, p. 35).

Diante de tal cenário, a família moderna flexibiliza de forma tênue o poder patriarcal, valoriza o relacionamento amoroso e a sexualidade, deixando de lado a função meramente procriadora do casamento sacramental, constante na Idade Média. A família chefiada pelo *pater* cede lugar à nova entidade familiar, fundada no reconhecimento do amor romântico, na reciprocidade dos sentimentos e na importância da sexualidade. Entretanto, a situação da mulher ainda não é boa, muita luta haverá pela frente.

Todos esses aspectos ensejaram a repersonalização da entidade familiar moderna.

2.5 A Família na pós-modernidade

De início, importa destacar que é um desafio discorrer sobre a família na pós-modernidade[22], principalmente, por ser esta fase um momento de transformação ainda sem final. Conforme visto, a industrialização, a urbanização e a organização da população iniciadas na era moderna provocaram alterações importantes nas feições familiares e sociais. O impacto dos movimentos sociais, sobretudo do feminismo, somado ao questionamento em relação à heterossexualidade como norma, impulsionou o que Manuel Castells denominou de "uma poderosa onda de choque" que teria ensejado a crise da família patriarcal (CASTELLS, 2010).

Manuel Castells reconhece a importância do patriarcalismo "na estrutura familiar e na reprodução sociológica da espécie" humana, no entanto, deixa evidente que a dominação do homem sobre a mulher e filhos não tem lugar na sociedade em rede, permeada pelo crescimento da "economia informacional global" (CASTELLS, 2010, p. 170-171). O autor descreve que as novas estruturas de comportamento do indivíduo no campo político, econômico, cultural e até psicológico, ocorrida nos países mais desenvolvidos da América do

---

cita que Portugal trouxe a mesma proteção na Constituição de 1976 e Código Civil de 1966 (MATTIA, 1978, p. 37).

[22] Existem diferentes nomeações para a Pós-Modernidade de acordo com o teórico que trabalha a questão. Podemos citar como exemplos sociedade do espetáculo (Guy Debord); sociedade pós-industrial (Daniel Bell); sociedade de risco (Ulrich Beck); modernidade tardia (Anthony Giddens); pós-modernidade (Jean François Lyotard, Boaventura Santos); modernidade líquida (Zygmunt Bauman); sociedade programada (Alain Touraine); sobremodernidade (Marc Augé); capitalismo desorganizado (Claus Offe, Scott Lash e John Urry); sociedade em rede (Manuel Castells); capitalismo tardio (F. Jameson); sociedade do controle (Gilles e Deleuze); fim da história (Francis Fukuyama). Essa é uma discussão que nos remete, muitas vezes, para universos de referência distintos, debates diferenciados e filiações epistemológicas não coincidentes.

Norte e da Europa desencadeou o enfraquecimento do modelo familiar baseado na autoridade e na dominação exercida pelo homem.

O sociológo Samuel Magoji Sanda, em sua obra “Ensaio sobre a família pós-moderna”, retrata a alteração da entidade famíliar na pós-modernidade:

> O sistema familiar burguês, que alcançou seu pleno desenvolvimento no século XIX, baseava-se no casamento de companheirismo, centrado na educação doméstica das crianças, na quase emancipação das mulheres pelo mercado de trabalho e no isolamento da família nuclear em relação ao parentesco. Nesse contexto, a sociedade em geral parecia mostrar sinais de que estava entrando em uma nova fase como mostrava alguns jornais e revistas norte-americanas do final do século XIX que relatavam o aumento do número de divórcios, a queda da natalidade entre as pessoas de melhor nível sócio-econômico, a instável posição da mulher na sociedade e a chamada Revolução Moral.
> Por volta do início do século XX, algumas mudanças tornaram-se evidentes: as mulheres eram cada vez mais incitadas a exigirem direitos até então exclusivos dos homens como o voto e a educação; os jovens transformaram-se em um público consumidor; e os pais foram instados a satisfazer todos os desejos de seus filhos (SANDA, 2007, p. 22).

Nesta fase, a mulher entra no mercado, reivindica direitos de igualdade de tratamento e, com isso, o poder patriarcal se flexibiliza. Castells explica como o papel da mulher foi importante para quebrar a dominação do homem na família, senão vejamos:

> A família patriarcal, base fundamental patriarcalismo vem sendo contestada neste fim de milênio pelos processos, inseparáveis, de transformação do trabalho feminino e da conscientização da mulher. As forças propulsoras desses processos são o crescimento da economia informacional global, mudanças tecnológicas no processo de transformação da espécie e o impulso poderoso promovido pelas lutas da mulher e por um movimento feminista multifacetado, três tendências observadas a partir do final da década de 60. A incorporação maciça da mulher no mercado de trabalho remunerado aumentou o seu poder de barganha vis-à-vis o homem, abalando a legitimidade da dominação deste em sua condição de provedor da família. Além disso, colocou um peso insustentável sobre os ombros das mulheres com suas quádruplas jornadas diárias (trabalho remunerado, organização do lar, criação dos filhos e a jornada noturna em benefício do marido). Primeiro os anticoncepcionais, depois a fertilização in vitro e a manipulação genética que se aprimora a cada dia são fatores que permitem à mulher e à sociedade controle maior sobre a ocasião e a frequência das gestações (CASTELLS, 2010, p. 170).

Então, é percebido que o enraizado patricarlismo, assente em todas as sociedades, sucumbiu-se às reivindicações femininas de igualdade de tratamento e, principalmente, ao processo de crescimento da economia global. Os movimentos feministas[23], sem dúvida, foram

[23] Há de se considerar, conforme descrito na compilação histórica realizada neste estudo, que os movimentos feministas não se iniciaram na era pós-moderna, tendo havido algumas manifestações ao longo de várias etapas da experiência humana. Castells, oportunamente, destaca que "a história do feminismo como tão é antiga , como bem exemplificado pelo movimento sufragista nos Estados Unidos. Tenho, porém, de admitir que foi apenas nos últimos 25 anos que observamos uma insurreição maciça e global das mulheres contra a sua opressão, embora

de essencial importância para a alteração da administração da vida cotidiana da família, todavia, admitir tal fato não significa dizer que os problemas relacionados à discriminação, opressão e abuso das mulheres tenham sido eliminados, mas apenas reduzidos.

A esse respeito, Castells afirma que a evolução da situação da mulher na sociedade incomodou os homens e causou uma triste reação:

> Embora a discriminação legal tenha, de certo modo, diminuído e a tendência seja que o mercado de trabalho venha a se equalizar à medida que o nível de educação da mulher aumenta, a violência interpessoal e o abuso psicológico tem-se expandido, justamente em virtude da ira masculina, tanto individual quanto coletiva, ante a perda. Essa não é, nem será, uma revolução de veludo. A paisagem humana da liberação feminina está coalhada de cadáveres de vidas partidas, como acontece em todas as verdadeiras revoluções. Entretanto, não obstante a violência do conflito, a transformação da conscientização da mulher e dos valores sociais ocorrida em menos de três décadas em quase todas as sociedades é impressionante e traz conseqüências fundamentais para toda a experiência humana, desde o poder político até a estrutura da personalidade (CASTELLS, 2010, p. 171).

Em suma, o autor conclui que a combinação de quatro elementos contribuiu para a crise da família patriarcal. O primeiro elemento relaciona-se com "a transformação da economia e do mercado de trabalho associada à abertura de oportunidades para as mulheres no campo da educação", o segundo com "as transformações tecnológicas ocorridas na biologia, farmacologia e medicina, proporcionando controle cada vez maior sobre a gravidez e a reprodução humanas", com este pano de fundo, o patriarcalismo foi atingido pelo "desenvolvimento do movimento feminista" e pela "rápida difusão de ideias em uma cultura globalizada em um mundo interligado por onde pessoas e experiências passam e se misturam, tecendo rapidamente uma imensa colcha de retalhos formada por vozes feministas" (CASTELS, 2010, p. 171-172).

Diante de tais transformações, a família pós-moderna, gerada nos movimentos revolucionários e de contracultura ocorridos na década de 60, caracterizou-se por meio da união temporária de dois indivíduos que buscam relações íntimas ou realização sexual e pelo aumento considerável das separações. A estrutura da família foi alterada pelos costumes, fincada no afeto e na valorização da dignidade da pessoa humana, levando a efeito o ser individualmente considerado. Contudo, “apesar de todas as transformações, a nova família

---

com diferente intensidade dependendo da cultura e do país. Tais movimentos têm causado impacto profundo nas instituições da sociedade e, sobretudo, na conscientização das mulheres. Nos países industrializados, a grande maioria das mulheres considera-se igual ao homem, com direito às mesma prerrogativas de controlar seus corpos e suas vidas. Tal conscientização está se difundido rapidamente em todo o planeta. Essa é a mais importante das revoluções, porque remete às raízes da sociedade e ao âmago do nosso ser" (CASTELLS, 2010, p. 170).

conjugal conserva traços típicos da família anterior: o de controlar a sexualidade feminina e preservar as relações de classe" (OLIVEIRA, 2009, p. 65).

Certo é que a entrada maciça das mulheres no mercado de trabalho produziu grandes transformações na estrutura familiar, notadamente, porque, muitas delas, por meio do seu trabalho, passaram, a chefes de família. Em seguida, as conquistas femininas do direito ao voto, à separação e ao divórcio abalaram de vez o pátrio poder, até então, intocável e intocado.

Desse modo, a sociedade em geral mostrava sinais de evolução e, no final do século XIX, a dissolução dos casamentos em larga frequência foi o primeiro indicador de insatisfação com o modelo familiar existente. Samuel Magoji Sanda explicita que:

> Com a introdução do divórcio, o casamento deixou de ser um pacto indissolúvel e garantido pela presença divina para se tornar, pelo menos formalmente, um contrato quase livremente consentido entre homens e mulheres, supostamente baseado naquilo que veio a ser chamado de amor romântico. Digo quase livremente consentido porque, embora houvesse a possibilidade de escolha do cônjuge, esta ainda era determinada pelos pais, principalmente quando havia patrimônio em jogo (SANDA, 2007, p. 19).

O divórcio, de tabu transformou-se em uma reivindicação feminina, sobretudo, entre as mulheres inseridas no mercado do trabalho, provedoras da casa, capazes de sustentar a si e seus filhos, que mantinham casamentos mal-sucedidos. Ao longo da década de 60 e 70, a clássica premissa "até que a morte nos separe", foi sendo substituída, gradativamente, pelo novo tipo de sociedade conjugal, no qual seria possível a rompimento da promessa de se manterem juntas até a morte.

O direito ao divórcio foi uma conquista das pessoas, que passam a ter a sua vontade e autonomia preservada, alteração muito importante para àquelas pessoas que se viam presas às outras, apenas pelo respeito às regras de indissolubilidade até então vigentes. Rompe-se "a bolha sufocante dos casais" (BAUMAN, 2004, p. 11).

No entanto, por outro lado, o instituto banalizou-se, mormente, por se tornar a solução natural para as primeiras dificuldades da vida a dois. Samuel Magoji Sanda justifica que:

> O sujeito de nossas sociedades liberais, com a onipotência que o caracteriza, ao procurar a satisfação e o prazer imediato, torna-se incapaz de renúncias exigidas pela constituição de uma família. O primado do "eu" sobre o "nós conjugal" desvaloriza a fidelidade e a constância em prol da auto-realização das potencialidades, colocando a existência conjugal em novos termos. Não se trata mais de o indivíduo se instalar na vida a dois, mas de vivê-la sabendo que o outro é tem a liberdade de reivindicar, a qualquer momento, sua alteridade radical, deixando para trás a época em que a cumplicidade cultivada ao longo dos anos fazia os cônjuges acreditarem

> que envelheceriam juntos, partilhando as lembranças de uma vida (SANDA, 2007, p. 33/34).

O matrimônio, então, abandona a sua conotação eminentemente patrimonial para se fundamentar no amor, que varia com o tempo e circunstâncias fáticas vivenciadas. Cuida-se do "amor líquido" de Zygmunt Bauman, pelo qual os relacionamentos escorreriam como água, principal infortúnio da atualidade (BAUMAN, 2004).

Em seu livro "Amor Líquido", Bauman analisa as particularidades das relações amorosas na "modernidade liquida" [24], demonstrando "a misteriosa fragilidade dos vínculos", em face dos "desejos conflitantes de apertar laços e ao mesmo tempo mantê-los frouxos". Entende que "as relações tornam-se cada vez mais 'flexíveis', gerando níveis de insegurança sempre maiores" (BAUMAN, 2004, p. 06).

Falando de flexibilidade nas relações, no âmbito específico da família, Gisele Maria Fernandes Novaes Hironaka reconhece que a independência econômica da mulher, o divórcio, o controle de natalidade, a reprodução assistida, a reciprocidade afetiva e a autenticidade "tornaram a estrutura familiar mais maleável, adaptável às concepções atuais da humanidade" (HIRONAKA, 2007, p. 12).

Bauman menciona que o processo de "furiosa individualização" induz as pessoas a agir como os controles remotos, mudando de uma relação para outra como se estivessem trocando de canal. Entende que o sujeito pós-moderno vive numa constante oscilação entre sonho e pesadelo, dois avatares que coabitam dentro de sua consciência em diferentes níveis (BAUMAN, 2004).

Nesse aspecto, Hironaka (2007) destaca que a pós-modernidade[25] traz consignada a busca da realização pessoal, do prazer, abrindo espaço para a pessoa se libertar das amarras da família das sociedades anteriores, tendo em vista suas escolhas e preferências (HIRONAKA, 2007). De um lado a afirmação da individualidade, que muito impactou os laços familiares, de outro, a busca pelo relacionamento baseado no amor e afetividade, no respeito à valorização da essência do ser humano e, sobretudo, o respeito aos direitos personalíssimos.

[24] Bauman distingue a "modernidade líquida" e da "modernidade sólida". A primeira representa o novo mundo, a pós-modernidade, a primazia do consumo em detrimento de qualquer ética da parcimônia. A segunda, a modernidade sólida, relaciona-se com a sociedade industrial, a sociedade da guerra-fria (BAUMAN, 2004).

[25] Gilles Lipovetski defende que o termo "hipomodernidade" é mais adequado que pós-modernidade, pois não haveria uma ruptura com a modernidade. Afirma que os tempos atuais são modernos, associados a uma exacerbação de características das sociedades modernas como o individualismo, o consumismo, a ética hedonista, a fragmentação do tempo e do espaço, valorizando, no entanto, o reinvestimento afetivo em sentimentos e valores tradicionais, a valorização do amor, a liberdade, a qualidade e a expectativa de vida (LIPOVETSKI, 2004, p. 8-9).

Os relacionamentos da pós-modernidade, sem dúvida, se mostram fruto de intensa agitação cultural e social, sendo exatamente este o ponto crucial para o surgimento de novos valores e novas formas de família, que tem como ponto de partida a afetividade e a efetivação da dignidade da pessoa humana.

O indivíduo tem a sua autonomia individual ampliada e a pós-modernidade aparece com a democratização do hedonismo[26]" (MIZRAHI, 1998, p.62), travestido de livre-escolha, do tipo "se não gostar do programa, então desligue a televisão", seria a condenação da sociedade.

Diante disso, questiona-se: a família estaria em tempos líquidos, onde nada é para durar? Não é isso que se crê.

Na realidade, defende-se a ideia de que as famílias se inquietaram diante das repressões antepassadas e hoje seus integrantes não se subjugam a interesses alheios. É de se pensar que o casamento, ao longo da história, foi um instituto, muitas vezes, utilizado como forma de opressão do indivíduo. Preocupado com o patrimônio, o casamento foi arranjado, por interesse, e, pior, indissolúvel, circunstâncias que, sem dúvida, desconsideravam por completo a dignidade do ser humano.

Como a história segue a linha de que toda ação tem uma reação. O que se vê, na era pós-moderna, é o casamento compreendido como uma mera relação conjugal temporária entre dois ou mais indivíduos, que buscam realização pessoal e relações íntimas, sendo plenamente passível de dissolução, por meio do divórcio.

Considerando o contexto do presente estudo, questiona-se: Mais de dois indivíduos podem se unir ou se casar? A resposta é sim, porque não. As famílias poliafetivas são uma realidade e não podem ser ignoradas pela sociedade, por mais que temas como estes ataquem as amarras religiosas ou preconceituosas de alguns integrantes da sociedade. A conjugalidade em sentido amplo é uma realidade para as famílias poliafetivas.

Fato é que, em tempos líquidos, a dificuldade em compatibilizar o casamento, o trabalho, a liberdade individual e do outro, enfim, a rotina da vida contemporânea tem levado à crise na família, principalmente, ao divórcio. A partir de tal situação fática, surgem novas entidades familiares, tais como a família monoparental, anaparental, dentre outras, as quais serão objeto de tópicos específicos. A propósito, na sociedade contemporânea, as famílias

[26] O hedonismo tem como princípio básico a busca do prazer, enquanto virtude da construção humana. Outra versão comum assume o hedonismo como bem supremo, um valor fundamental. Filósofos como Hume, Bentham e Mill podem ser considerados fundamentalistas do hedonismo, ao passo que pensadores contemporâneos tendem rever esta antiga concepção filosófica no sentido utilitarista (ABBAGNANO, 1960).

monoparentais são um modelo cada vez mais frequente, emergindo tanto do divórcio, como do desejo de ter filhos de forma independente.

Diante desse contexto, a entidade familiar pós-moderna caracterizava-se pela “perda da autoridade paterna, o fortalecimento da autoridade materna e os relacionamentos virtuais” (SANDA, 2007, p. 28). Sobre este último, diversamente dos relacionamentos presenciais, complexos por natureza, mostra-se mais fácil entrar e sair dos relacionamentos virtuais – nem sempre verdadeiros, mas que permitem a utilização da tecla “delete”, em caso de emergência.

A família transforma-se de unidade de produção a uma entidade de solidariedade social, na qual os integrantes se unem exclusivamente pelo laço afetivo, pouco importando a perpetuação dos descendentes. Homens e mulheres passam a experimentar novos relacionamentos afetivos, ampliando o conceito de família para além do casamento. Dessa maneira, surgem novas modalidades de família no mundo contemporâneo, projetadas, sobretudo, na evolução dos costumes, na afetividade e na tentativa da derrubada de mitos e preconceitos.

Conclui-se, portanto, que a família abandona o caráter eminentemente patrimonial de outrora para assumir uma nova dimensão solidarista, com feição afetiva, plural, humanizada, mais democrática e menos autoritária, voltada para o respeito à dignidade de todos os seus membros.

2.6 A evolução da família no Brasil: do patriarcalismo à afetividade

Definir a família no Brasil Colonial também não é tarefa fácil. A diversidade de padrões familiares encontrados e suas transformações ao longo do tempo demonstram o caráter dinâmico e histórico da entidade familiar.

Nesse sentido, Leila Mezan Algranti, no livro “A História da Vida Privada no Brasil”, relata que, nos primeiros séculos da colonização, a distância da Metrópole, que distanciava os membros das famílias, a falta de mulheres brancas, a presença da escravidão negra e indígena, a constante expansão do território e a escassez de recursos marcaram a formação da organização familiar brasileira (ALGRANTI, 1997).

A autora ainda descreve que o caráter estratificado da sociedade - brancos e negros, livres e escravos - dificultava a fixação de padrões de organização familiar. Tratou, então, da “vida doméstica na Colônia”, no seu sentido mais estrito, como sendo o espaço de convivência da intimidade, sobrepondo-se à família. Justifica que as famílias se constituíram de diferentes tipos de uniões – sacramentadas ou não – frequentemente dispersa e detalha:

> Ora era o pai que se ausentava a serviço da Coroa ou em virtude de suas atividades, ora era a filha que se casava fora do local de seu domicilio, ou o filho que partia numa expedição ao sertão. Isso sem contar esposas e maridos que abandonavam a família para viver com outros companheiros, além, é claro, das repetidas interrupções dos laços familiares casadas por mortes prematuras.
> É o espaço do domicílio que reúne, assim, em certos casos, apenas pessoas de uma mesma família nuclear e um ou dois escravos; em outros, somavam-se a essa composição agregados e parentes próximos, como mães viúvas ou irmãs solteiras. Por vezes encontramos domicílios compostos de padres com suas escravas, concubinas e afilhadas, ou então comerciantes solteiros com seus caixeiros. Em alguns domicílios verificamos a presença de mulheres com seus filhos, porém sem maridos; também nos deparamos com situações em que um casal de cônjuges e a concubina do marido viviam sob o mesmo teto. Isso sem falar nos filhos naturais e ilegítimos que muitas vezes eram criados com os legítimos. Tantas foram às formas que a família colonial assumiu, que a historiografia recente tem explorado em detalhe suas origens e o caráter das uniões, enfatizando-lhe a multiplicidade e especificidades em função das características regionais da colonização e da estratificação social dos indivíduos (ALGRANTI, 1997, p. 86-87).

A partir do relato de Algranti (1997), pode-se verificar que existia, no Brasil Colônia, uma multiplicidade de arranjos que muito se parece com a pós-moderna, vislumbra-se a família unipessoal, monoparental, anaparental, simultânea, e, até mesmo, a presença da família poliafetiva. Vainfas (1997) concorda aduzindo que num território extenso e culturalmente diverso como era o das colônias portuguesas, seria ingênuo considerar que existiu apenas um tipo de organização familiar.

Segundo Iraci del Nero da Costa, na obra “A estrutura familial e domiciliar em Vila Rica no alvorecer do século XIX”, no Brasil Colônia, “o estudo da estrutura familiar vincula-se, necessariamente, àquele relativo aos domicílios”(COSTA, 1971, p. 21).

Por outro lado, conquanto tenha havido famílias de várias espécies, não se pode negar a importância do casamento no projeto colonizador, a bem dizer, restrito, primordialmente à elite, em busca de status e segurança para o seu patrimônio. Segundo Algranti:

> O casamento sacramentado conferia status e segurança aos colonos, tornando-o desejável tanto pelos homens como pelas mulheres, o que não significa que o simples fato de um indivíduo pertencer às camadas mais baixas implicasse necessariamente uniões consensuais. Pessoas de origem humilde, inclusive escravos, uniram-se em matrimônio perante a Igreja, conforme indicam vários estudos. A prática de oferecer dotes a moças órfãs e desprotegidas institucionalizou-se na Colônia mediante doações, reveladoras de que o casamento dignificava as pessoas (ALGRANTI, 1997, p. 87).

Como conseqüência direta da colonização portuguesa, resta evidente a influência do Direito Romano, Germânico e Canônico nas famílias brasileiras formada pelo casamento sacramentado.

Mary Del Priore, na obra "História do amor no Brasil", declara que, durante todo o período colonial e Império, "o casamento arranjado e o casamento por interesse", como contratos sociais solenes, eram mais importantes do que o amor entre elites (PRIORE, 2005, p. 159).

Quanto ao sistema normativo, na época em que ainda era colônia de Portugal, o direito brasileiro se resumia ao que era posto pelas Ordenações do Reino de Portugal, ou seja, o Brasil se submeteu ao sistema normativo do seu colonizador por árduos 300 anos.

Na verdade, havia três Ordenações do Reino de Portugal, mas apenas as Filipinas, publicadas no ano de 1603, vigeram, no Brasil, desde o desde o período de colonização até o advento do Código Civil de 1916. Cuidava-se de uma compilação jurídica fortemente influenciada pelo Direito Romano, Canônico e Germânico e, como não poderia deixar de ser, mantinha o tom patriarcalista e patrimonialista do período medieval (DANTAS, 1979).

Proclamada à independência do Brasil, não houve qualquer ruptura com o sistema jurídico português. Isso porque, em 20 de outubro de 1823, D. Pedro I, editou uma lei[27], que determinou a manutenção das Ordenações Filipinas no Brasil, bem como demais formas normativas emanadas dos imperadores portugueses.

Sobre as características das Ordenações Filipinas, Francisco Amaral destaca que a legislação portuguesa aplicada no Brasil Colônia era "atrasada e retrograda", com regras vigentes no século XV (AMARAL, 2003). E, justamente seguindo essa perspectiva, o modelo de família patriarcalista começou a se formar logo no primeiro século da colonização, a partir

[27] LEI DE 20 DE OUTUBRO DE 1823. "Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados.
D. Pedro I, por Graça de Deus e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Perpetuo Defensor do Brazil, a todos os nossos Fieis Subditos Saude. A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Impero do Brazil tem Decretado o seguinte.
A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brazil Decreta.
Art. 1o As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.
Art. 2o Todos os Decretos publicados pelas Côrtes de Portugal, que vão especificados na Tabella junta, ficam igualemnte valiosos, emquanto não forem expressamente revogados. Paço da Assembléa em 27 de Setembro de 1823" (BRASIL, 1823).

da herança cultural portuguesa, cujas raízes ibéricas foram fortemente vinculadas ao passado medieval europeias.

Afora isso, o Brasil ficou por muito tempo sujeito as normas portuguesas, arraigadas de contornos religiosos, absorvendo, com isso, as leis, os costumes, as tradições e as imposições sacras advindas do Estado-Eclesiático. Diante de tal contexto, a família era sacralizada com mera finalidade meramente procriativa.

Marise Soares Corrêa explica a influência histórica sofrida pela família brasileira, nos primórdios:

> A família brasileira guardou as marcas de suas origens: da família romana, a autoridade do chefe de família; e da medieval, o caráter sacramental do casamento. Desta maneira, a submissão da esposa e dos filhos ao marido, ao tornar o homem o chefe de família — que, fincada na tradição, vem resistindo, na prática, a recente igualdade legal que nem a força da Constituição conseguiu sepultar — encontra a sua origem no poder despótico do *pater familias* romano. Ainda, o caráter sacramental do casamento advém do Concílio de Trento, do século XVI (BRASIL, 2009, p. 81).

Naquele momendo, a família patriarcal foi se instalando no Brasil, sobretudo, em decorrência da influência da família romana, da autoridade do chefe de família; e da medieval, o caráter sacramental do casamento. Seguindo essa perspectiva, o homem exercia o poder absoluto do controle e comando da casa, devendo a mulher e filhos prestar-lhe obediência e imensurável respeito[28].

No campo legislativo, a Constituição Brasileira de 1824, inspirada na ideologia liberal, ignorou o Direito de Família e o instituto do casamento civil, notadamente, porque, em face do vínculo estreito entre Igreja e Estado, apenas o casamento religioso era considerado meio formal de família.

Assim, considerando que, até o ano de 1861, quem disciplina os direitos matrimoniais era a Igreja, o casamento eclesiástico era o mais praticado, em função, principalmente, do grande o número de católicos existentes à época (GIORGIS, 2007).

---

[28] Eni de Mesquita Samara, professora Titular do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, ressalva: “a família sempre foi pensada na História do Brasil como a instituição que moldou os padrões da colonização e ditou as normas de conduta e de relações sociais desde o período colonial. No entanto, até a algumas décadas atrás ainda pouco conhecíamos sobre o perfil dessa família, predominando na literatura uma imagem vinculada ao modelo patriarcal extraído da obra de Gilberto Freyre, Casa Grande e Senzala (Freyre, 1987), escrita no início do século XX. E assim, para várias gerações de estudiosos, esse modelo funcionou como critério e medida de valor para entendermos a vida familiar brasileira ao longo do tempo (SAMARA, 2002, p. 28).

No entanto, a influência dos países protestantes e de seus imigrantes que vieram Brasil e o consequente aumento dos cidadãos não católicos geraram reações às imposições da Igreja, e, em 11 de setembro de 1861, foi promulgado o Decreto nº 1.144[29], conferindo efeitos civis ao casamento religioso realizado por outras religiões que não a católica. Tal instituto foi regulamentado pelo Decreto n. 3.069, de 1863[30], que permitiu o registro de outras formas de celebração do casamento diferente da do Estado, ou seja, além do realizado pela Igreja Católica.

Em março de 1888, mesmo antes da proclamação da República, o regime Imperial, por meio do Decreto nº 9.886, instituiu a obrigatoriedade de registro dos nascimentos, casamentos e óbitos, fazendo "cessar os efeitos civil dos registros eclesiásticos". Segundo Neder e Cerqueira Filho, na passagem do Império à República, travou-se, nos bastidores, acirrada disputa entre conservadores clericais e republicanos em relação ao domínio dos registros civis. A Igreja que mantinha todos os registros eclesiásticos em seus domínios perde tal prerrogativa para o Estado (NEDER; CERQUEIRA FILHO, 2001).

[29] Decreto nº 1.144, de 11 de Setembro de 1861 – "Faz extensivo os effeitos civis dos casamentos, celebrados na fórma das leis do imperio, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejão regulados ao registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possão praticar actos que produzão effeitos civis. Hei por bem Sanccionar e Mandar que se execute a Resolução seguinte da Assembléa Geral.
Art. 1º Os effeitos civis dos casamentos celebrados na fórma das Leis do Imperio serão extensivos:
1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião differente da do Estado celebrados fóra do Imperio segundo os ritos ou as Leis a que os contrahentes estejão sujeitos.
2º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião differente da do Estado celebrados no Imperio, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso.
3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião differente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na fórma que determinado fôr em Regulamento.
4º Tanto os casamentos de que trata o § 2º, como os do precedente não poderão gozar do beneficio desta Lei, se entre os contrahentes se der impedimento que na conformidade das Leis em vigor no Imperio, naquillo que lhes possa ser applicavel, obste ao matrimonio Catholico.
Art. 2º O Governo regulará o registro e provas destes casamentos, e bem assim o registro dos nascimentos e obitos das pessoas que não professarem a Religião Catholica, e as condições necessarias para que os Pastores de Religiões toleradas possão praticar actos que produzão effeitos civis.
Art. 3º Ficão revogadas as disposições em contrario (BRASIL, 1861).

[30] Decreto nº 3.069, de 17 de Abril de 1863: "Regula o registro dos casamentos, nascimentos e obitos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado.
Dos casamentos de pessoas não catholicas a que são extensivos os effeitos civis dos casamentos catholicos
Art. 1º Os casamentos de nacionaes ou estrangeiros que professarem religião differente da do Estado, celebrados fóra do Imperio (art. 1º, § 1º da Lei de 11 de Setembro de 1861) não dependem de registro algum no Imperio, para que lhes sejão extensivos os effeitos civis dos casamentos catholicos.
Art. 2º Esses casamentos celebrados fóra do Imperio reputar-se-hão provados do mesmo modo que os casamentos catholicos, apresentando-se documentos authenticos de onde conste a sua celebração na fórma do rito, ou leis do respectivo paiz; uma vez que taes documentos estejão legalisados pelo Consul, ou Agente Consular Brasileiro de paiz em que forão passados (BRASIL, 1863).

A instituição do casamento civil, conforme já demonstrado neste estudo, fez com que a Igreja perdesse grande parte de seu poder, e, no ano de 1890, com a proclamação da República Brasileira, apartaram-se, formalmente, os poderes religiosos e estatais. Com a edição do Decreto nº 181[31], de 24 de janeiro de 1890, introduziu-se, no Brasil, o casamento civil, demonstrando que o matrimônio exclusivamente religioso não tinha qualquer valor jurídico no país.

Em seqüência, a Constituição Republicana de 1891, redigida por Rui Barbosa, seguindo o cunho liberal do modelo americano combinado com o ideal republicano, cuidou de reconhecer apenas as uniões fundadas no casamento civil de celebração gratuita[32], desvinculando, de vez, a instituição matrimonial dos ditames da Igreja. Ressalta-se que o fato causou certa reação na sociedade, pois, mesmo enfraquecida, a Igreja ainda tinha o poder de disseminar a ideia de que a união civil seria considerada uma heresia.

Por outro lado, em busca de uma legislação civil pátria, sobreveio da Constituição Imperial de 1824, no art. 179, XVIII, o comando, *in verbis*: "organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da eqüidade" (BRASIL, 1824).

A determinação de elaborar um Código Civil "quanto antes", contudo, demorou a ser cumprida. Fruto de um longo processo de aprovação legislativa[33], o primeiro Código Civil

---

[31] Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil.
[...]
DISPOSIÇÕES GERAES
Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por deante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brazil, si o forem de accordo com as suas disposições.
Paragrapho unico. Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimonio pela religião delles.
Art. 109. Da mesma data por deante todas as causas matrimoniaes ficarão competindo exclusivamente á jurisdicção civil. As pendentes, porém, continuarão o seu curso regular, no fôro ecclesiastico (BRASIL, 1890).

[32] Art 72 [...] § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita (BRASIL, 1891).

[33] Ao analisar sobre a lentidão na regulamentação jurídica das relações de família no Brasil, Maria Celina Bodin e Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira, na obra "Comentários à Constituição do Brasil", organizado por Canotilho, Gilmar Mendes Inglo Sarlet e Lênio Streck justificam que: "A regulamentação das relações de família no Brasil foi deixada, durante quase 300 anos, às Ordenações do Reino que, por força de lei de 1823 – seguida à Independência – foram mantidas em vigor até o advento do Código Civil, em 1916, muito tempo depois, portanto, de sua revogação em Portugal (pelo Código Seabra, em 1865). A razão desse aparente descaso é simples: até o início do século XX, as relações familiares no Brasil eram consideradas como um assunto exclusivamente privado (na verdade, essencialmente escolástico), cuja autoridade máxima - o pai de família, dotada de poder absoluto, não podia ser contestada por quem quer que fosse, não cabendo, por esta razão, ao Poder Público ali imiscuir-se, além do mínimo necessário. Isto explica também o laconismo constitucional sobre a matéria até 1988, especialmente nas Constituições ditatoriais de 1967 e 1969, que, diferentemente das Constituições de 1934, 1937 e 1946, aboliram por completo qualquer referência aos filhos" (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p.266).

Brasileiro, instituído pela Lei n° 3.071, somente em 1º de janeiro de 1916, ou seja, ficou muito tempo para ser elaborado e, com isso, nasceu velho, retratando a realidade individualista do século XVIII. Na concepção de Gustavo Tepedino:

> O Código Civil de 1916 é fruto de uma doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro, quando na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil (TEPEDINO, 2001, p. 02).

Ante a superveniência de um Código Civil calcado em realidade pretérita, não houve qualquer mudança substancial na realidade fática da família brasileira. Sendo assim, o casamento continuou indissolúvel e a família, consagrada pela lei, permanecia naquele modelo conservador, considerado como uma entidade matrimonial, patriarcal, patrimonial, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual. O vínculo que nascia da livre vontade dos nubentes era mantido, independente e até contra a vontade dos cônjuges. A família nuclear composta por homem, mulher e filhos habitando em um ambiente comum era praticamente a única existente.

Portanto, a legislação da República limitou-se ao casamento civil como única forma de matrimônio. O Código Civil de 1916 disciplinou o instituto do casamento em diversos artigos, consolidando-o como imprescindível para a constituição da família legítima[34], sem fazer qualquer alusão ao casamento religioso. Ficou patente, então, que o casamento civil tinha como efeito jurídico principal a legitimação da família, deixando de lado as uniões de fato que já eram existentes de forma numerosa à época. É importante ressaltar que a união sem casamento era fenômeno estranho ao Direito de Família, gerando apenas efeitos obrigacionais.

Ademais, no Código Civil de 1916, permitia-se o término da sociedade conjugal somente por via do desquite, amigável ou judicial. A sentença do desquite autorizava a separação dos cônjuges, colocava termo ao regime de bens, todavia, sem extinguir o vínculo matrimonial. A enumeração das causas de desquite era taxativa: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (art. 317). Foi mantido o desquite por mútuo consentimento dos cônjuges (art. 318), se forem casados por mais de 02 anos (BRASIL, 1916).

---

[34] Art. 229, CC/16: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos” (BRASIL, 1916).

O casamento civil, como única forma de constituição legítima da família, perdurou até 1934. Neste ano, o Estado Social, inaugurado pela Constituição de 1934, voltou a admitir a celebração religiosa do casamento como apta à produção de efeitos civis, desde que cumpridos os requisitos legais[35]. Ao mesmo tempo, influenciado pela Igreja, o legislador constituinte reconheceu o casamento indissolúvel como único modelo de entidade familiar[36].

A Constituição de 1937, influenciada pela Constituição Polonesa e pelos ideiais facistas, reconheceu a igualdade entre filhos naturais e legítimos[37], bem como reiterou que a família seria constituída pelo casamento indissolúvel, sem se referir à sua forma[38]. O mesmo preceito foi repetido nas Constituições de 1946 e de 1967.

Com o passar dos anos, a sociedade veio a sofrer transformações em várias esferas, não ficando a família alheia a isso. A inserção da mulher no mercado de trabalho, a conquista do direito ao voto e a busca de direitos iguais foram os grandes marcos de uma sociedade que sempre foi machista e feudalista. Fiúza considera que a Revolução Sexual foi um marco importante na evolução da família: "O golpe fatal ocorre nos idos de 1960, com a chamada Revolução sexual, em que a mulher reclama, de uma vez por todas, posição de igualdade perante o homem" (FIUZA, 2008, p.944).

E somando-se às mudanças advindas da industrialização, Eni de Mesquita Samara explicita que a expectativa de vida das brasileiras superior à dos homens -"no período de 1872 a 1996, a porcentagem de mulheres em relação ao total variou de 48,40% para 50,70%, com um decréscimo do número de homens de 51,60% para 49,30%" – também gerou reflexos no quadro de organização das famílias e domicílios (SAMARA, 2002, p. 29).

[35] Art. 146 da Constituição Federal de 1934: "O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem publica ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos effeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da opposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja elle inscripto no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatorio. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legaes attinentes á celebração do casamento (BRASIL, 1934).

[36] Art. 144 da Constituição Federal de 1934: "A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.
Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo" (BRASIL, 1934).

[37] Art. 126 da Constituição Federal de 1937: "Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais (BRASIL, 1937).

[38] Art. 124 da Constituição Federal de 1937: "A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos" (BRASIL, 1937).

Seguindo esse processo de transformação, a industrialização, o aumento de número de mulheres, a revolução feminista, a evolução filosófica e dos costumes e os avanços da ciência, notadamente, em relação às formas de concepção artificial, ensejaram o enfraquecimento do patriarcalismo, de modo a abrir espaço para o surgimento de um modelo familiar descentralizado, democrático e igualitário, regido pelo afeto, solidariedade social e felicidade.

Em resposta aos anseios da sociedade, foram editadas normas com o objetivo de flexibilizar a rigidez dos dispositivos constantes do Código Civil de 1916, corrigindo situações fáticas de evidente injustiça. Em 1942, o reconhecimento dos filhos naturais após o desquite foi permitido por meio do Decreto Lei n. 4.737[39]. Na sequência, a Lei nº 883/49 permitiu esse reconhecimento em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal[40].

Afora isso, seguindo a linha da evolução do Direito Civil, a Lei nº 6.515/77, no art. 51[41], estatui o reconhecimento dos filhos ilegítimos durante a vigência da sociedade conjugal, desde que em testamento cerrado, além de permitir a ação de alimentos pelos mesmos, garantindo seu direito à herança, ainda que de forma limitada.

Entrentanto, somente pela Emenda Constitucional nº 9[42], de 28 de junho de 1977, que o divórcio foi oficialmente instituído, posteriormente, regulamentado pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio)[43], de autoria do senador Nelson Carneiro. O fato de o

---

[39] Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942: "Art. 1º O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação" (BRASIL, 1942).

[40] Art. 1º "Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação" (BRASIL, 1949).

[41] Art. 51 da Lei 6.515/77 – A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações:
1º: Parágrafo único - Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.
2º: Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.
4º:Parágrafo único - Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação.
9º: O filho havido fora do casamento e reconhecido pode ser privado da herança nos casos dos arts. 1.595 e 1.744 do Código Civil (BRASIL, 1977).

[42] Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal
Art. 1º: O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 175 – [...]
§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.
Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda (BRASIL, 1977).

[43] Art 2º - A Sociedade Conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;

divórcio permitir a extinção total do vínculo do casamento, de forma a autorizar novo casamento, gerou polêmica, principalmente, em face da influência religiosa que ainda pairava sobre o Estado naquela ocasião. Afinal, "novas núpcias", em tempos pretéritos, eram totalmente rechaçadas pela Igreja. Tanto é assim que até o ano de 1977, o vínculo jurídico do casamento não podia ser dissolvido. Em caso de convivência insuportável, a única opção seria o desquite, instrumento capaz de interromper os deveres conjugais, todavia, sem por fim à sociedade conjugal, ou seja, se finda a convivência sob mesmo teto, os bens partilhados, entretanto não era permitido novo casamento. Vale dizer que inexistiam, naquela época, leis que resguardassem os direitos daqueles que viviam juntos informalmente.

Desse modo, a Lei do Divórcio concedeu a possibilidade de extinção da sociedade conjugal, com permissão para novo casamento, todavia, somente por uma vez[44]. O desquite deu lugar à separação, que continuou sendo um estágio intermediário da dissolução da sociedade conjugal até a obtenção do divórcio. Apenas com o advento da Constituição da República de 1988, que o divórcio passou a ser permitido mais de uma vez.

Aliás, o texto constitucional foi divisor de águas na evolução da família brasileira. A valorização da pessoa humana, princípio constitucional auto-executável, passa a exigir uma nova interpretação dos institutos do Direito Privado, iniciando a era da constitucionalização do Direito Civil, definida por Paulo Luiz Netto Lôbo como sendo "o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional." (LÔBO 2003, p.199; LÔBO, 2005, p.3).

Segundo Tepedino, "o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou profunda modificação nos métodos de interpretação do Direito Privado" (TEPEDINO, 2003, p.115), tornando necessária a releitura do Código Civil à luz da Constituição da República de 1988, de forma a adequar e funcionalizar as relações jurídicas privadas patrimoniais e existenciais, visando à promoção do bem comum e o interesse coletivo.

Dessa forma, o caráter individualista e patrimonialista, que permeou o Código Civil de 1916, fora substituído pela inserção de princípios e regras constitucionais, fundados na

---

II - pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.
Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio (BRASIL, 1977).

[44] Art 38 da Lei 6.515/78: "O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez" (BRASIL, 1978).

proteção da dignidade da pessoa humana, princípio que impôs a despatrimonialização e personalização das relações jurídicas privadas.

Trilhando essa linha, a Constituição da República de 1988, adotando um modelo democrático de família, inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a igualdade entre os cônjuges e filhos, as liberdades e as garantias da mulher, a autonomia individual, enfim, a observância da dignidade de todos os membros da família.

A partir desse momento, o casamento deixa de ser o único bem jurídico tutelado, passando a ser dever do Estado assegurar a proteção da família[45], independente da sua forma de constituição. O legislador constituinte elevou a união estável à categoria de entidade familiar, regulando as uniões informal, facilitando, inclusive, a sua conversão ao casamento. A família monoparental também recebeu atenção constitucional.

Apesar de tais mudanças terem sido essenciais para a sociedade, algumas questões ficaram à margem de regulamentação, desconsiderando que todas as espécies de família são faces de uma mesma realidade: o afeto. O casamento e a união estável permaneceram limitados ao vínculo entre duas pessoas, homem e mulher, ignorando a relação homoafetiva e poliafetiva presentes na sociedade pós-moderna.

Não há como ignorar que as transformações sociais induziram o surgimento de novos arranjos, ficando no passado a noção de que o vínculo biológico seria o único elemento caracterizador da família. Saiu de cena a família patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e matrimonial para tomar o seu lugar à nova entidade familiar democrática, plural, socioafetiva, inspirada nos valores constitucionais da isonomia, solidariedade e dignidade da pessoa humana, cada vez mais destinada à promoção da felicidade de seus membros. É a família eudemonista.

Segundo Maria Berenice Dias: “o eudemonismo[46] é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito”. (DIAS, 2009, p.54).

---

[45] Art. 226 da CR/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988).

[46] O eudemonismo - *eudaimonismo* provém do grego *eudaimonia* – a felicidade como objetivo da vida humana, o agir segundo a virtude. Aristóteles, na obra “Ética a Nicômaco", pontua que “a felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações." (ARISTÓTELES, 2012). A concepção de que a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade se instala na pós-modernidade.

Assim, a família evoluiu, recebeu novos contornos, transformando-se em relações ligadas aos sentimentos de afeto, felicidade e amor familiar. Ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, a Constituição da República de 1988 criou um novo conceito de entidade familiar, albergando novas configurações de vínculos afetivos.

De acordo com Paulo Lobo "O caput do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão da família, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade" (LOBO, 2002, p. 95).

Diante da nova perspectiva da família, o modelo tradicional – o casamento - passou a ser mais uma forma de constituir o núcleo familiar. A Constituição da República de 1988 alargou o conceito de família elencando, exemplificativamente, como entidades familiares o casamento, a união estável e a família monoparental, deixando em aberto a possibilidade de novos arranjos familiares.

Nessa esteira, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, proferindo julgamento da ADIn 4277 e da ADPF 132, alargou ainda mais o conceito de família ao conceder aos casais homoafetivos o direito de formarem família por meio da união estável. A Suprema Corte brasileira entendeu que a união homoafetiva é uma entidade familiar, sendo que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

O reconhecimento da família homoafetiva demonstra, claramente, que o direito não pode ignorar as relações fáticas existentes na sociedade. No contexto da pluralidade familiar, não há justificativa para o não reconhecimento dos direitos das famílias aos arranjos poliafetivos. A igualdade entre homem e mulher, a proteção à família plural, o respeito à dignidade humana, à liberdade, à garantia aos direitos fundamentais, impõe a aceitação de novas modalidades de família, sendo plenamente viável, portanto, conferir proteção às famílias poliafetivas.

CAPÍTULO 3 - CONTORNOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Ah! O Amor.
O amor é como uma borboleta.
Por mais que tente pegá-la, ela fugirá.
Mas quando menos esperar, ela está ali do seu lado.
Mario Quintana

O Direito das Famílias vem vivenciando um importante processo evolutivo. A partir de parâmetros históricos, pode-se perceber que a família do novo milênio se mostra um resgate da dignidade da pessoa humana, tão reprimida e oprimida ao longo da evolução da família.

Com o advento da Constituição da República de 1988, a família sofreu um alargamento em seu conceito, passando a ser compreendida como um instrumento de realização da personalidade e da dignidade de seus componentes. A família brasileira incorpora um significado social, pelo qual o Estado tem a obrigação constitucional de garantir proteção incidente, sob todas as suas formas de manifestação.

Como a presente pesquisa acadêmica apresenta como enfoque o reconhecimento jurídico de organizações sociais posicionadas à margem da proteção normativa, se faz necessário abordar os fundamentos pelos quais se defende a garantia do direito fundamental de formar uma família aos indivíduos adeptos ao padrão relacional diverso daquele estabelecido pela sociedade, a poliafetividade.

O conceito de família se ampliou e a pluralidade constitucional é uma realidade que não pode ser ignorada pela sociedade.

Nessa perspectiva, pretende-se, neste capítulo, traçar os contornos contemporâneos do Direito das Famílias, de forma a demonstrar a sua nova concepção eudemonista, o conceito contemporâneo, a sua função social, bem como os princípios informadores e legitimadores dos novos arranjos familiares.

3.1 A família contemporânea: eudemononista

Demonstrou-se, ao longo deste estudo, que a nova família brasileira é inspirada nos valores constitucionais da isonomia, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, estando diretamente ligada à promoção da felicidade de seus membros. É a era da família eudemonista.

A família patriarcal, limitada àquele núcleo constituído de homem, mulher e filhos, no qual o homem era o responsável por toda a administração do lar, deu lugar a uma série de novas configurações familiares formadas a partir de laços afetivos, caracterizadas como eudemonistas, sobretudo, porque seus membros são interligados pelo afeto e pela busca da felicidade. Fachin pontua que:

> 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 (FACHIN, 2003, p. 36).

Abandonou-se, portanto, a estrutura familiar clássica, patriarcal, hierárquica, para se admitir uma nova unidade familiar socioafetiva, permeada pelo afeto e ajuda recíproca, organização subjetiva fundamental voltada para a construção individual da felicidade dos seus integrantes, vertente intimamente conectada com os fundamentos da filosofia eudemonista de Aristóteles – em ética das virtudes - que se resume na palavra felicidade.

Eudaimonia, no grego, significa felicidade, *eudaimon* é adjetivo correspondente a "feliz". Na etimologia, *eudaimonia* significa "(*eu*) bem disposto; (*daimon*) que tem um poder divino" (SCÁRDUA, 2016). Usufruir dos poderes divinos seria uma condição essencial para que alguém seja feliz.

A psicóloga Angelita Viana Corrêa Scardua destaca as vertentes da *eudaimonia*:

> O significado original da palavra *eudaimonia* carrega consigo uma contradição: ao mesmo tempo em que a felicidade é um dom, sua manutenção depende da vida que o feliz vive! Essa aparente ambigüidade da felicidade, prenunciada pela língua grega, é confirmada pelas pesquisas mais recentes sobre o tema.
> Os atuais estudos sobre a Psicologia da Felicidade têm demonstrado que parte da nossa condição de felizes é inata, uma predisposição genética que nos confere maior ou menor propensão para experienciar emoções positivas. Ou seja, um dom! A outra parte dessa condição diz respeito aos eventos de vida que influenciam nossa inserção no mundo.
> Mas, tanto a parcela inata quanto a construída da felicidade podem ser, igualmente, transformadas por meio das escolhas conscientes que fazemos. Hoje sabemos que o cérebro aprende continuamente, se reestrutura e redefine nossa percepção do mundo

> e de nós mesmos. Esse processo ininterrupto de adaptação é o que nos permite (re)elaborar nossas metas e (re)significar nossas escolhas buscando, com isso, a realização das nossas potencialidades. (SCARDUA, 2016).

A *Eudaimonia*, no viés da psicologia, relaciona-se com o dom do ser humano de saber ser feliz e também com o meio escolhido por ele para viver, em outras palavras, a felicidade se relaciona diretamente com as escolhas da pessoa ao longo de sua vida.

Sêneca, um dos principais filósofos estóicos, destaca a importância da felicidade na vida humana, em seu Tratado 'Da vida feliz':

> Todos querem viver felizes, mas não tem a capacidade de ver perfeitamente o que torna a vida feliz. Realmente não é fácil atingir a felicidade, porque, se alguém desviado do reto caminho se precipita para alcançá-la, fica sempre mais afastado da felicidade. Correndo em sentido contrário, a nossa própria pressa torna-se a causa de um contínuo distanciamento (SÊNECA, 2009, p. 1)

A busca por respostas sobre a melhor forma de vida teve forte influência no estoicismo[47], e segundo Lawrence C. Becker: "a ética estóica é uma espécie de *eudaimonismo*. Sua principal preocupação será sobre o que devemos fazer ou ser para viver bem, para prosperar" (BECKER *apud* IRVINE, 2009, p. 35).

Certo é que a definição de felicidade não é uníssona. A felicidade é pessoal e individual para cada ser humano, ainda que o conceito geral seja construído com base no gozo da saúde, amor, dinheiro, entre outros itens. Pedro Henrique de Assis Crisafulli entende que "seu conceito se amolda ao tempo e espaço, na mesma razão em que se desenvolve a moral de determinada sociedade, obra dos avanços tecnológicos" (CRISAFULLI, 2011, p. 38).

A filosofia sempre ajudou a explicar esta condição humana. Amaury de Almeida Costa, em seu artigo o que é felicidade, esclarece que "Platão e Aristóteles associavam a felicidade à virtude". Tales de Mileto, a seu turno, defendia: feliz é "quem tem um corpo são e forte, boa sorte e alma bem formada" (COSTA, 2016).

Prossegue narrando que "na Idade Moderna os filósofos encontraram – ou definiram – outro caminho: o prazer. Para o inglês John Locke e o alemão Gottfried Leipzig, felicidade é o "prazer duradouro", idéias afastadas pelos iluministas. Immanuel Kant definiu a felicidade como "a condição do ser racional no mundo, livre de crenças, esperanças vãs ou a tutela de religiosos ou pensadores de qualquer outra origem". O filósofo afirma, em "A Crítica da

[47] Importante escola filosófica que se estendeu do período helenístico grego até parte do período de domínio do império romano no século III d.C.

Razão Pura", que este ser racional determina tudo o que acontece na vida de acordo com a sua vontade (COSTA, 2016).

Consoante o eudemonismo, caberia à ética, ciência que estuda o comportamento humano, traçar regras de conduta capazes de permitir ao homem trilhar o caminho da felicidade. A doutrina filosófica defende que a felicidade é o objetivo do homem, o que para Aristóteles seria o fim último da atuação humana, uma ética teleológica, de busca por uma finalidade[48] voltada para a felicidade.

Felicidade, nos tempos atuais, tem sido compreendida uma satisfação de desejos, sensação de bem-estar, a posse de bens materiais, o reconhecimento público, o bom emprego um contentamento decorrente de um sonho realizado, um objetivo pessoal atendido, ou até mesmo, uma família feliz e harmonizada.

No âmbito familiar, Maria Berenice Dias defende o direito individual à felicidade, "muito ligado à indispensabilidade de se ter um par" e dispara:

> Ainda que não esteja consagrado constitucionalmente, ninguém duvida que é um direito fundamental. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos, assegurar o direito à liberdade e à igualdade e de garantir o respeito à dignidade de cada um.
> Assim, mesmo não expresso explicitamente na Constituição Federal, o direito à felicidade existe e precisa ser assegurado a todos. Não só pelo Estado, mas por cada um, que além de buscar a própria felicidade, precisa tomar consciência que se trata de direito fundamental do cidadão, de todos eles (DIAS, 2016).

Sendo a felicidade um direito fundamental, compete ao Estado garantir a possibilidade de desenvolvimento do ser humano no âmbito da família pós-moderna. Sobre este aspecto, Pedro Henrique de Assis Crisafulli explicita que:

> O Direito, um instrumento criado pelo homem e para o homem com o fim de organizar a vida em sociedade, deve ser visto como um meio para a busca do fim maior de seus destinatários, a felicidade humana (eudemonia). O Estado, entidade personificada incumbida de ditar as normas de regência da sociedade, não pode se imiscuir da sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade (CRISAFULLI, 2011, p. 39).

[48] Malinoski e Silva (2010) acentuam que a ética aristotélica é finalistíca, que faz parte da essência do homem dirigir todas as suas ações em busca de um fim, e afirma que, na concepção eudemonológica, a intenção última é a felicidade, é o bem supremo que todos desejam.

Seguindo essa linha de proteção ao direito à felicidade, compete ao legislador criar normas capazes de incluir os grupos minoritários familiares eudemonistas, de modo a acompanhar a dinâmica social no campo das famílias.

Por todo o exposto, entende-se que toda e qualquer nova organização familiar plural, socioafetiva, isonômica, afetiva, conectada com os fundamentos da filosofia eudemonista, deve ser protegida pela Constituição da República de 1988.

Tecidas as devidas considerações sobre a família contemporânea eudemonista, passa-se à análise dos princípios informadores do Direito das Famílias.

3.2 Princípios afetos ao Direito das Famílias

O estudo dos princípios[49] aplicáveis ao Direito das Famílias é de grande valia para a presente tese, sobretudo porque se defende o reconhecimento de uma espécie de família – a poliafetiva – que, de acordo com a carga axiológica dos princípios constitucionais e civis, é digna de proteção e direitos como uma entidade familiar como outra qualquer.

Para demonstrar a força normativa dos princípios afetos ao âmbito familiar, oportuno se faz diferenciar as regras e princípios, nos termos da pós-modernidade.

O Direito tem por objetivo a pacificação das relações civilizadas e a criação da norma de conduta tem sido o meio utilizado para se operar o controle social. Surgem, assim, as normas jurídicas, sempre em resposta às transformações sociais e econômicas vividas em certo tempo e espaço. Durante toda a história da humanidade, os anseios da sociedade formaram proposições ideais que visam nortear e regulamentar as relações humanas de cada tempo.

As normas jurídicas guardam relação com o receptor normativo, regulando situações abstratas dirigidas a pessoas indeterminadas, sem qualquer individualização. José Afonso da Silva define normas, nos seguintes termos:

> Normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem (SILVA, 2007, p. 91).

[49] Marcelo Galuppo destaca a importância dos princípios para o direito: "o estudo dos princípios jurídicos é um velho tema da Filosofia e da Teoria do Direito, e compreender corretamente como eles são aplicados, em especial pelos tribunais, não é importante apenas do ponto de vista técnico do operador jurídico, como também para lançar luzes sobre o fundamento ético do direito moderno." (GALUPPO, 1999, p. 191)

Na lição de Robert Alexy, as normas jurídicas que compõem o Direito contemporâneo podem se manifestar principalmente através de regras e de princípios jurídicos, ou seja, o gênero norma abarca como espécies as regras (leis) e os princípios (ALEXY, 2012). Ronald Dworkin, no mesmo sentido, compreende que as regras e os princípios são espécies do gênero norma jurídica (DWORKIN, 2002).

Cuida-se da era da normatização dos princípios. Segundo Barcellos, as regras são normas que descrevem determinado comportamento sem se ocupar com a finalidade dessas condutas, ao passo que os princípios seriam normas que estabelecem estados ideais e objetivos a serem atingidos (BARCELLOS, 2005).

Acentua Celso Antônio Bandeira de Mello que:

> O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que ser irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a Tônica que lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2004, p. 451).

Adverte o autor que violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. Nesse aspecto, os princípios são fontes que orientam a interpretação do Direito, possuindo caráter de dever e de obrigação.

Segundo Humberto Ávila, os princípios “não apenas explicitam valor, mas, indiretamente estabelecem espécies precisas de comportamento” (ÁVILA, 2013, p. 29), são “normas finalísticas que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários à sua realização” (ÁVILA, 2013, p. 98-99).

Nas palavras de Miguel Reale (2003):

> Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE, 2003, p 37).

Nessa perspectiva, os princípios são proposições ideais que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico. Dotados de força normativa, são diretrizes centrais

que embasam o direito e fornecem subsídios a sua correta interpretação e aplicação. Em sua essência, os princípios constituem o fundamento da ordem jurídica.

A diferenciação das regras e princípios é oportuna, pois na realidade pós-positivista, os princípios constitucionais assumiram novo papel, plenamente aplicáveis às relações particulares. O fenômeno denominado principiologização dos direitos, oriundo da ordem constitucional, impôs reflexos importantes no Direito das Famílias.

A Constituição de 1988, em seu artigo 1º, estabeleceu que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, concedendo atenção especial aos direitos fundamentais e à família como um princípio constitucionalmente garantido, especialmente por ser necessário à formação do indivíduo.

Em face da eficácia imediata e da aderência ao sistema de proteção da dignidade humana, o Direito das Famílias foi o que mais sentiu o reflexo com a Constitucionalização do Direito Civil[50], passando imediatamente a ser interpretado conforme a carga axiológica da Constituição de 1988.

Em outras palavras, as regras jurídicas postas, estáticas e muitas vezes desatualizadas em relação ao seu tempo, necessitam ser interpretadas de modo a respeitar e promover a dignidade da pessoa humana. Neste procedimento, os princípios vêm sendo largamente utilizados pelos operadores do Direito para embasar as mais diversas teses e decisões judiciais.

A família é complexa, dinâmica e está sempre demandando transformações no direito que a regulamenta. Nesta senda, os princípios têm sido cada vez mais utilizados para propiciar o desenvolvimento humano da personalidade, no âmbito das mais variadas composições de entidades familiares.

Desta forma, demonstrar-se-á, neste estudo, que todas as famílias – não somente aquelas de relações biológicas, mas todas as famílias que se baseiam no afeto – merecem o amparo no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de violação aos princípios constitucionais familiares.

[50] Conforme já destacado, deu-se a Constitucionalização do Civil quando o texto constitucional de 1988 passou a tratar de normas essencialmente privadas; no caso do Direito de Família tem-se a afetividade, a autonomia, a liberdade, a dignidade, a igualdade entre homem e mulher e entre os cônjuges, dentre outras normas auto-executáveis e bastantes em si. Com isto o Direito Civil passa a ser interpretado com base na hermenêutica constitucional. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “o direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado” (GAMA, 2011, p. 106).

Posto isto, passa-se a estudar os princípios que norteiam o Direito das Famílias na contemporaneidade.

3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A noção de dignidade humana se altera ao longo da história, variando no tempo e no espaço, impactada, muitas vezes, por circunstâncias políticas e ideológicas de cada nação. Dignidade é a qualidade ou atributo decorrente da própria condição humana[51]. Segundo Dalmo de Abreu Dallari, mesmo considerando as diversidades sócio-culturais dos povos, a dignidade constitui-se um "valor universal". Para o autor, a despeito de diferentes individualidades, todas as pessoas são detentoras de igual dignidade apresentando pela sua condição humana as mesmas necessidades e faculdades vitais (DALLARI, 2002, p. 08).

A dignidade, neste estudo, é compreendida como um conjunto de direitos existenciais inerentes a todas as pessoas, em igual proporção, independe de sua capacidade de agir, pensar, sentir, encontrando fundamento na própria existência humana. Defendendo a mesma posição, Ingo Wolfgang Sarlet entende que o indivíduo é detentor de dignidade, pelo simples fato de integrar o gênero humano, atributo que o torna digno de consideração e respeito por parte de seus semelhantes (SARLET, 2001, p. 60).

A ideia de proteção à Dignidade da Pessoa Humana não é recente. Fábio Konder afirma que a lei escrita foi a primeira manifestação de que todo ser humano deve ser respeitado, confira-se:

> [...] essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.
> A lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política (COMPARATO, 2013, p. 24).

[51] Sobre a origem do estudo da dignidade humana, Fabio Konder Comparato pontua que "a justificativa científica da dignidade humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos, embora a primeira explicação do fenômeno, na obra de Charles Darwin, rejeitasse todo finalismo, como se a natureza houvesse feito várias tentativas frustradas, antes de encontrar, por mero acaso, a boa via de solução para a origem da espécie humana. Ora, apesar da aceitação geral das explicações darwinianas, vai aos poucos abrindo caminho no mundo científico a convicção de que não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas. A própria dinâmica da evolução vital se organiza em função do homem. Os partidários do chamado 'princípio antrópico' reconhecem que os dados científicos não permitem afirmar ou negar, aliás) que o mundo e o homem existem e evoluem em razão da vontade de um sujeito transcendente, que tudo criou e tudo pode destruir. O que os cientistas sustentam, com bons argumentos é que o encadeamento sucessivo das etapas evolutivas obedece, objetivamente, a uma orientação finalística, inscrita na própria lógica do processo, e sem a qual a evolução seria racionalmente incompreensível" (COMPARATO, 2013, p. 16).

Não obstante isso complementa o autor que:

> Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (COMPARATO, 2013, p. 24).

Fato é que, em resposta às lamentáveis atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal de Direitos Humanos inseriu a pessoa humana como o centro de proteção do ordenamento jurídico, conferindo-lhe dignidade e igualdade de direitos, logo no artigo 1º, *in verbis*: "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (ONU, 1948).

Tal dispositivo surgiu, principalmente, porque ao término da mais devastadora da guerra até então deflagrada, constatou-se que a idéia de superioridade de raça, classe social, cultura ou religião sobre as demais, põe em risco a própria existência da humanidade. O período pós-guerra, portanto, tornou-se o momento propício à criação de normas de amparo e proteção à pessoa humana.

Nesse cenário, retomando os ideais da Revolução Francesa, a Declaração Universal de Direitos Humanos representou uma manifestação histórica, universal, quando positivou a igualdade, liberdade e fraternidade (ou solidariedade, conforme consta no art. I) entre os seres humanos.

Na sequência, foram disseminados os princípios da referida Declaração em pactos ou acordos internacionais de conteúdo mais específico; circunstância ocorrida, sobretudo, em 1966, com a aprovação, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de dois Pactos Internacionais: o de Direitos Civis e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[52].

[52] Ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n° 226, de 12 de outubro de 1991, e promulgado pelo Decreto n° 592, de 6 de dezembro de 1992. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e
Considerando que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966;
Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo n° 226, de 12 de dezembro de 1991;
Considerando que a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi depositada em 24 de janeiro de 1992;
Considerando que o pacto ora promulgado entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 49, § 2°;

Reconheceu-se também que a observância da igualdade é essencial para todo ser humano, em face de sua dignidade; vale dizer, o fundamento de todos os valores, sem distinções de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, conforme disposto no art. II da Declaração Universal[53].

No Brasil, não obstante tenha havido menção aos direitos fundamentais da pessoa humana em Constituições Brasileiras pretéritas, apenas após o processo de redemocratização, depois de 21 anos de regime ditatorial, por meio da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, que houve o significativo avanço em relação aos direitos e garantias fundamentais. Pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a devida relevância.

Nessa perspectiva de realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, emerge a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, incorporando o Estado Democrático de Direito, que se destina a assegurar o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social. Seguindo a linha do neoconstitucionalismo[54], introduziu-se, expressamente, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III[55]) como valor máximo interpretativo e como fim da ordem econômica (art. 170[56] da CR/88).

O princípio constitucional da Dignidade Humana possui força normativa extensa no plano da interpretação constitucional, pois ordena e proíbe certas condutas em relação ao indivíduo. Nesse sentido, Steinmetz descreve:

DECRETA:
Art. 1° O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém (BRASIL, 1992).

[53] Declaração Universal de Direitos Humanos.
Artigo 2: I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.
II) Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania (ONU, 1948).

[54] O Neoconstitucionalismo é o processo de mudanças de paradigmas que se desenvolveu no Brasil, após a Constituição de 1988. Importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis que abarca fenômenos complexos e ainda não inteiramente assimiláveis (BARROSO, 2016).

[55] A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel os Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

[56] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...] (BRASIL, 1988).

> a) O respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; b) O reconhecimento de cada pessoa, independentemente das particularidades/características e vicissitudes pessoais ou sociais, como ser singular, único e irrepetível; c) O reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; d) A criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento pessoal.
> Em contrapartida, o princípio constitucional da dignidade da pessoa proíbe: a) A "coisificação" ou "objetualização" da pessoa; b) A "funcionalização" (política, social, econômica, religiosa, científica, técnica) da pessoa; c) A privação da pessoa, de condições e de meios para uma sobrevivência livre, autônoma e decentes; d) A humilhações ou vexações da pessoa; e) A submissão da pessoa a uma posição servil; f) A eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa (STEINMETZ, 2004, p. 116).

A dignidade assume, destarte, várias concepções, entre elas a de garantia de igualdade[57], justiça social[58] e solidariedade[59], ideiais que se projetam nas relações públicas e entre particulares.

Com efeito, o princípio da Dignidade Humana vincula não só os poderes públicos, mas também os particulares, pois, a Constituição Federal normatiza principiologicamente, diversos âmbitos da vida do ser humano, os quais o Estado não participa diretamente.

Guilherme Calmon Nogueira de Gama explica que "a dignidade humana da perspectiva das relações intersubjetivas sempre foi objeto de preocupação por parte do direito", como forma de impor respeito geral da pessoa humana, em face de todos os demais integrantes da sociedade (GAMA, 2011. p. 262).

No entanto, no curso dos séculos XVIII e XIX, a importância jurídica dos direitos fundamentais "era relativa, sobretudo na esfera privada, visto que naquele quadrante histórico tais direitos eram concebidos quase que exclusivamente como meios de limitação do poder estatal, portanto considerados como matéria restrita no campo público" (ALVES, 2001, p. 115).

---

[57] Em relação à igualdade como critério de dignidade, Perlingieri considera que a da noção de "igual dignidade social" como instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como pretensão de ser colocado em condições idôneas de exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes. (PERLINGIERI, 2007, p. 37).

[58] Na realidade, o princípio da igualdade e da justiça social se complementam, pois o valor da justiça social deve incidir sobre o Direito Civil contribuindo, em sede interpretativa para individuar o conteúdo que devem assumir as cláusulas gerais, como a eqüidade, a lealdade, o estado de necessidade à lesão, da diligência da boa-fé, etc. O preceito da igualdade poderá incidir sobre o conteúdo das cláusulas gerais que contribuem para a definição dos institutos fundamentais do Direito Civil, como a 'função social' a da propriedade e a 'utilidade social' para a iniciativa econômica privada, de forma a efetuar uma harmonização entre interesse individual e geral (PERLINGIERI, 2007, p. 49).

[59] Ao lado dos demais princípios constitucionais, como a liberdade, a igualdade e dignidade da pessoa, está a solidariedade, que é também, originariamente, um conceito moral. Assim, a solidariedade é uma norma constitucional-objetivo no sentido de uma norma-constitucional princípio, sendo, desta forma, um princípio constitucional. (STEINMETZ, 2001, p. 118).

Felizmente, tal realidade se alterou, e, hodiernamente, a dignidade da pessoa humana irradia seus efeitos de proteção em todas as esferas do direito, abarcando as relações intersubjetivas. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet "a necessidade de que a dignidade, como atributo de pessoa individual, deve ser acompanhada da necessidade de que as demais pessoas e a comunidade respeitem sua liberdade e seus direitos (SARLET, 2001, p. 53).

Nessa senda, Guilherme Calmon, oportunamente, ressalta que:

> A dignidade da pessoa humana, na perspectiva das relações intersubjetivas, cria dever geral de respeito pela pessoa (com valor intrínseco), consistente num conjunto de deveres e direitos recíprocos, de natureza material, voltados ao resguardo e à promoção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, também vista sob o enfoque das relações intersubjetivas, merece ser reconhecida e devidamente tutelada pela ordem jurídica na perspectiva de igual respeito e igual consideração de toda pessoa humana, tanto pelo Estado como pela sociedade (GAMA, 2011, p. 262).

Vê-se, pois, que o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito tem se mostrado resultado da evolução do pensamento humano. E, atualmente, os direitos da pessoa humana considerados como direitos supra positivos, ou seja, constituem prerrogativas inerentes à condição humana que devem ser respeitados e protegidos pelo Estado de Direito Democrático, tornando-se indissociáveis de todas as Constituições Democráticas.

Tal premissa, sem dúvida, refletiu diretamente nas feições das famílias brasileiras. Em observância ao princípio basilar da dignidade humana, o Direito das Famílias evoluiu, de forma a ampliar a abrangência do conceito de família, aceitando como legítimas as mais diversas formas de constituição familiar.

Seguindo tal evolução social, o texto Constitucional, mediante a instituição de seus valores, princípios e regras de proteção à pessoa, rompeu o tratamento discriminatório de outrora, reconhecendo a igualdade entre homem e mulher, filhos, e, sobretudo, a liberdade de escolha na composição das entidades familiares. Enfim, a dignidade humana restou elevada a valor fundamental a ser concretizada pelos direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil.

Nesse cenário, entende-se que a formação da família de maneira digna é um direito humano[60] a ser respeitado e protegido pelo Estado, sobretudo, como meio se permitir o

[60] Salienta-se que há entre os doutrinadores uma confusão terminológica para expressar o mesmo fenômeno, a Constituição Federal emprega, em vários momentos, expressões distintas como sinônimas, a despeito de consagrar o termo "direitos fundamentais", trata dos: a) direitos humanos (art. 4º, II; art. 5º, § 3º; art. 7º do ADCT); b) direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º,

desenvolvimento pessoal e social a cada membro da família, sem qualquer discriminação, em relação ao formato ou forma de constituição da entidade familiar, hetero, homo ou poliafetiva.

Carlos Roberto Gonçalves corrobora tal entendimento ao afirmar que "o direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito". (GONÇALVES, 2010, p.22).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho acrescenta que:

> O direito humano é um direito universal, inerente à condição humana, em todas as partes do mundo e em todos os tempos: o direito deve ser fundamental, universal e suscetível de uma formulação suficientemente precisa para dar lugar a obrigações da parte do Estado (FERREIRA FILHO, 2001, p. 57).

Destaca Maria Berenice Dias, por sua vez, que "a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer". (DIAS, 2010, p. 73). Afinal, a família é meio em que as pessoas realizam reciprocamente suas dignidades como pais, filhos, companheiros, cônjuges, crianças e idosos, ainda que a realidade dificulte esse objetivo.

A dignidade da pessoa humana transcende o direito, por isso, desempenha o papel de Princípio Constitucional Civil, constituindo-se uma norma jurídica atuante nas relações entre particulares, notadamente, na família. Mostra-se expressa como uma cláusula geral, que vem protegendo e ampliando as possibilidades de determinado direito. Prova disso, é o reconhecimento judicial da família homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Dignidade, então, pressupõe a igualdade entre as pessoas, as quais devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de características individuais, raça, gênero, capacidade ou qualquer outra segregação. Desse modo, resta claro que a aplicação da igualdade concede aos integrantes da família poliafetiva direito de serem respeitados pela sua livre escolha de constituição familiar, sem discriminação.

De par com isso, a dignidade da pessoa também se relaciona diretamente com a liberdade, a qual permite o exercício pleno dos seus direitos existenciais. A pessoa humana digna precisa de liberdade para sonhar, elaborar projetos de vida, manifestar suas opiniões, constituir família, ou seja, a pessoa humana necessita de liberdade de escolha para ser feliz, óbvio, que liberdade com responsabilidade social, não se defende irresponsabilidade em hipótese alguma.

LXXI); d) direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, caput); e) direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b); f) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV); g) direito público subjetivo (art. 208, § 1º) (BRASIL, 1988).

Nos dizeres de Gustavo Tepedino, a partir da ordem constitucional inaugurada em 1988, é possível reconhecer a consagração "de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade" (TEPEDINO, 2001, p. 49).

Somando-se a isso, o art.4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789 dispõe "a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem" (ONU, 1789), ou seja, o ser humano pode optar pela constituição de família que bem lhe aprouver, desde que inexista qualquer prejuízo à sociedade.

Pode-se concluir, portanto, que a dignidade da pessoa humana, como princípio estruturante do ordenamento jurídico brasileiro, ampara toda e qualquer forma de constituição de família, inclusive, as relações poliafetivas – objeto desse estudo. A garantia de respeito e preservação da individualidade da pessoa humana abrange, notadamente, o direito à formação da família com pluralidade de membros. Aquele que pretende desenvolver a sua dignidade no âmbito "poli" tem os mesmos direitos dos monogâmicos.

Sendo o afeto a forma de efetivação da dignidade de cada indivíduo dentro da entidade familiar, não pode o Estado se abster de proteger as pessoas que pretendem desenvolver a sua personalidade, no âmbito da família poliafetiva.

Sarlet pontua que ao Estado compete respeitar e proteger toda a pessoa humana, sendo certo que isso inclui: "a obrigação de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência" (SARLET, 2001, p. 108).

Arremata aduzindo que "o princípio da dignidade humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e renovam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir às pessoas de viverem com dignidade" (SARLET. 2001, p. 109).

Nessa toada, compartilha-se do entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira no sentido que:

> Uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos Direitos Humanos, ou melhor, é uma afronta à dignidade da pessoa humana. O Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não-reconhecimento

> de outras formas de família que não fosse o casamento. Como se vê, o Direito de Família está intrinsecamente ligado aos "Direitos Humanos" e à dignidade (PEREIRA, 2004, p. 71-72).

Sendo o direito à formação da família um direito humano, o exercício da liberdade e da autonomia privada para escolha do arranjo familiar que melhor lhe aprouver se mostra suficiente para legitimar a formação qualquer entidade familiar calcada no afeto e na solidariedade.

Resta claro, destarte, que a incidência do princípio da dignidade humana, por si só, é suficiente para afastar qualquer repúdio do Estado, em relação às novas formas de constituição de família - o que inclui as famílias formadas por mais de dois membros, a poliafetiva.

Na realidade, em observância ao princípio em comento, ao Poder Público compete criar meios para promover a dignidade humana de cada um de seus administrados, o que implica em não apenas atuar positivamente no sentido de efetivar a dignidade de cada indivíduo – reconhecendo as formas plurais de família, como também se abstendo de interferir na autonomia privada daqueles que escolheram viver uma vida afetiva digna dentro da filosofia do poliamor.

Fato é que a elevação da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, consagrou a primazia dos valores existências sobre os patrimoniais, razão pela qual tal princípio se mostra como fundamento basilar para justificar o reconhecimento das famílias poliafetivas.

3.2.2 Princípio da Igualdade

A noção de igualdade é diretamente ligada à dignidade, e como tal, não é recente. Comparato destaca que foi "sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência

de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural" (COMPARATO, 2013, p. 32).

Na visão de Carmem Lúcia Antunes Rocha, foi na Idade Média que a desigualdade chegou ao seu ápice, época em que predominava, na sociedade, leis que eram apenas o espelho da desigualdade social. Contudo, a sociedade ressente-se com tal situação, sobrevindo um Direito, fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se, então, o princípio da igualdade formal perante a lei (ROCHA, 2003).

Com o iluminismo a noção de igualdade evolui e filósofos, como Rousseau, defendiam que os homens eram iguais simplesmente por fazerem parte do mesmo gênero do ser humano, sendo diferenciados a partir das condições físicas e psíquicas de cada indivíduo, e qualquer outro tipo de desigualdade deveria ser descartada (ROCHA, 2003).

Segundo Carmem Lúcia, foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada na França, que elevou o princípio da igualdade a alicerce do Estado moderno, concedendo inspiração a todas as constituições modernas. Todavia, a positivação constitucional não foi o bastante para resolver as questões existentes na sociedade. Naquela época, os ideais do iluminismo e do liberalismo impediam a efetivação da igualdade, sendo levada a efeito apenas a igualdade formal, inábil para efetivar a isonomia jurídica (ROCHA, 2003).

Em reação a tal situação, emerge novo modelo estatal – o Estado Social –, preocupado em amenizar as desigualdades sociais, econômicas, culturais e outras que promovam discriminações injustas – trazendo à tona a igualdade material ou substancial. E exatamente com o propósito de igualar os iguais e desigualar os desiguais que surge o novo modelo constitucional, que busca garantir ao cidadão oportunidade de reparar injustiças, dando efetividade e dinamicidade ao princípio da igualdade (ROCHA, 2003).

Nos termos dessa nova visão, surge a igualdade material ou substancial para complementar a igualdade formal, proporcionando aos cidadãos, além da igualdade em face do Direito, a garantia de que o Estado será um Poder preocupado em efetivar a isonomia – proibindo aos administrados desigualações injustas.

A igualdade, conforme já visto, passa a formar o núcleo universal de Direitos Humanos, pelo qual se reconhece que todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Sendo inadmitida, ainda, distinção fundada na condição política, jurídica ou

internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania (ONU, 1948).

A igualdade se subdivide em duas vertentes: a igualdade formal e a igualdade material. A formal se mostra consubstanciada em vários dispositivos constitucionais, tais como, no *caput* do art. 5º, pelo qual "todos são iguais perante a lei", ou seja, a lei deve ser aplicada, indiscriminadamente, a todos; no art. 3º, quando preconiza a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais; e, também, no inciso IV do mesmo artigo 3º, que tem como objetivo da República "promover o bem de todos sem preconceitos, de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". De igual modo, o princípio da Isonomia é observado em vários preceitos constitucionais: no art. 3º, III, 5º, I, 150, II e 226, § 5º (BRASIL, 1988).

A igualdade material, por sua vez, determina o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Com efeito, o princípio da igualdade, consagrado no Brasil no rol de direitos e garantias individuais (art. 5º da CR/88)[61], assegura que não será permitida nenhuma distinção abusiva entre as pessoas, seja pela lei, pelo poder público ou pelo particular, ou seja, todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Tal princípio não veda tratamento legal diferenciado para pessoas que guardem distinções de grupo social, sexo, raça, condição econômica, entre outros. O que se busca é garantir a igualdade material, a igualdade jurídica isonômica, evitando que o parâmetro diferenciador seja carente de razoabilidade e proporcionalidade.

Vedam-se as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, esperando-se, por outro lado, o tratamento desigual aos desiguais, na medida em que se desigualam, por ser exigência tradicional do próprio conceito de Justiça. O que se realmente protege é a finalidade. Assim, haverá lesão à igualdade apenas quando o elemento discriminador não se encontrar a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

Nesse aspecto, vale citar a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

> O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias, as discriminações. Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se

[61] 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” (BRASIL, 1988).

> desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça. (FERREIRA FILHO, 1990, p. 243)

No tocante às relações familiares, em substituição às legislações anteriores (Estatuto da Mulher Casada e o Código Civil de 1916), que implementavam a distinção entre homens e mulheres de forma indiscriminada e injustificada, os arts. 226 da CR/88 e 1511 do CC/02, implementam a igualdade jurídica entre cônjuges e companheiros.

Consoante à Constituição da República de 1988, homens e mulheres são iguais perante a lei, circunstância que repercute nas relações familiares. Prova disso é o conteúdo disposto no art. 226, § 5°, da CR/88, pelo qual "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher"; o § 7º do mesmo artigo dispõe que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito.

Múltiplos são os artigos constitucionais que denotam a isonomia entre homens e mulheres na relação familar, surgindo o conceito de família democrática, em que há um regime de colaboração entre cônjuges e companheiros.

O princípio da igualdade, pois, traduz a máxima de que a Lei deve tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, podendo assim resguardar juridicamente os interesses da sociedade como um todo. Tal preceito se mostra importante para o reconhecimento da família poliafetiva, que não pode ser discriminada apenas pela escolha de um arranjo familiar fora dos padrões convencionais esperados.

3.2.3 Princípio da pluralidade das entidades familiares

Conforme destacado alhures, a família tomou novos rumos na pós-modernidade. Antes vista sob ótica meramente patrimonial e de reprodução, transmuda-se para assumir um modelo constitucional democrático, cuja estrutura é plural, fundada nos princípios da promoção da dignidade humana e da solidariedade.

Vale dizer que a multiplicidade de formas de constituição de família não é assunto novo. Em 1983, Orlando Gomes já defendia a pluralidade familiar:

> O regime legal da família não deve se restringir à família constituída pelo casamento, muito menos ainda a seu modelo antigo de uma sociedade fechada sobre si mesma, na qual se sucedem as mortes, os matrimônios e os nascimentos, assegurando entre as gerações uma continuidade biológica, social e econômica. Igual tutela deve ser dispensada, na medida do possível, a toda sociedade aberta de convivência intima entre seus componentes (GOMES, 1983).

As famílias formadas fora do casamento já se mostravam uma realidade, e, fruto dos divórcios em grande escala, a família monoparental também era assente na sociedade brasileira.

Assim, positivando uma realidade já existente na sociedade, a Constituição da República de 1988 abandona, definitivamente, a estrutura singular do matrimônio, para abarcar uma diversidade de formações possíveis, desde que fundamentada no afeto e na ética. Nota-se que o casamento como único formato possível de família já havia sido ignorado pela sociedade, ainda que contrário aos tabus religiosos.

Seguindo a linha da pluralidade familiar, o legislador constituinte tratou, exemplificativamente, algumas formas de convivência – o casamento, a união estável e o arranjo monoparental (art. 226 da CR/88), deixando claro que a proteção do casamento foi transiferido à entidade familiar, considerada base da sociedade, nos mais diversos modos de constituição. Para Francisco José Ferreira Muniz, "inexiste na Constituição uma construção geométrica da família; ao contrário reconhece-se a diversidade, a pluralidade dos diferentes tipos de família que merecem tratamentos idênticos" (MUNIZ, 1993, p. 77).

Com o advento da Constituição da República de 1988, rompeu-se o caráter monolítico de família e a organização familiar passou a ser instrumental, afetiva, constituindo-se meio de desenvolvimento da dignidade dos indivíduos, uma entidade pluralizada, igualitária, democrática, hetero ou homoparental, voltada para a busca da felicidade.

Nasce a concepção eudemonista da família, pela qual os arranjos familiares passam a levar em conta a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes, assegurando ao individuo relações de igualdade e de respeito mútuo. A manifestação de vontade voltada para a reprodução e perpetuação do patrimônio deixa de ser o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais para dar lugar à afetividade. A família transmuda-se de unidade produtiva para uma unidade plural e socioafetiva, a qual o afeto entre as pessoas orienta e possibilita o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Diante de tal contexto, seria justo excluir direitos de modelos familiares não citados na norma constitucional? A resposta é não. O texto constitucional é inclusivo, notadamente, por aplicação do princípio da pluralidade familiar. Não pode haver escolha de promoção da dignidade, na realidade, o que o comando constitucional determina é a proteção da dignidade humana de todos os indivíduos que compõem a família afetiva, independentemente de sua composição.

A entidade familiar hodierna, então, é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros, independentemente do seu modo de constituição, merecendo proteção e respeito de toda a sociedade.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior descrevem a abrangência da proteção familiar hodierna:

> Há que se compreender a proteção constitucional família como a mais abrangente possível. Despiciendo a forma da qual se valha, o único juízo que se admite fazer atine à preservação da dignidade e do livre desenvolvimento das pessoas que compõem o ambiente familiar. Constatado isso, toda e qualquer estrutura, toda e qualquer origem familiar, merece proteção jurídico-constitucional. [...] (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 45)

De todo o exposto, conclui-se que o livre exercício da autonomia privada, a observância da preservação da dignidade e do livre desenvolvimento são bastante para atrair a proteção do Poder Público para a entidade familiar, não cabendo mais ao Estado aquele antigo papel de impor certo modelo de família.

Admitida a pluralidade familiar pelo constituinte brasileiro, não pode o Direito Civil negar as novas formas de convivência intersubjetiva, pois, cuida-se antes de tudo de uma realidade sociológica que precede o direito.

Fica aqui a reflexão: se a Constituição da República estabelece, de um lado, o direito individual de formar uma família, e de outro, a obrigação do Estado de promover a dignidade humana, seria possível controlar e determinar como as pessoas vão exercer o seu direito de serem felizes?

Creio que não, o ser humano além de ser um sujeito de direitos é um sujeito de desejos, os quais jamais poderão ser controlados pelo Estado.

3.2.4 O Princípio da Autonomia Privada

A autonomia privada se mostra inserida, na pós-modernidade, no eixo de princípio fundamental por se relacionar, intimamente, com a realização da pessoa humana, valor máximo da República Federativa Brasileira.

O princípio da autonomia privada reconhece às pessoas o direito de exercer a sua liberdade, de modo à auto-regular seus próprios interesses, o que, no âmbito da família, possibilita a formação dos mais diversos arranjos convivenciais, "livre para poder amar", no ambiente que melhor lhe convier.

Diante deste cenário contemporâneo, analisa-se a incidência do princípio fundamental da autonomia privada na formação das famílias poliafetivas – tema em análise –, pois se defende a valorização jurídica das manifestações de vontade dos integrantes do grupo familiar que decidiram, livremente, promover a sua dignidade no núcleo do poliamor. Aceita-se a intervenção do Estado, nesses casos, apenas para conceder proteção e dignidade aos membros das entidades familiares.

Tratar da evolução histórica do conceito de autonomia da vontade, nesse momento, é fundamental para se compreender a extensão da aplicabilidade do princípio da autonomia privada, como direito fundamental do Estado de Direito Democrático Brasileiro.

3.2.4.1 Autonomia da vontade X Autonomia privada

O princípio da autonomia da vontade, historicamente, foi um dos pilares do Direito Privado. Érico de Pina Cabral esclarece que o termo "vontade" tem origem latina, *voluntas*, significando um desejo, um ato de querer", ou seja, a faculdade que o ser humano detém de escolher livremente se deve ou não praticar determinado ato. E o autor prossegue conceituando:

> Autonomia significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral ou intelectual. É o contrário de heteronomia, que significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia (CABRAL, 2004, p. 90-1).

Adota-se o conceito de autonomia da vontade como sendo a liberdade de a pessoa se autodeterminar, tomando decisões livres e responsáveis em qualquer âmbito de sua vida, seja patrimonial ou existencial.

Maria Helena Diniz conceitua o princípio da autonomia da vontade como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”. (DINIZ, 2011, p. 40-41)

O princípio da autonomia da vontade, resultado da filosofia jusracionalista moderna de caráter liberal, individualista e voluntarista dos direitos subjetivos, teve grande incidência no século XIX, consubstanciado na ideia de que a dignidade da pessoa não se submetia a leis estranhas àquelas estabelecidas pela sua própria vontade. A autonomia da vontade conjugava a liberdade com a responsabilidade, na qual a responsabilidade decorria do exercício da liberdade (TIMM, 2008).

Vale rememorar que, nos séculos XVI e XVII, a Europa vivia um momento de profundas transformações, período em que culminou o desenvolvimento da razão técnica, consolidadora de novas pretensões do homem: apreensão e domínio da natureza. No plano filosófico - mais precisamente na esfera da teoria do conhecimento -, o sujeito cognoscente, paulatinamente, liberta-se das explicações metafísicas, em especial as teológicas, e avança em um sentido mais racional, a racionalidade técnica (WIEACKER, 1993).

Paralelamente à questão da revolução que começava a se delinear no plano das idéias, o cenário econômico, político e social também passava por significativas alterações, resultado da crise do sistema feudal, que acarretou, de forma gradual, numa nova mentalidade, intimamente ligada à forma de distribuição da riqueza. “Fortifica-se uma realidade de mercado. A repartição de riquezas dava-se basicamente por uma relação de autoridade, o chefe de família, o sacerdote, o rei decidia a quem caberia o quê” (HESPANHA, 1972, p.5).

No entanto, com o advento do capitalismo a situação se altera.

> A origem da produção e da circulação da riqueza, portanto, está no indivíduo: ele é quem decide o que vai produzir, como se dará a produção e de que maneira será distribuída. Igualmente essa idéia se adequará a uma crença puramente racional, seja individual, seja da própria natureza*:* o indivíduo é centro decisório segundo a sua própria planificação e a ausência de uma ordem hierárquica supraindividual faz com o próprio mercado auto-regule-se (HESPANHA, 1972, p.5).

Com isso, as ideias que começam a se propagar no mundo intelectual são de libertar-se das amarras feudais; emancipar o homem dos ideais medievais que o aprisionam e o inibem de pensar, e assim, dar a todos iguais oportunidades de crescimento e desenvolvimento. Enfim, “liberdade e igualdade eram, portanto, exigências essenciais tanto nos programas políticos dos déspotas esclarecidos quanto na Revolução Francesa” (CAENEGEM, 2000, p. 162).

Essas alterações iniciam a composição de uma nova visão de mundo que obviamente influenciará o Direito, fazendo surgir o Direito natural, fortemente influenciado pela razão, período este denominado de jusracionalismo, ou seja, a partir da razão seria possível a construção de uma teoria jurídica e um sistema de leis que atendessem às demandas da época.

Nesse sentido Hespanha afirma que:

> O Direito Natural Racional libertou o homem das amarras religiosas e trouxe ao Direito uma nova metodologia: a compreensão do fenômeno jurídico a partir de deduções lógico-abstratas, determinando as bases teóricas para a construção de preceitos jurídicos que consolidam a liberdade e a apropriação de bens. (HESPANHA, 1998, p. 149)

Consolidada uma visão de mundo marcada pelo enaltecimento do indivíduo[62] e pela liberdade ligada à apropriação de bens surge a denominada teoria contratual clássica ou tradicional, que atendeu à missão clara de consolidar o capitalismo emergente. A economia liberal reclamava modelo jurídico que, "assentado sobre a liberdade formal dos indivíduos, garantisse ampla liberdade contratual", instrumento de garantia de acesso da burguesia à propriedade e instrumento da contratação da mão-de-obra necessária ao comércio e à indústria, que substituíam o perfil econômico agrário do feudalismo (GODOY, 2004, p. 31).

Assim, fundada no voluntarismo jurídico, a teoria contratual clássica foi traduzida no princípio da autonomia da vontade, que teve seu o ápice no século XIX. Contudo, mais do que simplesmente tutelar a vontade individual como fonte legitimadora do contrato, o princípio da autonomia da vontade apresentou caráter político e ideológico, uma vez que, a partir daí o indivíduo – traduzido juridicamente como sujeito de direito – passou a ser o centro das relações sociais (PRATA, 1982).

Uma das causas do enfraquecimento da autonomia da vontade decorre da sua característica de abstração. Pretendia-se dar ao Direito uma noção de segurança "generalizante" de modo a evitar que alguns fossem beneficiados simplesmente por pertencerem a determinado grupo social, constituindo-se a base para a criação da chamada igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei, independentemente das circunstâncias concretas a sua volta.

A ideia de liberdade contratual desenfreada, cujo conteúdo não abria espaço para o reconhecimento das desigualdades materiais subjacentes à relação contratual, gerou muitas

[62] O individualismo exercia papel fundamental no desenvolvimento da teoria contratual tradicional, especialmente com a valorização da vontade individual; era o ápice da autonomia da vontade, em que podia-se contratar o que se quisesse, com quem quisesse e como quisesse.

injustiças sociais, e, em uma ordem geral de liberdade contratual ilimitada, em que todos são formalmente iguais entre si[63], a parte detentora do poder econômico acabava por explorar o outro contraente (SETTE, 2003).

Por conseqüência, durante o século XIX, observou-se uma profunda modificação no contexto social do mundo. As revoluções liberais consolidaram a idéia do homem livre e formalmente igual aos seus pares, abstraindo as contradições sociais invariavelmente presentes em qualquer sociedade. A igualdade material ganha espaço e o dogma da vontade é relativizado (SETTE, 2003).

De par com isso, os problemas sobrevindos da Primeira Grande Guerra não encontraram solução na ordem jurídica então vigente, o que fez com que o Estado Liberal se sucumbisse perante a convicção da necessidade de intervenção do Estado na nova ordem econômica, a fim de controlar a crise pós-guerra (SETTE, 2003).

As transformações de ordem social, política e filosófica ocorridas na Primeira Guerra, somadas à ideia de alcançar a justiça social, desestruturaram o jusracionalismo, minando as bases do dogma da vontade (TIMM, 2008).

Com a massificação das relações sociais, a liberdade de escolha mostrava-se, praticamente, ilusória, legitimando a desigualdade de condições fáticas existentes entre as partes. A inexistência de qualquer intervenção importava a ampla liberdade tão-somente da parte mais forte na relação contratual, enquanto que à parte economicamente mais frágil restava a submissão ao que fora acordado.

Desse modo, a decadência do liberalismo e o surgimento da sociedade de massas, na maior parte dos países ocidentais, exigiram a reformulação do princípio da autonomia da vontade que, adaptado à nova realidade, passa a ser chamado de autonomia privada, cuja liberdade se mostra bem mais restrita pelo Estado se comparado ao século XIX (TIMM, 2008).

Muda-se o paradigma jurídico rumo ao modelo solidarista ou social e o Estado intervém nas relações privadas – de modo a proteger a parte mais fraca na relação – por meio de legislações de caráter social, tais como as leis de previdência social, trabalhistas, de proteção do inquilinato. A liberdade da pessoa nas relações intersubjetivas se reduz e o Estado passa a ter um papel mais atuante nas relações privadas (TIMM, 2008).

[63] Sobre a igualdade formal Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2003, p. 19) afirma: “Os indivíduos proprietários são iguais em tal condição e reputados, ainda, iguais perante a lei. Trata-se de uma igualdade formal, a partir da qual não se vais perquirir o que ocorre nas relações concretas: os indivíduos proprietários são iguais perante a lei para, nessa condição, promoverem o trânsito jurídico da propriedade. A igualdade formal é, pois, um dos princípios da teoria contratual clássica”.

O Poder Público distancia-se da sua posição anterior, caracterizada pelo absenteísmo na esfera econômica, e passa a assumir um papel mais ativo, ou seja, o Estado Liberal transforma-se no Estado Social, preocupando-se não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do cidadão (TIMM, 2008).

A partir de então, emergem as novas Constituições, elevando o ser humano ao centro do ordenamento jurídico, passando a valorizar mais o ser do que o ter. As legislações aprovadas no século XX passam a estabelecer a solidariedade e a justiça como metas do Estado, e, para implementá-las, entre outras medidas, passou-se a intervir nas relações privadas, impondo limitações à liberdade de contratar a fim de coibir os abusos.

A autonomia da vontade, portanto, decorre do voluntarismo oitocentista, o qual elevou a vontade ao plano da lei – a vontade comandava os efeitos dos atos jurídicos. A autonomia privada, a seu turno, é o resultado das transformações socioeconômicas que conduziram às sociedades de massas, ligando-se à tutela da confiança e da dignidade da pessoa humana.

Vê-se, pois, que autonomia privada e autonomia da vontade não se confundem. Em relação a esta diferença Judith Martins-Costa explana que:

> A autonomia da vontade designa uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX, por alguns juristas para opor-se aos excessos de liberalismo econômico, ao passo que a 'autonomia privada' é um poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos direitos e obrigações, seja as normas criadas pela autonomia privada – as quais tem conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias reservadas à regulação pelo Estado (MARTINS COSTA, 2002, p. 614-615)

Francisco Amaral, por sua vez, considera que a expressão autonomia da vontade "tem uma conotação mais subjetiva, psicológica", presente na concepção clássica dos contratos, nitidamente liberal. Já a "autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo", portanto, mais genérico, concreto, real e mais moderno (AMARAL, 2008, p. 77-78).

A diferença, embora possa parecer sutil, é significativa e representa verdadeiro ataque contra o individualismo. A autonomia da vontade pressupõe "a prevalência do direito subjetivo sobre o direito objetivo, dentro da idéia já exposta do indivíduo como fonte e fundamento do Direito" (AMARAL, 2008, P. 382).

A autonomia privada, por sua vez, é delimitada pelo ordenamento jurídico, "o direito objetivo predomina sobre o direito subjetivo. Essa inversão abre a perspectiva da influência

estatal no âmbito contratual e consolida o caráter relativo da autonomia privada, delineada a partir da ideologia presente à época" (AMARAL, 2008, p. 382).

Segundo Ricardo Luíz Lorenzetti "a distinção entre autonomia privada e a autonomia pública está no fato de ser esta o poder atribuído ao Estado, ou a seus órgãos, de criar direito, nos limites da sua competência, para a proteção dos interesses fundamentais da sociedade". Na autonomia privada, os interesses são particulares e seu exercício é a manifestação de liberdade, derivado e reconhecido pela ordem estatal. O Estado opera intervenções de forma a mitigar as desigualdades, observando a igualdade material nas relações privadas.

Na lição de Francisco Amaral, "em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e mediatamente, a concepção de que a pessoa é causa do sistema social, jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, pode ser instrumento de realização de justiça" (AMARAL, 2008, p. 351).

No Brasil, a elevação constitucional da dignidade da pessoa humana, como valor máximo do ordenamento jurídico, ocorrida em 1988, ampliou o campo de atuação da autonomia privada, protegendo o seu exercício no campo contratual e existencial, o que, *per si*, afasta a presença do Estado nas relações familiares - tema que será mais bem detalhado no tópico do princípio da não intervenção na família.

Como se observa, o princípio da autonomia da vontade transmudou-se assumindo nova roupagem relacionada à proteção da dignidade humana, o que, por certo, trouxe muitos reflexos em todo o Direito Privado. Passa-se, então, a analisar a autonomia privada.

3.2.4.2 O princípio da Autonomia privada e a família

Não obstante a alteração da nomenclatura do princípio da autonomia privada, autonomia sempre se relacionará com a liberdade, bem como liberdade com responsabilidade. "A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se de autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis" (AMARAL, 2008, p. 383).

A autonomia privada é entendida como o poder conferido ao indivíduo, de regulamentar os próprios interesses, dentro de determinados parâmetros que preservem a individualidade alheia. Francisco Amaral destaca que:

> O principio da autonomia privada tem, como pressuposto, a liberdade individual, que, filosoficamente, é a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou de não fazer, e sociologicamente, ausência de condicionamentos materiais e sociais. Do ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei, e, de modo positivo, é o poder

> que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos (AMARAL, 2008, p. 78).

Cuida-se a autonomia privada de uma auto-regulamentação da própria essência, que, ao contrário do que muitos pensam, manifesta-se tanto nas situações jurídicas patrimoniais – contratuais – quanto nas existenciais[64], estas últimas interessando diretamente ao objeto deste estudo. Rose Melo Vencelau Meireles afirma que:

> As situações existenciais pertencem à categoria do ser, na qual não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. A pessoa, portanto, é elemento interno e externo da relação jurídica, embora seja mais que isso, porque alcança patamar de valor. Com efeito, dizem-se existenciais as situações jurídicas pessoais ou personalíssimas no momento em que titularidade e realização coincidem com a existência mesma do valor (MEIRELES, 2009, p.36).

Taísa Maria Macena de Lima cita alguns exemplos da aplicação da autonomia privada na esfera existencial ou não patrimonial:

> A luta pelo direito de redesignaçao sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental, etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva de que para a paternidade apenas biológica, a união legal de pessoas do mesmo sexo, entre outras (LIMA, 2003, p. 48).

Steinmetz classifica a autonomia privada como princípio fundamental:

> Trata-se de um poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanos, auto-regulamentem os seus próprios interesses; como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares. Manifesta-se com maior ou menor intensidade nos diferentes âmbitos materiais de regulação do Direito privado (STEINMETZ, 2004, p. 189-191).

Cabe salientar que a autonomia privada se limita pela ordem pública[65] e pelos bons costumes, sendo que estes "são as regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual" (AMARAL, 2008, p. 82).

A autonomia privada, portanto, se apresenta como o poder do indivíduo de se autodeterminar, de forma a definir os rumos da própria vida, seja nos limites do contrato ou

[64] As situações jurídicas podem envolver o *ser* ou o *ter*. O critério diferenciador é a patrimonialidade do objeto em questão. Se o objeto guardar relação direta com um valor pecuniário, esta situação será da ordem do ter. Ao contrário, se não for possível mensurar um valor em dinheiro para este objeto será da ordem do ser.

[65] Como ordem pública considera-se o "conjunto de normas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no âmbito do direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica, intervindo na economia" (AMARAL, 2008, p. 82).

no âmbito familiar. Trata-se da liberdade do indivíduo de decidir ou não pelo exercício de direitos subjetivos, tanto na esfera patrimonial quanto na existencial; contudo, este exercício será limitado pelo princípio da auto-responsabilidade e por todos aqueles basilares do Estado Democrático de Direito. Portanto, é um princípio que decorre do direito fundamental da pessoa humana, e, como todos os direitos, não é absoluto.

Pois bem.

Não obstante alguns membros do Poder Legislativo neguem a sua importância, a incidência da autonomia privada nas relações familiares é ampla, reconhecida constitucionalmente e judicialmente, caminho sem volta para a tristeza da bancada religiosa do Congresso Nacional Brasileiro. Prova disto foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a respeito da possibilidade de existência de união estável entre pessoas do mesmo gênero[66], bem como a alteração constitucional e legal, que permitiu o divórcio direto, possibilidade de alterar o regime de bens, dentre outros acontecimentos históricos. Trata-se do direito atribuído aos particulares de se auto-regulamentarem, em um contexto chamado de direito de família mínimo.

Para melhor entender, tais mudanças precisam ser analisadas em comparação com a realidade da família patriarcal.

O Código Civil de 1916 tutelava a família, mas com ênfase no seu aspecto externo, considerando-a como uma entidade despreocupada com o interesse particular de seus membros. Nesse sentido, a família era regida pelo Estado, que chamava para si, praticamente, todo o regramento do Direito de Família, deixando pouco ou quase nenhum espaço para o exercício da liberdade de seus membros. A estrutura patriarcal, baseada na autoridade do *pater familias*, *per si*, afasta a possibilidade de um espaço de liberdade e de auto-regulamentação.

Gerson Luiz Carlos Branco e José Alberto Marques Moreira afirmam que:

> Autoridade não pode ser confundida com autorregulação – o sistema baseado na autoridade é heterocompositivo, sem espaço para a autonomia. Seguindo essa linha, o ordenamento jurídico somente reconhecia como família a entidade proveniente do casamento, ou seja, matrimonializada, ignorando as relações espúrias, adulterinas ou concubinárias. No Direito de Família, era abundante a incidência de normas cogentes, com poucas hipóteses de permissão da autonomia privada pelos integrantes da família. Era na seara patrimonial, isto é, quando da estipulação do regime matrimonial, que ocorria maior liberdade, o que reforçava a correspondência da autonomia privada com a autonomia da vontade (BRANCO; MOREIRA, 2016).

[66] Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132

O sistema baseado na autoridade do *pater familia* não concedia espaço para autonomia, realidade que se alterou, no curso do século XX, como o advento do Estatuto da Mulher Casada, da Lei do Divórcio, da emancipação feminina, e, sobretudo, da Constituição da República de 1988. A autonomia privada amplia a sua conotação patrimonial com a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, passando a ser aplicada igualmente nas relações extrapatrimoniais, como as do âmbito do Direito de Família.

A Constituição da República de 1988, portanto, transformou a família numa instituição democrática e horizontal, preocupada com a felicidade pessoal dos seus membros, circunstância que foi essencial para ampliar o debate a respeito dos novos limites e formas de exercício da autonomia privada como fonte reguladora das relações familiares.

Leonardo Barreto Moreira Alves destaca que:

> A ampliação da autonomização do direito de família levou o ordenamento jurídico à ampliação de possibilidades de escolha para que as pessoas decidam como irão constituir um vínculo familiar, a fim de prover a sua felicidade pessoal. Essa liberdade de escolha ou autodeterminação integra o conjunto de direitos da personalidade, enquanto direito existencial do ser humano
> Nesse sentido, a liberdade de constituir família está intimamente ligada ao princípio da igualdade de tratamento jurídico sobre as diferentes formas de constituição família, não havendo razão jurídica ou valorativa para que exista uma distinção hierárquica entre elas. As pessoas possuem o direito de escolher a espécie de entidade que desejam para constituir a sua família e com isso definir as regras da relação familiar. (ALVES, 2010, p. 141)

Demonstrou-se, então, que a família patriarcal estruturada na autoridade do *pater familia* cedeu espaço para uma família igualitária, democrática, plural, em que seus participantes criam suas próprias regras, legitimados pelo princípio fundamental da autonomia privada.

Passa-se a analisar a estreita ligação entre o princípio da autonomia privada e o princípio da intervenção mínima na família.

3.2.5 Princípio da não intervenção estatal na família e a autonomia privada

O papel do Estado na regulamentação das relações familiares pós-modernas tem sido revisitado, no âmbito do Direito das Famílias, sobretudo, em razão da valorização da autonomia e dignidade da pessoa humana prevista na ordem constitucional.

O fato de a afetividade ter sido inserida como elemento essencial para a constituição do núcleo familiar ampliou o conceito de família, propiciando o surgimento de novos arranjos, que evoluíram à margem de regulamentação. Nestes casos, o Estado, muitas vezes, é chamado a intervir para reconhecer determinado núcleo familiar, como foi o caso específico das uniões homoafetivas. Opera-se, então, uma intervenção estatal tardia e necessária, por meio do Poder Judiciário.

Contudo, nem sempre as medidas estatais retratam os anseios sociais. Prova disto é que, em pleno século XXI, os tempos são de grandes contradições.

De um lado, a Constituição preceitua a autonomia, a dignidade, a solidariedade, a pluralidade familiar e a não intervenção estatal na família. De outro, observa-se o legislador interferindo de forma excessiva e desnecessária na família, traçando comportamentos há muito afastados pela realidade social, ou o mesmo legislador se mostrando inerte, negando direitos às novas famílias, basicamente, em função da moral social e religiosa.

Tal paradoxo leva ao seguinte questionamento: até que ponto a intervenção do Estado nas relações de família, no atual contexto socioeconômico brasileiro, é desejável?

Ao longo da evolução da humanidade, a intervenção do Estado nas relações familiares manifestou-se sob as mais variadas vertentes, ora agindo no limite protecionista, ora atingindo o princípio da autonomia privada dos componentes do grupo.

Perpassou-se, no passado, pela concessão do poder absoluto ao *pater* família; pela exclusão dos direitos da mulher, para assumir a roupagem do futuro, por meio de edição de políticas públicas governamentais voltadas para a família; bem como pelas decisões judiciais que, muitas vezes, reconhecem famílias relegadas pelo legislador.

A redução do espaço da autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos se mostrou uma importante forma de intervenção do Estado na família, evidenciada, principalmente, por meio da criação de leis protetivas ou repressivas, que elegem comportamentos reputados indevidos e indesejados pelo Poder Público. Exemplo disso foi o fenômeno da publicização do Direito Privado, compreendido como um processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX, que tutelava os indivíduos, tratando-os como hipossuficientes, carentes de sua proteção.

A atuação do estado nas relações familiares já se mostrou abundante, chegando, inclusive, a estabelecer comportamentos padronizados que deveriam ser seguidos por todos os membros do grupo. Nesse aspecto, Silvio Rodrigues alerta que "chegou-se mesmo a afirmar que dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o indivíduo" (RODRIGUES, 1998, p. 11), realidade inconcebível na contemporaneidade.

Pois bem.

Conquanto tenha havido intervenções importantes ao longo do tempo, perfilha-se a tese de que a organização familiar não necessita de intervenção estatal, mas tão somente de tutela. Ao se assegurar autonomia aos indivíduos, concedendo-lhes livre escolha do seu melhor núcleo familiar, afasta-se, automaticamente, a presença do Estado desse ambiente estritamente privado.

A proteção constitucional da dignidade da pessoa humana e a conseqüente afirmação da autonomia dos indivíduos são suficientes para demonstrar a intenção do legislador de limitar a atuação do Estado nas famílias.

O movimento de não intervenção também pode ser comprovado pela inserção, na Constituição da República de 1988, dos princípios da pluralidade das famílias (art. 226, §§ 1º a 6º, da CR/88); da paternidade responsável e planejamento familiar (art. 226, § 7º, da CR/88) e do reconhecimento da filiação socioafetiva (art. 227, *caput*, da CR/88).

Afora isto, em 2010, por meio da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66, o Poder Público emitiu sinais de aceitação do princípio da intervenção mínima do Estado nas Relações Familiares, facilitando o exercício do direito ao divórcio sem a necessidade de separação, de modo a priorizar a liberdade, a individualidade a autonomia privada do cônjuge que pretendia extinguir a sociedade conjugal.

Na mesma linha, o art. 1.513 do Código Civil dispõe que "é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família" (BRASIL, 1988), consagrando o princípio da liberdade ou da não-intervenção no Direito de Família.

Por todos esses argumentos, parecia consolidado o princípio da intervenção mínima na família do século XXI. Ledo engano! Turbulências religiosas alcançam a praça dos três poderes, em Brasília, e, em 2013, para surpresa de muitos, surge o projeto de lei nominado por esta autora de "Estatuto da Família natimorto".

Na contramão de toda a evolução social, iniciou-se a discussão do Estatuto da Família – Projeto de Lei nº 6583/13, patrocinado pela bancada religiosa, o qual, em tempos de pluralidade familiar, restringe a entidade ao núcleo social formado pela união entre um

homem e uma mulher, constituída pelo casamento ou união estável, bem como pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ressalta-se que o tema do Estado das famílias será tratado, no tópico pertinente, sendo citado, neste momento, apenas como forma de ilustrar a iminente intervenção da família, que está por vir, totalmente contrária aos anseios da sociedade.

Como se observa, a aplicação do princípio da mínima intervenção estatal relaciona-se, diretamente, à limitação da autonomia privada, trazendo à tona a discussão dos limites de atuação do Poder Público dentro da relação eminentemente particular.

Definida por Daniel Sarmento como “o poder que a pessoa tem de auto-regulamentar os próprios interesses” (SARMENTO, p. 188), a autonomia privada, em sede familiar, permite a livre escolha pela forma de constituição de família que melhor atenda os interesses do grupo. Farias e Rosenvald entendem que a “afirmação da autonomia privada no Direito das Famílias”:

> Significa que os componentes dos núcleos familiares podem tocar livremente, os seus projetos de vida familiar, sendo ilegítima a intervenção do Poder Estatal quando a relação familiar é travada entre pessoas livres e iguais. Somente se justificando o intervencionismo do Poder Público para garantir o exercício de liberdades (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 124).

Em tempos de valorização da dignidade e autonomia privada, o intervencionismo estatal somente seria aceitável como forma de garantir o exercício da dignidade dos membros do grupo familiar.

Diante de tal premissa, torna-se inaceitável a imposição de qualquer conduta atentatória ao poder de autodeterminação humana, no âmbito familiar.

Caio Mário da Silva Pereira apega-se ao argumento de que as normas do Direito de Família seriam de Direito Privado, relacionando-se a interesses predominantemente individuais, não obstante o interesse coletivo envolvido. E, assim, “os interesses da família e dos membros que a compõem não devem sofrer a intervenção direta e ostensiva do Estado, a quem compete apenas tutelá-los” (PEREIRA, 2004, p. 3-4).

Seguindo a linha de tutela da família pelo Estado, Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra intitulada "Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família", também reconhece o status constitucional do princípio da menor intervenção estatal e destaca a diferença de tutela e intervenção:

> Não se deve confundir, pois, esta tutela com poder de fiscalização e controle, de forma a restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos

> indivíduos. Muito menos se pode admitir que esta proteção alce o Direito de Família à categoria de Direito Público, apto a ser regulado por seus critérios técnico-jurídicos. Esta delimitação é de fundamental importância, sobretudo para servir de freio à liberdade do Estado para intervir nas relações familiares (PEREIRA, 2004, p. 109).

Diante do contexto de tutela do Estado no âmbito familiar, a atuação estatal somente será justificável quando necessária para garantir a liberdade de auto-determinação dos entes da família, ou para buscar direitos fundamentais negados pelo Estado ou pelo particular. É o caso do reconhecimento da família homoafetiva; do reconhecimento de paternidade; da imposição de obrigação alimentícia, dentre outros casos.

Conclui-se, então, que os integrantes da família pós-moderna têm autonomia para ditar o regramento da convivência familiar, sendo possível a presença do Estado apenas para promover a dignidade de seus membros, preservando o direito de seus membros de realizar seus projetos no âmbito familiar, que respeite as suas preferências e desejos.

Nesse passo, dúvidas não há de que as famílias poliafetivas têm o direito de exercer a sua autonomia privada, escolhendo como bem lhes aprouver a forma de materializar sua convivência familiar, pelo arranjo de dois, três, quatro ou quantas pessoas forem conveniente.

Ressalta-se que não basta, nesses casos, a ausência de interferência estatal, pois se mostra imprescindível criar instrumentos jurídicos legitimadores para contribuir para as aspirações de felicidade de seus membros, reconhecendo-lhes, isonomicamente, todos os direitos das Famílias brasileiras, bem como políticas públicas que objetivem o respeito e a ausência de discriminação, em face dos novos arranjos familiares.

3.2.6. Princípio da boa fé objetiva no Direito de Família

O princípio da boa-fé é um princípio diretivo básico que orienta o intérprete na realização do Direito, "é um princípio normativo que se exprime por meio de cláusulas gerais, cuja importância crescente traduz a superação do positivismo legalista, com o seu modelo de sistema fechado, em favor da eticização das relações jurídicas" (AMARAL, 2008, p. 83).

Primeiramente, cabe destacar que há controvérsia se a boa-fé encontra sua origem no Direito Romano ou no Canônico, no entanto, "seu conteúdo de dever de lealdade constitui-se sobre a base lingüística e conceitual da *fides* romana". Especialmente, após o período de expansão do Império Romano, verificou-se uma expansão de seu conteúdo, em decorrência das influências filosóficas recebidas pelos juristas romanos, e em conformidade com a mutação de seus diversos institutos jurídicos (GOMES, 2004, p. 117).

Judith Martins-Costa (1998, p. 381) afirma: "a boa-fé objetiva é uma constante no direito ocidental, tendo sido acolhida nos seguintes diplomas: Código Civil francês, arts. 1134 e 1135; B.G.B. par. 242; Código Civil italiano, arts. 1.137, 1366, 1.375; Código Civil português". Ainda pode ser encontrada no Código Civil espanhol nos arts. 7 e 1.258; e, no Código Civil Argentino no art. 1.198.

Certo é que o princípio da boa-fé possui dois sentidos diferentes: uma concepção subjetiva e outra objetiva.

A concepção subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, ou seja, sua intenção ou seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar ninguém. Já a concepção objetiva abarca uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade, probidade e lealdade, ou seja, as partes, numa relação intersubjetiva, devem agir sempre respeitando a confiança e os interesses do outro.

O Código Civil de 1916 não previu a cláusula geral de boa-fé expressamente, embora tenha constado em vários dispositivos, como por exemplo, nos arts. 112 (fraude contra credores), 221 (casamento nulo e anulável), 255, parágrafo único (direitos e deveres da mulher), 490, 491, 514, 516 (posse), 549 (construções e plantações), 551 (usucapião ordinário), 612 (especificação), 622 (tradição), 935 (pagamento), 968 (pagamento indevido), 1272 (depósito), 1318 (extinção de mandato), 1382 (contrato de sociedade), 1404 (dissolução da sociedade), 1443 (contrato de seguro), 1477 (dívidas de jogo) e 1507 (títulos ao portador).

Relevante destacar que, no Brasil, a boa-fé subjetiva já estava presente no Código Civil de 1916, porém a objetiva surgiu positivada pela primeira vez no Código de Defesa do

Consumidor em 1990[67] e logo depois no Código Civil de 2002 – prevista nos artigos 113[68], art. 187[69] e art. 422[70] -, que estabelece um padrão de comportamento externo, impondo um padrão de conduta inerente ao homem leal, honesto, correto (BIERWAGEN, 2003, p. 52).

Reconhecem-se, na boa-fé objetiva, três funções: a "limitadora de direitos subjetivos", principalmente no campo da autonomia privada; "a interpretativa"; e a "integrativa".

A primeira função é conhecida como limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos, pois reduz a liberdade de atuação das partes da relação intersubjetiva, impedindo que, no viés contratual, os parceiros definam condutas e cláusulas abusivas, como no campo existencial, impedindo condutas humanas que desrespeitem a personalidade alheia.

A segunda função da boa-fé objetiva é interpretativa, de modo a definir o melhor caminho na interpretação de um caso concreto, cuidando-se de um critério para se estabelecer o sentido e alcance da norma.

A terceira função, por fim, é integrativa, "no sentido de que se constitui em princípio normativo a que se recorre para preencher eventuais lacunas" (AMARAL, 2008, p. 84), sendo também a "fonte criadora de deveres anexos ou laterais de conduta" (ALPA, 2006, p. 352), podendo ser citados: o dever de cuidado em relação à outra parte; o dever de respeito; o dever de transparência; o dever de agir conforme a confiança depositada; o dever de lealdade e probidade; o dever de colaboração ou cooperação; o dever de agir conforme a razoabilidade e a equidade.

Destarte, a quebra destes deveres anexos elencados tem gerado a responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva, tanto no campo dos contratos, como das relações intersubjetivas existenciais, dentre as quais se inclui a família.

O papel do princípio em estudo é tão importante que compartilha-se do posicionamento de Tereza Negreiros, de que a boa-fé, no Direito pós-moderno, é proveniente de uma cláusula geral com fundamentação constitucional, senão vejamos:

> A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana, em consonância ao ditame constitucional, que determina

[67] Nalin nos informa que: "Na verdade, o princípio da boa-fé objetiva não surge com o Código de Defesa do Consumidor, mas surge com a nova ordem constitucional". (NALIN, 2006, p. 129-130)

[68] Art. 113 – "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme e boa-fé e os usos do lugar de sua celebração" (BRASIL, 2002).

[69] Art. 187 – "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" (BRASIL, 2002).

[70] Art. 422 – "Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé" (BRASIL, 2002).

> como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito ao ser humano é fundamental a toda e qualquer relação jurídica. Há, pois, uma valorização da dignidade da pessoa humana em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que as relações obrigacionais passam a constituir-se num espaço à concretização da cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana (NEGREIROS, 2006, p. 117-118).

Seguindo a linha de Tereza Negreiros, verifica-se como sendo o princípio da boa-fé uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, que será plenamente aplicável no âmbito familiar, sobretudo em face de ser este o meio pelo qual as pessoas promovem o seu desenvolvimento e dignidade.

Cumpre rememorar que o Código Civil de 2002 apresenta três pilares a serem cumpridos: a socialidade, a operabilidade e a eticidade. Pelo princípio da socialidade, rompeu-se o viés individualista do Código Civil de 1916, e todos os institutos de Direito Privado passaram a ser analisados com base em uma concepção social: a função social, inafastável, que afetou a obrigação, a responsabilidade civil, o contrato, a empresa, a posse, a propriedade e a família.

Os institutos de Direito Privado, portanto, passaram a ter como parâmetro de interpretação os preceitos fundamentais que protegem a pessoa humana previstos na Constituição da República de 1988.

O princípio da operabilidade, a seu turno, contribuiu para a facilitação da aplicação do Direito Privado, ou seja, abandonou-se o rigor técnico valorizado pela codificação anterior, passando-se a buscar a simplicidade e efetividade do Direito Civil, muito relacionada com o sistema de cláusulas gerais[71], espaços abertos deixados pelo legislador, de forma a possibilitar o preenchimento de lacunas pelo aplicador do Direito (TARTUCE, 2016).

---

[71] Acerca das cláusulas gerais, Judith Martins-Costa destaca que: "estas janelas, bem denominadas por *Irti de concetti di collegamento*, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards* , arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas" (O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118).

O princípio da eticidade é o que mais interessa a este tópico, mormente, porque se relaciona com a observância da ética e a boa-fé nas relações intersubjetivas. Tais pilares são importantes, pois orientam a interpretação dos institutos de Direito Privado, afetando, diretamente, as relações familiares.

Certo é que a incidência da boa-fé objetiva nas relações familiares apresenta contornos próprios, os quais fazem emergir deveres relacionados à formação e à manutenção de um ambiente familiar fundado no afeto, solidariedade, colaboração e confiança.

Cláudia Lima Marques destaca que "confiar é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligencia e ética no exteriorizar vontades" (MARQUES, 2004, p. 32-33).

O princípio da boa-fé objetiva é um dos princípios fundamentais do direito, sobretudo, por se tratar:

> Em verdade, da efetivação da solidariedade social abraçada constitucionalmente, que se cristaliza através da tutela jurídica da confiança, impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem.
> É que diminuiu o valor dedicado à intenção (contemporânea do voluntarismo e individualismo que marcaram os códigos oitocentistas, inclusive influenciando o nosso Código Civil de 1916), ampliando-se o relevo do resultado – o que garante maior justiça social e proteção da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 109).

Além de ser um princípio geral de direito, a boa-fé é uma cláusula geral limitativa da conduta do particular, com aplicabilidade nas relações patrimoniais (contratuais) e existenciais. Por estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações intersubjetivas, a boa-fé objetiva cria mecanismos concretos para a materialização dos novos valores destinados a garantir a tutela jurídica da personalidade no ambiente familiar.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald "a atividade jurídica protege a confiança depositada na conduta esperada entre os indivíduos, no âmbito negocial ou não" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 109).

Protege-se a confiança, condição para as condutas humanas em sociedade. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

> É a lídima expectativa ética de que, em toda e qualquer relação jurídica (contratual ou não!), as partes envolvidas não fraudem as expectativas decorrentes de seu próprio comportamento (explícito ou implícito, comissivo ou omissivo). Enfim, é o reconhecimento de que a natureza gregária do homem e a multiplicidade de comportamentos adotados em diferentes relacionamentos produzem esperanças recíprocas (confiança no alcançar determinados resultados) e que o cumprimento

> dessa confiança gerada é fator imperioso para o bom funcionamento da sociedade, sendo, ainda, relevante para o desenvolvimento econômico e social.
> Especificamente nas relações entre particulares (tomadas em meio à natural complexidade do mundo contemporâneo), a tutela jurídica da confiança avulta, então, como única forma de proteção qualificada no comportamento humano. Exatamente por isso, a confiança é alçada à altitude de paradigma (referencial) das relações privadas, sejam contratuais, sejam existenciais, estabelecendo *deveres jurídicos* (que não precisam estar expressos nos contratos ou nas normas positivas) *que vinculam os sujeitos, vedando-lhes o comportamento contrário às expectativas que produziu no(s) outro(s), permitindo-se antever uma necessidade de compreender os diversos institutos jurídicos no âmbito familiarista, à luz da tutela da confiança* (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 109).

De fato, o valor confiança é um dos pilares centrais de todo o direito, pois só existe a possibilidade de convivência social se tal valor estiver presente. Deve ser levado a efeito que o ser humano é gregário, inexistindo a sua existência senão pela via de arranjos sociais, dentre os quais se destaca a família.

Seguindo esta ordem de idéias e compreendendo a família como uma entidade tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, por meio do afeto, solidariedade e confiança, dúvidas não há de que, na vertente do poliamor, prepondera a incidência da boa-fé objetiva, na medida em que as partes se unem de comum acordo, ética, solidariedade, afeto e transparência, inexistindo, então, qualquer impedimento para o enquadramento legal dessa unidade familiar.

Enfim, espera-se a observância dos deveres anexos à boa-fé objetiva, em toda e qualquer relação jurídica intersubjetiva, inclusive na família poliafetiva, em que os deveres anexos ao princípio da boa-fé se mostram plenamente executáveis, sobretudo o dever de respeito, transparência, lealdade e de agir conforme a confiança depositada.

3.2.7 Princípio do não retrocesso social aplicado às relações familiares: uma análise à luz do "Estatuto da Família"

Com o advento da Constituição da República de 1988, sobreveio a proteção à família igualitária, plural e afetiva como base da sociedade, e, implicitamente, a garantia do não retrocesso social, como corolário de segurança jurídica na efetivação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Ingo Sarlet (2001) afirma que o princípio constitucional do não retrocesso, no âmbito do Direito Brasileiro, está implícito na Constituição Federal de 1988, e decorre do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica, da proteção da confiança, entre outros.

Para Canotilho, o princípio do não retrocesso "é a vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social". (CANOTILHO, 2003, p. 338 - 339)

Luís Roberto Barroso, a seu turno, amplia a aplicabilidade deste princípio às relações de família, nos seguintes termos:

> O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao 'seguro desemprego' em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226).
> No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente, frustrada pelo legislador ordinário.
> No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na desproteção da família (BARROSO, 2001, p. 120).

Desenvolvido na Alemanha e em Portugal, o princípio do não retrocesso parte da premissa de que ao Estado cumpre uma imposição de abstenção, ou seja, o dever de não adotar medidas que destituam ou flexibilizem, de forma desarrazoada, as conquistas já alcançadas pela sociedade.

Em simetria lógica, a aplicação do princípio do não retrocesso exige um comportamento omissivo do Estado, no sentido de se abster de atos que impliquem na desproteção da família contemporânea. Por este raciocínio, se a Constituição da República de 1988 impõe ao Estado a proteção da família plural e isonômica – não pode haver norma

infraconstitucional válida – que restrinja direito de formar famílias, ainda que não muito convencionais, desde que fundada na afetividade, solidariedade e confiança.

Defende-se, portanto, que o Estado não pode retroceder, de forma a criar normas que violem as garantias fundamentais da pessoa já efetivadas pelo texto constitucional de 1988.

Nesse aspecto, resta claro que o Projeto de Lei nº 6583/13, denominado de Estatuto da Família, já nasce morto, inconstitucional, sobretudo, porque retrocede, restringindo as entidades familiares apenas à união entre uma mulher e um homem, pelo casamento ou união estável ou, ainda, qualquer conjuntura de união que seja oriunda de seus pais ou descendentes. (BRASIL, 2013).

Na contramão dos tempos contemporâneos, em que a família se baseia preponderantemente no afeto e na pluralidade, o referido "Estatuto da Família natimorto", por mim denominado, criado pelo deputado federal Anderson Ferreira do PR-PE, foi aprovado na Comissão Especial do Estatuto da Família, em 24/09/2015, recebendo 17 votos favoráveis e cinco contrários, sendo estes últimos dos deputados do PT, PC do B, PSOL e PTN.

Tal projeto se mostra uma clara afronta aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade humana, autonomia privada, pluralidade familiar, atraindo para a democracia pátria um retrocesso imensurável, que fere de morte o princípio da isonomia das famílias, pois promove a discriminação, reservando certos benefícios para uns e segregando outros grupos familiares já existentes na sociedade, deixando-os à margem de regulamentação.

Ora, resta claro que a incidência do princípio do não retrocesso social não valida o teor deste estranho projeto de lei, em pleno século XXI. Estima-se que, se aprovado, o estatuto terá como consequência a anulação de milhares de adoções, casamentos e uniões já reconhecidas pela Justiça, mas não previstos em lei, relegando as famílias homoafetivas, uniparentais, anaparentais, poliafetivas, dentre outras, já consagradas no meio social.

Percebe-se, pois, que este estatuto surge como uma reação à decisão do STF, totalmente contrário à isonomia familiar de direitos e deveres duramente conquistada pelas famílias homoafetivas.

Todavia, a inconstitucionalidade desse projeto se mostra gritante e precisa ser suscitada pela sociedade, haja vista que os indivíduos não pertencentes às "classes" protegidas pela nova lei seriam excluídos e teriam tratamento menos favorecido pelo simples fato de fazerem parte de uma minoria vulnerável aos olhos do legislador moral e religioso.

Deve-se levar em conta que a Corte Suprema somente foi provocada a decidir pelo reconhecimento da família homoafetiva em face da inércia do legislador, que ignorou a

existência de tais arranjos, negando-lhe direitos em prol de uma moral religiosa há tempos afastada do Estado Democrático de Direito. Maria Berenice Dias bem explica o fenômeno:

> Como a finalidade da legislação é organizar a sociedade, a tendência é preservar as estruturas de convívio já existentes. O legislador não é afeiçoado a criar, inovar. Limita-se a estabelecer regras de conduta dotadas de sanção e não consegue se desapegar dessa função na hora de regular relações afetivas. A lei é retardatária, sempre vem depois. Daí a tendência de ser conservadora. Tenta impor limites, formatar comportamentos dentro dos modelos preestabelecidos pela sociedade, na busca de colocar moldura nos fatos da vida.
> Quando não existe direito positivado, a função de apanhar o fato e conferir-lhe tutela jurídica é delegada ao poder Judiciário, que tem o dever de fazer justiça (DIAS, 2016, p. 65).

Os dizeres de Maria Berenice Dias denotam a situação atual brasileira, em que o legislador, por meio do Estatuto da Família – Projeto de Lei nº 6583/13 –, pretende impor à sociedade, limites morais há muito esquecidos.

Diante do cenário da pluralidade familiar, não pode o legislador retroceder, a fim de regular uma realidade ultrapassada, retrógrada, preconceituosa, discriminatória e intolerante. A abordagem deste tema merece atenção da sociedade, devendo passar por uma discussão política, mas, principalmente, por uma análise jurídica que venha defender os direitos de todos os cidadãos, sem distinção de gênero, credo ou religião.

No entanto, nem tudo está perdido.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a fim de consolidar a pluralidade familiar dentro do cenário nacional, apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013, de autoria da senadora Lídice da Mata (PSB/BA), o qual permite uma conexão com o dinamismo da formação das famílias, garantindo-lhes direitos e respeitando as diferenças dos indivíduos[72].

O relator do projeto é o Deputado João Capiberibe e o último andamento se deu na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (Secretaria de Apoio à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa), que optou por uma audiência pública, a fim de ouvir a população acerca da matéria. O resultado em 09/10/2016 era de 272 votos a favor e 206 contra o projeto.

[72] Projeto de Lei do Senado nº 470 de 2013.
Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Art. 1º Este Estatuto regula os direitos e deveres no âmbito das relações familiares.
Art. 2º O direito à família é direito fundamental de todos.
Art. 3º **É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram**.
Art. 4º Todos os integrantes da entidade familiar devem ser respeitados em sua dignidade pela família, sociedade e Estado (BRASIL, 2013; grifos acrescidos).

Conclui-se de tal placar que, conquanto haja pessoas defendendo o respeito à dignidade humana no âmbito da família, por mais estranho que possa parecer, há outras que ainda insistem em estabelecer padrões de conduta com base exclusivamente na sua moral, que, muitas vezes, não é condizente com suas atitudes. Neste aspecto, Flávio Tartuce explana:

> O Brasil vive, no presente momento, um grande conflito ideológico e, como não poderia ser diferente, tal colisão atinge não só os aplicadores do Direito como também os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, especialmente em temas condizentes aos costumes e à família. Como exemplo desse embate, pode ser citada a tramitação de dois projetos de lei a respeito do conceito de família no Congresso Nacional.
>
> O primeiro deles, na Câmara dos Deputados, intitulado Estatuto da Família (PL 6.583/2013), no singular, pretende restringir o conceito de família aos casamentos e às uniões estáveis entre homens e mulheres e seus filhos. Nos termos do seu art. 1º, "esta lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoiamento à entidade familiar". Em complemento, enuncia a proposta de art. 2º da norma que "para os fins desta lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".
>
> A outra projeção é o Estatuto das Famílias (PL 470/2013), no plural, em curso no Senado Federal, originário de proposta formulada pelos juristas que compõem o IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família e que, em vários de seus dispositivos, traz um conceito extensivo de família. Cite-se, entre tantas regras, a proposta de conceito de união estável constante do seu art. 61, *in verbis:* "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Como se nota, a proposta menciona a união de duas pessoas, não obrigatoriamente homem e mulher (TARTUCE, 2016).

O momento é, sem dúvida, de conflito ideológico em relação aos valores da família contemporânea e a tramitação de dois projetos de lei a respeito do conceito de família no Congresso Nacional é prova deste fenômeno.

Entretanto, com base na aplicação da dignidade humana, autonomia privada, pluralidade familiar e do não retrocesso, não há como conceber a efetivação do “Estatuto da Família Natimorto” como entrave na conquista de direitos das novas famílias reconhecidas pela sociedade.

A pluralidade familiar e o respeito à liberdade do ser humano para se autodeterminar em suas relações existenciais devem prevalecer em detrimento de valores morais e regligiosos, que impedem a evolução dos tempos.

Esta é a expectativa das famílias poliafetivas.

Após tratar da evolução e dos princípios do direito das famílias, passa-se a conceituar a nova entidade familiar pós-moderna, tomando por base todos os princípios supraelencados.

3.3. Conceito contemporâneo de família

A família é uma realidade sociológica[73], base do Estado, que sofreu uma série de mutações ao longo do tempo. Após breve reflexão histórica, constata-se que "a ideia de família surgiu muito antes do Direito, dos códigos, da ingerência do Estado e da Igreja na vida das pessoas" (LOUZADA, 2011, p. 11).

Tarefa difícil é construir um conceito, estático e imutável de família, pois a dinamicidade é inerente à própria estrutura dos laços familiares. No entanto, certo é que a família vem se remodelando a cada necessidade que se impõe, e, neste aspecto, mostra-se pertinente desenvolver um conceito que abarque as transformações na estrutura dos arranjos familiares contemporâneos.

Consoante Giselle Câmara Groeninga, "a família é um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração" (GROENINGA, 2003, p. 125).

No mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirma que "a família é mutável na exata medida em que se mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos" (HIRONAKA, 1999, p. 07).

Samy Glanz traz a noção de que "família é uma instituição social que se funda sobre a sexualidade e as tendências maternais e paternais, cuja forma varia segundo as diferenças cultura (monogâmica, poligâmica, poliândrica, etc.)" (GLANZ, 2005, p. 104).

Mostra-se inseparável, pois, a estrutura da família e os fenômenos sociais. Fachin aduz ser "inegável que a família, como realidade sociológica, apresentando, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais" (FACHIN, 1999, p. 11).

Como já visto, tradicionalmente o casamento era a única forma de constituição de família. Nessa ocasião o conceito jurídico de família era limitado e taxativo, sendo oportuno mencionar que o Código Civil Brasileiro de 1916 somente conferira o *status familiae* aos agrupamentos originados do instituto do matrimônio.

---

[73] Santiago Dantas destaca que o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do Direito Civil sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais (DANTAS, 1991, p. 03).

Orlando Gomes definiu a família tradicional como sendo “o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil” (GOMES, 1999, p. 22).

No entanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado no art. 1º, III, da CR/88 provocou profunda alteração no paradigma da família. A partir dele, a família passa a ser considerada um meio de promoção pessoal dos seus componentes, tendo como único requisito para a sua constituição o afeto.

O reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º, da CR/88) e da família monoparental (art. 226, § 4º, da CR/88) pelo legislador constituinte quebra o monopólio do casamento, como único meio legitimador da formação da família, inserindo de forma patente o princípio da pluralidade familiar como fator determinante dos arranjos familiares.

Necessário mencionar que, com a constitucionalização do Direito Civil como um todo, abandonou-se de vez a noção de família como instituição produtiva e reprodutiva, adotando-se uma visão contemporânea da família, consubstanciada numa forma de promoção da felicidade e da dignidade da pessoa humana, atribuindo maior valor às relações íntimas, de confiança e afetivas (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

A família que, anteriormente, era composta apenas por marido, mulher e seus filhos havidos exclusivamente no casamento, passa a ser plural, tendo como pedra de toque a afetividade e a busca da felicidade. O tratamento diferenciado entre os filhos é exterminado, a dissolubilidade do casamento facilitada, tornando-se cada vez mais comum o divórcio, e, posteriormente, a formação de nova sociedade conjugal. Aumenta-se, a cada dia, o número de pessoas hetero e homoafetivas que optam por união estável, assim como ressurgem os casos de arranjos familiares poliafetivos, com mais de dois participantes.

Ante a tamanha evolução fática-social-econômica, o conceito de família se altera, passando a abranger não só o homem e a mulher unidos exclusivamente pelo matrimônio e os filhos dele resultantes, mas também as relações contraídas sob o afeto, a solidariedade e a afinidade, incluindo-se aí as mais variadas feições de relacionamento, como a união estável, as famílias anaparentais, monoparentais, unipessoais, o casamento homoafetivo, as relações poliamoristas, dentre outras. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias destacam que:

> Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p. 45)

Fato é que a Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002 reportam-se à família estabelecendo a sua estrutura sem, contudo, defini-la, o que gerava muita controvérsia em torno do tema. Doutrinadores a conceituavam exaustivamente; mas somente com o advento da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – veio sobrever ao ordenamento jurídico um conceito moderno de família. Apesar de ter como finalidade primordial a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, a Lei Maria da Penha inovou, estabelecendo, no seu artigo 5º, II e parágrafo único, *in verbis*:

> Artigo 5º, II, da Lei nº 11.340/2006: [...] família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.
> [...]
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Vê-se, pois, que a norma infraconstitucional reconheceu a idéia de que a família é constituída em decorrência de laços naturais, afinidade e, sobretudo, por vontade dos seus próprios membros, que enxergam uns aos outros como seu familiar. O dispositivo reconhece ainda a união homoafetiva como entidade familiar, ao dispor, no parágrafo único do art. 5º, que "as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual" (BRASIL, 2006).

Em última análise, o ordenamento jurídico reconheceu como entidade familiar todo e qualquer grupo de indivíduos ligados por vontade e afeto, independente da orientação sexual; conceito legal que abarca, perfeitamente, a família poliafetiva.

Não há como ignorar que o grupo familiar tem sua função na sociedade estabelecida por necessidades econômicas, tanto é assim que a organização familiar se altera, no decorrer da história do homem, em função das mudanças sociais. Seguindo esta perspectiva, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka define a família com sendo:

> [...] uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos [...]; a história da família se confunde com a história da própria humanidade (HIRONAKA, 1999, p. 07).

A família é mutável como a própria evolução dos tempos, as relações familiares não se exaurem em si mesmas, não são estanques, o exercício da autonomia privada deixa a cargo de cada indivíduo a liberdade para criar o seu meio familiar. O ser humano é complexo, dotado

de peculiaridades, e seus comportamentos não observam unicamente as regras que lhes são impostas. Ao contrario, o Direito vem sempre correndo atrás dos comportamentos observados no meio social, de forma a torná-los efetivos no seu ordenamento.

Define-se família, portanto, como sendo o ambiente de socialização e estruturação dos indivíduos dentro de qualquer sociedade, selada pelo liame consangüíneo, de afinidade ou por vontade de seus membros, cujas características variam de acordo com a evolução histórica.

Pietro Perlingieri destaca que "cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa" (PERLINGIERI, 2007, p. 244) e complementa que:

> A função serviente da família deve ser realizada de forma aberta, integrada na sociedade civil, com uma obrigatória colaboração com outras formações sociais: não como uma ilha, mas como um autônomo território, que é parte que não pode ser eliminada de um sistema de instituições civis predispostas para um escopo comum; todas essas formações sociais serão merecedoras de tutela se a regulamentação interna for inspirada no respeito da igual dignidade, na igualdade moral e jurídica dos componentes e na democracia. Valores que representam, juntamente com a solidariedade, o pressuposto, a consagração e a qualificação da unidade dos direitos e dos deveres no âmbito da família (PERLINGIERI, 2007, p. 245/246).

A família contemporânea, portanto, transmuda, abandonando o seu caráter meramente representativo e patrimonial, para passar a valorizar fenômenos culturais, emocionais e humanitários, sendo um meio através do qual o homem vivencia suas experiências de vida e promove a sua realização pessoal e felicidade.

A família deixa a sua feição única e uniforme, calcada na instituição do casamento, para se estruturar de formas diversas e criativas baseadas não só no cunho patrimonial e biológico, mas também sob um aspecto cultural, espiritual, afetivo e solidário.

O conceito de família se estendeu, tendo como elementos precípuos o afeto, a reciprocidade de interesses e solidariedade mútua. O afeto se torna um bem jurídico tutelável, imprescindível para fazer valer às pessoas o direito de criar uma família, que promova a sua dignidade, protegida como valor máximo do Estado Democrático de Direito.

Ficam perfeitamente legitimadas, assim, as famílias baseadas no afeto, constituídas na doação de carinho, amor, cuidado e presença em momentos importantes da vida humana.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias alertam que: "[…] a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional" (ROSENVALD E FARIAS, 2013, p.70).

Renata Barbosa e Walsir Edson resumem a família em: “reuniões pessoais que se sustentam no afeto, que sejam estáveis e, nessa medida, ostensivas, criam recinto favorável à constituição de identidades; são, portanto, família” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p.23).

A entidade familiar, então, não mais se apresenta numa feição restritiva, ao contrário, o conceito de família agora é plural. Nas palavras do Magistrado e professor Semy Glanz:

> A família contemporânea pode ser conceituada como um conjunto, formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência (família nuclear). Pode ser formada por duas pessoas, casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filho ou filhos; um dos pais com um ou mais filhos (família monoparental); uma só pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada ou mesmo casada e com residência diversa daquela de seu cônjuge (família unipessoal); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (ascendentes, descendentes e colaterais, estes até o quarto grau, no Brasil, mas de fato podendo estender-se). Neste último caso, temos a família acessória (é admitida a herança, sem limite aos ascendentes e descendentes, embora os mais próximos excluam os seguintes, mas na linha colateral, no direito brasileiro, ficam limitados os parentes sucessíveis aos primos, que são parentes do quarto grau).
> Num sentido mais restrito desta, temos a família alimentar, que no direito brasileiro, abrange os ascendentes e descendentes (sem limite) e colaterais até o segundo grau, isto é, irmãos (GLANZ, 2005, p. 30).

Sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, a família é aquela que, havendo vínculo biológico ou não, estabelece entre seus membros uma relação de solidariedade, convivência, presença, ensinamentos, transmissão de valores, educação, respeito e afeto.

Como se percebe, o conceito de família evoluiu, notadamente, ante aos novos costumes e valores da sociedade pós-moderna.

Contudo, verifica-se, infelizmente, que o direito ainda conserva traços típicos da família anterior: controle da sexualidade feminina e preservação de relações de classe, ainda que de forma velada. Apesar de se adentrar no século XXI, vê-se, claramente, a opressão feminina de maneira oculta, especialmente, dentro da instituição que busca sua modernização, preservando seu conservadorismo – a família.

Tal concepção, no entanto, não impede o reconhecimento da família poliafetiva.

Os princípios da pluralidade familiar, isonomia, autonomia privada, bem como o conceito moderno de família instituído pela Lei Maria da Penha permitem o reconhecimento da família poliafetiva, formada pela manifestação de vontade livre de seus membros, com o intuito de formar família baseado no afeto de seus membros.

Em última análise, entende-se que o ordenamento jurídico deverá reconhecer como família o grupo de pessoas unidas pelo afeto, no qual as pessoas ali inseridas têm a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade. Tal feição tem como base de sustentação os princípios constitucionais do Direito de Família, os quais foram incorporados pela sociedade pós-moderna como forma de resistência e superação dos fatores de discriminação sofridos ao longo da história.

Analisar-se-á, em seguida, os contornos das entidades familiares pós-modernas, que embelezam e enriquecem o Direito das Famílias Brasileiro, cada dia mais humanizado e menos patrimonizalizado.

3.4 A Pluralidade de entidades familiares

Conforme demonstrado alhures, o conceito jurídico de família transmudou-se e o modelo único formado pelo casamento foi substituído pela pluralidade de formas, tendo como pano de fundo a afetividade de seus membros.

Com isso, perde espaço aquele ente fechado, voltado para si mesmo, no qual a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida em face da manutenção do vínculo familiar, para dar início à era da espontaneidade, onde a pessoa humana tem direito de promover a sua dignidade como bem lhe aprouver.

As alterações do modo de pensar do ser humano, que passou a busca da felicidade sem culpas e preconceitos, bem como a inserção dos princípios constitucionais, ensejaram a alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil.

A partir da noção de que a família tem como base o afeto, confiança, segurança, conforto e bem-estar necessários ao desenvolvimento da pessoa, novas formas de constituição familiar foram sendo reconhecidas pela legislação pátria.

Maria Berenice Dias ensina que “a consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família”. (DIAS, 2007, p. 37)

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988 dispôs, em seu artigo 226, *caput*, que família é a base da sociedade, recebendo especial proteção do Estado, na sua forma plural. Apesar do avanço nas disposições normativas que tratam sobre o tema, o texto constitucional retratou apenas um rol exemplificativo de família, fixando-se no casamento, união estável e arranjo monoparental.

Tratar-se-á, neste tópico, das famílias atualmente existentes na pós-modernidade, iniciando pelas previstas na Constituição da República, passando, em seguida, a discorrer sobre os arranjos reconhecidos com base no princípio da pluralidade familiar.

Por entender que não há diferença ou hierarquia entre elas, serão expostas conjuntamente, sendo a ordem de apresentação apenas para seguir a lógica descrita na Constituição Federal.

Antes disso, necessário se faz abordar a importância da afetividade como elemento caracterizador das famílias contemporâneas, enfrentando, sobretudo, a controvérsia em torno de sua suposta normatização.

3.4.1 ***A afetividade como elemento constitutivo e integrante das famílias contemporâneas***

Nos últimos séculos, em virtude da elevação da dignidade da pessoa humana como valor existencial constitucional, as famílias e a sociedade sofreram inúmeras transformações, que proporcionaram uma revolução no Direito das Famílias.

A afetividade que ficou esquecida, no mundo jurídico, em decorrência do racionalismo e do positivismo que separava a razão do sentimento, passou a ter papel fundamental nos tempos contemporâneos, alterando, por completo, a realidade até então vivida. Ou seja, a família secular patriarcal cedeu lugar à família eudemonista, a qual se vincula e se mantém preponderantemente por laços afetivos.

Diante desse cenário, fica a indagação: a afetividade é um princípio ou um valor? Qual é a natureza jurídica da afetividade?

Destacam-se, basicamente, duas correntes: os que defendem a afetividade como princípio jurídico estruturante do Direito das Famílias, e, aqueles que o consideram como um valor, negando-lhe caráter jurídico.

Paulo Lôbo, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Giselda Hironaka, dentre outros, engrosam a corrente majoritária que defende o caráter principiológico do afeto, decorrente do reflexo direto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Paulo Lôbo, por exemplo, é taxativo ao reconhecer a origem principiológica da afetividade inserta na dignidade humana e solidariedade constitucional, senão vejamos:

> O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família (LOBO, 2012, p. 20).

O autor defende que a afetividade é princípio jurídico que “não se confunde com o afeto, como fato psicológico, ou anímico, porquanto pode ser presumido quanto este faltar na realidade das relações”. A afetividade como fato da vida é um dever jurídico, pois “é dever imposto aos pais em relação aos filhos” e vice-versa, mesmo que haja falta de amor, somente não incidindo com o fim do poder familiar ou com a morte (LÔBO, 2009, p. 13).

Flávio Tartuce complementa que “não restam dúvidas que a afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira”. Elenca três justificativas pontuais: “a afetividade contribuiu para o

reconhecimento jurídico da união homoafetiva"; "a admissão da reparação por danos em decorrência do abandono afetivo"; "o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco, enquadrada na cláusula geral "outra origem", do art. 1.593 do CC/2002" O reconhecimento da multiparentalidade, também, consolida ainda mais a afetividade como verdadeiro princípio jurídico do sistema nacional (TARTUCE, 2012, p. 28).

Denota-se que os defensores da normatização da afetividade se fixam no argumento de que, conquanto não conste explicitamente no texto constitucional, a afetividade seria o principal fundamento jurídico das relações familiares, em razão da valorização da dignidade humana, que, normalmente, é promovida no âmbito familiar.

Saul Tourinho Leal vai além e defende que "o direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade", que, a seu entender, deve ser garantido e protegido pelo Estado. (LEAL, 2014, p. 575). Para Rodrigo da Cunha, a afetividade seria o princípio pelo qual a pessoa humana chegaria a esta felicidade (PEREIRA, 2004).

Na concepção dos autores supramencionados, a afetividade despontaria, então, como princípio legitimador da família, que abarcaria o direito/dever ao afeto, comando jurídico que poderia ser exigido dos indivíduos. O afeto seria imposto?

Não há como entender a afetividade como dever ser.

Considerar a afetividade um princípio jurídico implicaria em admitir todos os efeitos de tal atribuição. Princípios são normas dotadas de imperatividade, o que significa dizer que se poderia exigir afetividade de outrem.

Grande falácia! O afeto não pode ser imposto, não há como ignorar que o principal traço do afeto é a espontaneidade, não apresenta conotação de obrigatoriedade ou dever ser.

No mesmo sentido, Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior rechaçam a normatividade do afeto aduzindo:

> Imputar à afetividade tal predicado induz conferir à mesma característica imperativa. Saliente-se, mais uma vez, que os princípios jurídicos são norma e, por isso, de obrigatória observância. Nisso se assenta a dúvida. A afetividade é passível de cobrança? Pode-se impor a alguém que tenha e preste afeto a outro (s)?
> A resposta, crê-se, só pode ser negativa. Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo tempo à característica de espontaneidade. É uma sensação que se apresenta, ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com o outro que não tolera variações de existência; ou há ou não há; e, tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico. Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa interferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 43).

O afeto é, pois, um sentimento espontâneo, que não pode ser imposto ou exigido, cuida-se de expressão da subjetividade e individualidade, um valor que orienta a compreensão das relações familiares contemporâneas, podendo ser responsável pelo ponto de partida e de encerramento dos vínculos. Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior destacam que "a sua existência nas entidades familiares é elemento fático", um fato jurídico *lato sensu*, que provoca efeitos jurídicos em sede familiar, se conjugado com as características de estabilidade e ostensibilidade (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 42-43).

E arrematam, "a afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos na órbita do direito" (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2014, p. 43).

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, "para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental" (PEREIRA, 2004, p. 128). Sérgio Resende de Barros define o afeto familiar como sendo:

> um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam (BARROS, 2002, p. 9).

Em suma, o afeto não é dever ser, contudo, a sua livre manifestação, no âmbito da convivência familiar, irradia efeitos que não pode ser ignorados pelo direito. O caráter jurídico do afeto se assenta no momento em que se materializam as conseqüências da sua manifestação, no âmbito familiar.

Nas lições de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2009, p. 39), "o afeto só se torna juridicamente relevante quando externado pelos membros das entidades familiares através de condutas objetivas que marcam a convivência familiar".

Compreendido o afeto familiar como um sentimento que enlaça as pessoas, por meio da convivência e solidariedade, Gisele Câmara Groeningra, analisando pelo viés da psicanálise, assevera que o afeto é a "energia mental" que se expressa na afetividade, "com várias nuances e qualidades", positivas e negativas, isto é, se expressa em atitudes/condutas amorosas ou agressivas, em aproximação ou distanciamento, em cuidado ou descaso, em prazer ou desprazer, em alegria ou tristeza. "São várias as combinações de afeto, que podem

originar ou terminar uma família, o que causa dificuldade na sua objetivação". (GROENINGRA, 2009, p. 203-204).

Estranho imaginar o afeto sendo manifestado em condutas agressivas, distanciamento, descaso, desprazer ou tristeza, como diz Groeningra. Contudo, como todo e qualquer sentimento humano o afeto pode se transmudar, afinal, estende-se desde o amor ao ódio, podendo surgir rivalidades e até mesmo violência física e moral. Aliás, o amor romântico[74], inserido em muitas famílias, tem gerado a rápida transformação do afeto em desafeto nos tempos atuais, principalmente, em face da exagerada idealização e decepção com o outro.

Como se observa, o afeto, pela própria natureza de sentimento, pressupõe liberdade, não depende da vontade do sujeito. Ademais, a liberdade afetiva também pressupõe a realização da dignidade.

Logo, entende-se que a afetividade é um valor moral, um sentimento juridicamente relevante, sobretudo, quando manifestado no âmbito da convivência familiar, constituindo-se, nesses casos, como um dos elementos configuradores da família moderna, ao lado da estabilidade e ostensibilidade.

Partindo de tais premissas, pode-se afirmar que a manifestação de afetividade recíproca, no âmbito da conjugalidade em sentido amplo[75], pode ser o elemento capaz de

[74] Ah, o amor! Tema intrigante. O conceito de "amor ideal" foi criado pela cultura ocidental; persegue-se, muitas vezes, o inatingível e depois se frustra por não alcançá-lo. Segundo a psicanalista carioca especialista em amor e sexo, Regina Navarro Lins, "a entrada do amor romântico fez do casamento o meio para as pessoas realizarem suas necessidades afetivas. Idealiza-se o par amoroso e, para manter essa idealização, não se medem esforços, o que acaba sobrecarregando a relação entre os cônjuges. Imagina-se que no casamento se alcançará uma complementação total, que as duas pessoas se transformarão numa só, que nada mais irá lhes faltar e, para isso, fica implícito que cada um espera ter todas as suas necessidades pessoais satisfeitas pelo outro." (LINS, 2007, p. 147).

[75] A conjugalidade em sentido amplo encontra-se firmada no voto do Ministro Barroso, quando este reconhece o tratamento igualitário na sucessão do casamento e da união estável.
Em 31 de agosto de 2016, houve pedido de vista do ministro Dias Toffoli, o qual suspendeu o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário (RE) 878694 em que se discute a legitimidade do tratamento diferenciado dado a cônjuge e a companheiro, pelo artigo 1.790 do Código Civil, para fins de sucessão. Até o momento, sete ministros votaram pela inconstitucionalidade da norma, por entenderem que a Constituição Federal garante a equiparação entre os regimes da união estável e do casamento no tocante ao regime sucessório. O recurso, que começou a ser julgado na sessão desta quarta-feira (31), teve repercussão geral reconhecida pela Corte em abril de 2015.
"No caso concreto, a decisão de primeira instância reconheceu ser a companheira de um homem falecido a herdeira universal dos bens do casal, dando tratamento igual ao instituto da união estável em relação ao casamento. O Tribunal de Justiça de Minas (TJ-MG), contudo, reformou a decisão inicial, dando à mulher o direito a apenas um terço dos bens adquiridos de forma onerosa pelo casal, ficando o restante com os três irmãos do falecido, por reconhecer a constitucionalidade do artigo 1.790.
A defesa da viúva, então, interpôs recurso extraordinário ao Supremo, contestando a decisão do TJ-MG, com o argumento de que a Constituição Federal não diferenciou as famílias constituídas por união estável e por casamento, ficando certo que qualquer forma de constituição familiar tem a mesma proteção e garantia do Estado.
O relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, votou pela procedência do recurso, sugerindo a aplicação de tese segundo a qual "no sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre

legitimar as famílias poliafetivas, sobretudo, se somados à estabilidade e ostensibilidade, elementos que denotem a existência de uma família.

3.4.2 Espécies de família

Demonstrada a natureza jurídica de valor para a afetividade, passa-se a analisar, exemplificativamente, algumas espécies de família da pós-modernidade, iniciando-se pelo casamento.

3.4.2.1 Casamento

O casamento é o instituto que já foi exaustivamente tratado neste estudo, razão pela qual serão feitas apenas algumas referências importantes neste tópico.

Conforme já dito, o conceito jurídico de família, até o advento da Constituição da República de 1988, era extremamente limitado e taxativo. O Código Civil Brasileiro de 1916 conferia o *status familiae* apenas aos arranjos originários do instituto do casamento, modelo único de família, como já foi dito, valia a máxima: *"o que Deus uniu o homem não pode*

---

cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002".

Barroso lembrou, em seu voto, que o regime sucessório sempre foi conectado à noção de família e que a noção tradicional de família esteve ligada, por séculos, à ideia de casamento. Mas esse modelo passou a sofrer alterações, principalmente durante a segunda metade do século XX, quando o laço formal do matrimônio passou a ser substituído pela afetividade e por um projeto de vida em comum, ressaltou.

Por meio das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, o legislador brasileiro estendeu aos companheiros os mesmos direitos dados ao cônjuge, com base no entendimento constitucional de que ambos merecem a mesma proteção legal com relação aos direitos sucessórios, frisou o ministro. Mas aí entrou em vigor o Código Civil, em 2003, um projeto que vinha sendo discutido desde 1975, quando as relações entre homem e mulher ainda tinham outra conotação e vigia um maior conservadorismo, e restituiu a desequiparação entre esposa e companheira, voltando atrás nesse avanço igualitário produzido pelas Leis 8.971 e 9.278, disse Barroso.

Para o ministro, a ideia de que a relação oriunda do casamento tem peso diferente da relação havida da união estável é incompatível com a Constituição Federal de 1988, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proteção da família. Além disso, o ministro salientou que a norma viola o princípio da vedação ao retrocesso. Desequiparar o que foi equiparado por efeito da Constituição é hipótese de retrocesso que a própria Carta veda, explicou Barroso, que entende que, neste particular, o Código Civil foi anacrônico e implementou retrocesso.

O ministro votou no sentido da inconstitucionalidade do artigo 1.790, com modulação dos efeitos da decisão para que não alcance sucessões que já tiveram sentenças transitadas em julgado ou partilhas extrajudiciais com escritura pública.

Acompanharam o relator os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia" (Notícias STF, 2016).

separar" – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial[76].

Maurício Pessoa entende que, historicamente, o casamento apresentou-se em quatro fases:

> O casamento consensual, que se originou no direito romano, o casamento exclusivamente religioso, com fundamento no Direito Canônico até o Concílio de Trento, o casamento civil e religioso vigente desde o Concílio de Trento até o Código de Napoleão e finalmente o casamento civil obrigatório, correspondente à secularização do casamento (PESSOA, 2000, p. 2018).

O casamento, nos primórdios do Direito Romano, era um acordo de vontade celebrado entre duas famílias, essencialmente monogâmico, heterossexual, baseado no mútuo consentimento (GAUDEMET, 2001), tendo por finalidade a constituição de uma família tradicional voltada para a procriação.

O Código Civil de 1916 reproduziu o perfil da família patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e heterossexual, impondo à mulher e aos filhos obediência ao *pater familias*, figura que se preocupava com a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho.

As Revoluções sociais e o deslocamento das mulheres para o mercado de trabalho alteram tal situação, e, aos poucos a instituição matrimonializada se enfraquece, notadamente, pelo surgimento de várias relações concubinárias, que reagiam à dificuldade de dissolver o casamento imposta pelo Estado.

Foi somente em 1977 que a Lei do Divórcio trouxe importantes evoluções, consagrando a dissolubilidade do matrimônio, a alteração do regime legal de casamento para Comunhão Parcial, bem como tornou facultativa a adoção do nome do marido pela mulher (FARIAS, ROSENVALD, 2015).

A realidade se alterou ainda mais com o advento da Constituição da República de 1988, pois emerge o novo modelo de família, fundado nos pilares da repersonalização, afetividade, pluralidade e eudemonismo. Cuida-se da “família-instrumento” de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Seguindo esta perspectiva, o casamento contemporâneo tem a função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana, sendo aceitável, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo.

---

[76] O Código Civil de 1916 – e, posteriormente, também a Lei do Divórcio – atribuíam ao cônjuge culpado pela separação judicial as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

Não obstante a Constituição da República de 1988 tenha se referido apenas ao casamento entre homem e mulher, em 14/05/2013 o Conselho Nacional de Justiça, em sessão plenária, editou a Resolução nº 175 reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil como entidade familiar.

Nos termos do art. 1º da referida Resolução, "é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo" (BRASIL, 2013).

O Direito das Famílias evoluiu e as novas espécies de família são prova disso.

3.4.2.2 União Estável

No Brasil, o art. 226 da Constituição da República de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar constituída por um homem e uma mulher, sendo facilitada a sua conversão em casamento. O art. 1.723 do CC/02 complementa que:

> É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002).

Contudo, nem sempre foi assim. As uniões informais levaram um bom tempo para serem reconhecidas socialmente e juridicamente.

O fato de o casamento ter sido, por muito tempo, o único modelo de família reconhecido formalmente, não impediu que sobreviessem os vínculos afetivos fora do casamento, ainda que rejeitados pela sociedade. As uniões sobrevindas à margem do matrimônio eram identificadas pelo vocábulo concubinato, instituto que carecia de Direitos das Famílias.

Em sua obra "Concubinato", Edgar de Moura Bittencourt esclarece que o concubinato surgiu, no Direito Romano, quando Patrícios e Plebeus, impedidos de casar, se uniram extramatrimonialmente em coabitação e filhos. A concubina era tratada, nessa época, com total desrespeito e humilhação, sendo chamada de mulher devassa, prostituta, amante, ou qualquer nome pejorativo, enquanto que "entre os gregos, a concubinagem não acarretava qualquer desconsideração e era, em certa medida, reconhecida pelas leis" (BITTENCOURT, 1980, p. 40).

A Igreja Católica, a seu turno, condenava esse tipo de relacionamento, por meio da excomunhão dos concubinos – se não ocorresse a separação após a terceira advertência.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, foi a partir do século XIX que os tribunais começaram a analisar os anseios das concubinas, especificamente, quanto ao direito patrimonial por meio de estipulação de certa vantagem de obrigação natural para a ex-companheira. "O marco inicial da proteção dos direitos das concubinas foi o julgado do tribunal em *Rennes,* no ano de 1883, na França, que garantiu à concubina o direito de obter uma parte dos bens deixados pelo concubino já morto" (PEREIRA, 2004, p. 126).

No Brasil, até a publicação da Constituição da República de 1988, o casamento era o único modelo de família vigente e as uniões de fato não tinham qualquer proteção. Vigia à época o Código Civil de 1916, que impunha uma série de restrições aos direitos das concubinas, visando proteger a família oriunda do casamento. Havia a discriminação em relação aos filhos oriundos de fora do casamento[77], chamados de adulterinos ou ilegítimos (disposição revogada pelo princípio da igualdade); o impedimento da concubina de receber bens deixados por testamento por seu concubino, salvo na hipótese de não haver impedimento matrimonial; dentre outros.

Apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988 que a União Estável foi admitida como uma entidade familiar, levando o legislador civil a seguir a mesma linha no Código Civil de 2002.

A União Estável, nos termos do art. 1.723 do Código Civil, é a relação civil entre homem e mulher que mantêm convivência pública, contínua e duradora, com a intenção de constituir família. A principal característica deste instituto é a informalidade. Em regra, a união estável não é registrada, embora haja a possibilidade de formalizá-la por meio de contrato de convivência registrado em cartório.

Tal disposição legal se remete aos seguintes elementos caracterizadores da união estável: ânimo de constituir família; diversidade de sexos; estabilidade; continuidade; publicidade; e ausência de impedimentos matrimoniais.

O ânimo de constituir família se relaciona com a vontade de os companheiros viverem como se casados fossem (convivência *more uxorio*), também denominado de *intuito familae* e *affectio maritalis*, elemento distintivo entre a união estável, o namoro e o noivado. A

[77] Juarez Rosales Neumann, em sua obra "Do casamento ao concubinato", descreve a perseguição da família ilegítima pela sociedade e pela Igreja Católica, ressaltando o preconceito da sociedade civil moralista e puritana, nos seguintes termos: "A perseguição à família ilegítima foi inserida na sociedade moderna pela igreja católica, seguindo – a as demais correntes do cristianismo. Como país católico, Portugal regia suas colônias e súditos com normas do direito Canônico, as derradeiras foram as Ordenações Filipinas que negavam qualquer direito a concubina salvo o de indenização pelo comércio sexual que na década de 1930 foi substituído pela expressão de serviços prestados inclusive punindo os que praticassem, considerando o casamento religioso a única forma de constituição de família. Esta regra perpetuou-se no Código Civil de 1916 com uma pequena adaptação: não mais o casamento religioso, mas o casamento civil legitimaria a família." (NEUMANN, 2002, p. 101)

comprovação do *affectio maritalis* decorre da demonstração da "prova de estado", ou seja, a existência de vida em comum, sendo, contudo, dispensável a convivência sob o mesmo teto, a teor da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal[78], bastando, apenas, que o meio social reconheça os companheiros como marido e mulher.

A diversidade de sexos, por sua vez, é um requisito que não mais prevalece no Direito das Famílias pós-moderno, principalmente, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das Adin 4277 e ADPF 132, em 5 de maio de 2011 – reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo e atribuindo interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil de 2002. Assim, excluiu-se qualquer significado discriminatório ou impeditivo em relação ao reconhecimento da família homoafetiva, não sendo mais requisito da união estável a diversidade de sexos.

O requisito da estabilidade se liga diretamente ao da continuidade, sendo que o primeiro se refere a uma duração prolongada no tempo, sem a exigência de tempo mínimo de convivência. A continuidade, por sua vez, refere-se ao convívio familiar e à solidez do vínculo afetivo.

A convivência pública refere-se à notoriedade e a publicidade da família no meio social dos companheiros, ou seja, verifica-se se a comunhão de vida é de conhecimento público, e se os companheiros se comportam como se casados fossem. Salienta-se que não há exigência de lapso temporal mínimo para reconhecimento da união estável, sendo necessária apenas prova de durabilidade e continuidade do vínculo.

Merece ressalva o requisito derradeiro, qual seja: a inexistência de impedimentos para o casamento, nos termos do art. 1.723, §1º, do Código Civil de 2002: "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso IV no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente" (BRASIL, 2002). Em caso de uniões de impedidos de casar, ter-se-á o concubinato impuro.

O fato de a pessoa se encontrar casada não tem obstado a formação de família, prova disto são os inúmeros núcleos familiares simultâneos existentes na pós-modernidade. Neste aspecto, Maria Berenice Dias indaga: "o que fazer diante de um vínculo de convivência

[78] SÚMULA 382: "A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato" (BRASIL, 2016). A Súmula nº 382 tem origem no fato da sociedade brasileira ter experimentado enormes transformações no período compreendido entre as décadas de 60 a 80 do século passado. A voz das ruas já ecoava a alto e bom som, pleiteando o reconhecimento da existência do então denominado "**Concubinato**", ainda que morando os envolvidos em tetos diferentes. Concubinato e União Estável não se confundem. O Concubinato é reconhecido como a relação contínua e duradoura, de caráter não eventual, entre homem e mulher, que se encontram **impedidos de se casar**. União Estável, por sua vez, se dá entre pessoas que, embora residindo em locais diferentes, são reconhecidas no seio da comunidade onde habitam, como uma entidade familiar, pois vivem como se casados fossem (NEUMANN, 2002, p. 102).

constituído independentemente da proibição legal, e que perdurou por vários anos, de forma pública, contínua, duradoura e, muitas vezes, com filhos? ” (DIAS, 2013, p. 184).

E a jurista responde:

> Negar-lhe a existência, sob o fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidades e enseja o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso: nega divisão de patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direito sucessório (DIAS, 2013, p. 184).

Desse modo, entende-se que o impedimento de “pessoa casada” formar uma união estável não mais se aplicaria, mormente, porque se defende o reconhecimento dos direitos das famílias simultâneas. Tal norma é incompatível com a hermenêutica constitucional, que valoriza fundamentalmente a proteção da dignidade humana. A antinomia do Direito não pode estimular a ausência de responsabilidade de quem vive com outra pessoa por vários anos de forma afetiva, contínua, ostensiva e pública.

Diante de tais pressupostos, ainda que não registrada, a União Estável é uma entidade familiar que merece proteção do Direito das Famílias. Entende Álvaro Villaça Azevedo que:

> O início da convivência se dá sem a observância de qualquer formalidade de celebração, mas pelas conseqüências que encerra equipara-se, em verdade, a um casamento de fato, pois vivem os conviventes como se fosse marido e mulher, sem ser.
> Envolve ainda a permanência estável da relação, sem interrupções (AZEVEDO, 2002, p. 298-299).

Registra-se, por fim, que, em 5 de maio de 2011, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, concedendo-lhes os mesmos direitos do casal heterossexual.

Desta forma, no Brasil, tem-se a possibilidade de haver uniões estáveis homoafetivas, heteroafetivas e, por que não, poliafetivas.

3.4.2.3 Família monoparental

A família monoparental compreende todas as pessoas que estiverem ligadas por um vínculo de parentesco de ascendência e descendência. Reconhecida como entidade familiar pela Constituição da República de 1988, foi definida no artigo 226, §4º, como sendo "a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (BRASIL, 1988).

Consoante Maria Helena Diniz:

> A família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc. (DINIZ, 2002, p.11).

Tais arranjos familiares não são novos no Ocidente; na realidade sempre existiram pessoas que criaram e educaram os seus filhos desacompanhadamente. Todavia, o aumento considerável de divórcios na década de 1960 levou ao aumento considerável das famílias monoparentais.

Eduardo de Oliveira Leite entende que "uma família é monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças". (LEITE, 2003, p.22)

A família monoparental pode ser fruto de uma decisão voluntária ou involuntária do genitor. As primeiras, advindas das rupturas voluntárias de casamentos e uniões estáveis, e as segundas, oriundas de falecimentos, abandono de um dos cônjuges, nascimentos extramatrimoniais, etc..

A presença de um só genitor é a primeira característica da família monoparental; um dos genitores desempenha o papel de pai e mãe de forma cumulada. A prole é a segunda característica. As crianças deste modelo familiar conviverão com situações advindas da monoparentalidade, ou seja, a ausência de um dos pais no convívio cotidiano. E por fim, a origem voluntária ou involuntária do genitor.

No tocante ao regramento específico, Paulo Lôbo destaca que:

> A família monoparental não é dotada de um estatuto próprio, com deveres específicos, sendo-lhes aplicáveis as regras do direito de família, atinentes às relações de parentesco em geral. Na ocorrência de aquisição de maioridade ou emancipação do filho, deixa de existir o poder parental, reduzindo-se a entidade monoparental apenas às relações de parentesco, inclusive no que tange ao direito alimentar (LÔBO, 2008, p. 67).

Assim, define-se a família monoparental como o núcleo familiar compreendido por um único genitor e seus filhos, sendo esta unidade decorrente de uma situação voluntária ou não.

3.4.2.4 Família anaparental

As constantes mudanças sociais levaram à formação de novas modalidades de famílias, constituídas não só pelos laços consanguíneos ou matrimoniais, mas também pautadas na afetividade de uns em relação aos outros. Estes novos arranjos são denominados de famílias socioafetivas, figurando, dentre elas, a família anaparental.

Anaparental decorre do prefixo "ana", de origem grega, indicativo de "falta", "privação", ou seja, ausência de pais, o que dá a interpretação de que a família anaparental seria aquela família sem a presença dos pais, podendo se constituir pela convivência entre pessoas parentes ou não em um mesmo lar. Diferencia-se da família monoparental, pois nesta há verticalidade de vínculos, o pai e seus filhos (ascendentes e descendentes – parentes em linha reta) e, naquela, a colateralidade (irmão com irmão, por exemplo).

Maria Berenice Dias afirma que "a diferença de gerações não pode servir de parâmetro para o reconhecimento de uma estrutura familiar. Não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica" (DIAS, 2015, p. 144). Nesse aspecto, a convivência de dois irmãos que vivam juntos e conjuguem esforços para a formação do acervo patrimonial constitui uma família anaparental. A família, aqui, se relaciona, basicamente, pela convivência entre parentes do vínculo da colateralidade.

Cuida-se a hipótese de uma entidade familiar com vínculo de parentesco, contudo, sem qualquer liame de ascendência e descendência, podendo ser composta por vários irmãos, tios(as) e sobrinhos(as), primos(as) (TIEZZI; GESSE, 2016).

Mas não é só.

Alguns doutrinadores defendem a existência da família anaparental na vertente da convivência de 2 (duas) ou mais pessoas que tenham identidade de propósitos no que concerne ao mútuo apoio emocional e/ou econômico, como, por exemplo, duas amigas aposentadas e viúvas que decidem compartilhar sua velhice, dividindo alegrias e tristezas, convivência, sem intuito sexual, caracterizando-se, apenas, o auxílio material e emocional mútuo e o sentimento sincero de amizade (TIEZZI; GESSE, 2016).

Sérgio Resende de Barros engrossa o coro ao defender que: “a convivência entre parentes ou entre pessoas, **ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito**, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental” (BARROS, 2003, p. 151; grifos acrescidos).

O tema é controverso, encontrando resistência daqueles que interpretam literalmente a lei civil sucessória, apegando-se, principalmente, na ordem específica para a sucessão legítima, na qual os colaterais ocupam última posição (artigo 1.829, inciso IV do Código Civil) (BRASIL, 2011).

Pois bem. Pensa-se na família anaparental formada por duas irmãs, que conjugam esforços diários para construir o ambiente familiar por longos anos de suas vidas. Em caso de falecimento de uma das irmãs, seria justo, por aplicação da lei civil sucessória, a irmã sobrevivente ser compelida a partilhar a conquista comum com os demais irmãos, que não participaram da família, tampouco contribuíram para a aquisição do patrimônio?

A resposta categórica é não, pois se constitui, *in casu*, a família anaparental, que deve excluir os demais irmãos de qualquer consequência sucessória.

A Constituição da República de 1988 prestigiou a autonomia, a liberdade individual e a afetividade, concedendo à pessoa humana a possibilidade de desenvolver a sua personalidade no ambiente familiar que melhor lhe aprouver, ou seja, a pluralidade familiar restou consagrada como garantia constitucional.

Desta forma, não há se falar em inserção de pessoas alheias à família em caso de sucessão, a norma civil deve ser constitucionalizada e interpretada de forma a reconhecer a anaparental como uma instituição familiar.

Deve ser observado que a questão envolve mais do que a simples convivência entre dois irmãos, em alguns casos a situação é de responsabilidade de um irmão pelo outro; solidariedade com responsabilidade, tal como verdadeiro pai e mãe, envolvendo não só assistência material, afetiva (amor e carinho) e/ou então, por esforço mútuo, contribuição para a aquisição de patrimônio comum (KUSANO, 2011).

Maria Berenice Dias fala da hipótese narrada e explica as consequências atuais:

> A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualitariamente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera sociedade de fato e invocar a Súmula 380[79], para conceder somente a metade dos bens a sobrevivente, gera

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

> flagrante injustiça para com quem auxiliou a amealhar o patrimônio. A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. Ainda que inexista qualquer conotação sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável. Cabe lembrar que essas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos e que também merece proteção constitucional (DIAS, 2015, p. 145).

A autora relata a dificuldade encontrada pelas famílias anaparentais colaterais, e defende, escorreitamente, a exclusão dos demais herdeiros da classe hereditária, em detrimento da família efetivamente formada pelo afeto e solidariedade.

Demonstra Maria Berenice Dias que, se duas irmãs morassem juntas conjugando esforços familiares e uma delas falecesse, a posição minoritária defenderia a aplicação das disposições que regem a união estável, por analogia. O posicionamento majoritário, por sua vez, comunga da ideia de que deve ser chamado a herdar o ascendente ou descendente mais próximo, nos termos da ordem de vocação hereditária (DIAS, 2016, p. 146).

É fato que a Lei Civil sucessória, quando da sua elaboração, não contava com as novas formas de família, circunstância que, *per si*, enseja uma interpretação constitucional da norma, a fim de admitir a pluralidade familiar como legitimadora da família anaparental. A existência de omissão legal acerca da sucessão da família anaparental não pode servir de escusa para que tal unidade permaneça à mercê do positivismo jurídico cego que ignora o Estado principiológico em que se vive no século XXI.

A inércia do legislador em relação ao Direito das famílias tem levado as pessoas a buscar cada vez mais o auxílio do Poder Judiciário para reconhecer famílias, por analogia ou por comparação às demais famílias constitucionalizadas. O fato é que a exclusão do rol exemplificativo de entidades familiares do ordenamento jurídico brasileiro não permite a discriminação de direitos que tem enfrentado os novos arranjos além dos convencionais. Ações têm sido ajuizadas e a família anaparental reconhecida com base na principiologia constitucional, cita-se, por oportuno, o seguinte julgado, *in verbis*:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMILIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.
> […] O fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com

> relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, a chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido. (STJ – REsp 1.217.415-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012)

Triste a realidade brasileira de ainda se ter que recorrer ao Judiciário para reconhecer direitos constitucionais de formar uma família diversa daquelas pré-determinadas pela Lei. Precisa-se evoluir urgentemente, urge aceitar as diferenças, as escolhas, os objetivos diversos dos convencionais. A luz no fim do túnel está consubstanciada no resultado nas demandas que têm obtido êxito no Judiciário, demonstrando com isso que a família plural tem vencido a batalha.

Em suma, a família anaparental é aquela que não se restringe aos parentes, caracterizando-se pela convivência baseada no auxílio material e emocional mútuo e pelo sentimento sincero de amizade.

Diante do exposto, defende-se a proteção do Direito das Famílias à família anaparental, de modo a se aplicar, por analogia, as regras sucessórias relacionadas à união estável, possibilitando o direito à herança, a pensão previdenciária, a alimentos e ao direito real de habitação.

3.4.2.5 Família Mosaico ou pluriparental

Na pós-modernidade, impera o respeito à dignidade humana, o qual possibilita a cada pessoa iniciar um novo projeto de felicidade, após a falência de um relacionamento amoroso.

A família mosaica, também conhecida como famílias de continuação ou mosaicos, família *patchwork* (Alemanha), família *ensamblada* (Argentina), *step-families* (Estados Unidos) e *familles recomposées* (França), é aquela “constituída depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas: reconstruídas, recompostas” (DIAS, 2016, p. 145). Uma entidade familiar resultante da pluralidade de relações parentais extraídas do divórcio/separação complementada pelo posterior arranjo familiar. São famílias seguidas das desuniões, reconstituição de outras famílias desfeitas.

O vocábulo “mosaico” tem origem na palavra alemã *moussen*, significando “próprio das musas”, desenho feito como vários fragmentos de um material com o objetivo de preencher algum tipo de objetivo. O núcleo familiar é reconstituído por casais os quais um ou

ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores, uma “família reedificada: os meus, os teus e os nossos”.

Maria Berenice Dias esclarece que “a ausência de um nome, por si só, mostra a resistência que ainda existe em aceitar essas novas estruturas de convívio” e prossegue definindo a família mosaico como sendo aquela caracterizada pela “multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de independência” (DIAS, 2016, p. 147).

A família mosaico tem assumido papel importante na sociedade, sobretudo em face da possibilidade de reconhecimento legal de mais de um pai e/ou mãe, delineando, assim, a tridimensionalidade das paternidades jurídica, biológica e socioafetiva (TIEZZI, GESSE, 2016). A multiparentalidade é uma realidade e muitos casos têm sido deferidos no Judiciário Brasileiro.

Conquanto não esteja expressamente amparada pelo ordenamento jurídico, em função do disposto no art. 1.579 do Código Civil de 2002, que regulamenta o vínculo da monoparentalidade entre um cônjuge e seu filho biológico advindo de uma união anterior, certo é que o princípio da pluralidade familiar legitima a sua existência (TIEZZI, GESSE, 2016).

Portanto, não há como negar a repercussão jurídica da família mosaico no meio social, ilustrando com perfeição os ideais da família pós-moderna, plural, democrática, eudemonista, pois ser feliz, atualmente, é ter liberdade para se casar, divorciar, casar novamente, unir, desunir, enfim, reedificar-se.

Tais famílias, assim como as demais, merecem o amparo legal do Estado, mormente, ante a nova lógica da família plural contemporânea.

3.4.2.6 Família homoafetiva

A homossexualidade sempre foi um tema controvertido, na medida em que se trata de uma das variantes da sexualidade humana. Certo é que a luta das famílias homoafetivas foi árdua! Vale, inclusive, fazer uma breve retrospectiva.

Em consonância com a tendência mundial que prestigiava os princípios de defesa dos Direitos Humanos, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou em sede constitucional os direitos fundamentais da pessoa, os quais deixam inequívoca a liberdade de orientação sexual, fundamentada nos valores da liberdade, igualdade e dignidade.

Conquanto o Direito das Famílias tenha recebido a carga axiológica constitucional, que pluralizou a família e ocasionou no banimento das discriminações no âmbito das relações familiares, em nenhum momento o legislador enfrentou a regulamentação da União Homoafetiva, realidade já existente na sociedade àquela época, que somente foi regulamentada em 2011.

Maria Berenice Dias foi uma das primeiras juristas a defender os direitos da família homoafetiva, justitficando-se na isonomia, pluralidade e no direito à sexualidade como um direito fundamental. A este respeito a autora dispara:

> A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual e a liberdade da livre orientação sexual. O direito ao tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a sua dignidade. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outro direito fundamental (DIAS, 2009, p.43-44).

Sendo a sexualidade um elemento integrante da própria natureza humana, abrangendo a sua dignidade, a opção da homossexualidade também é um direito individual que deve ser respeitado por todos. Afinal, o direito ao tratamento isonômico e igualitário independe da tendência sexual, sendo incabível a discriminação por motivo de orientação sexual.

Seguindo essa linha Maria Berenice Dias defende que:

> O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. (DIAS, 2009, p. 174-175)

Foi interligando a proteção da dignidade humana com a liberdade de orientação sexual que os doutrinadores passaram a defender com firmeza a tutela da família homoafetiva, afirmando ser dever do Estado vedar qualquer discriminação. José Carlos Teixeira Giorgis brilhantemente expõe:

> A relação entre a proteção da dignidade humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1, III, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões

> ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades (GIORGIS, 2007, p. 244).

As relações homossexuais sempre foram alvos de discriminações sociais e jurídicas e diante de tantos estigmas, a doutrina e a jurisprudência assumiram a responsabilidade de construir a proteção das uniões homoafetivas, por muito tempo tratadas pelos tribunais como sociedade de fato, julgadas segundo o Direito das Obrigações. Paulo Lobo já criticava na época: "não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de um empreendimento lucrativo" (LÔBO, 2002, p. 101).

Ora, é inaceitável tratar uma família como uma empresa, a união homoafetiva é um vínculo de caráter privado, mas sem viés empresarial e econômico, não se trata de uma sociedade de parceria mercantil, enfim, não há porque ser considerada uma sociedade de fato.

Reagindo a tal barbárie o Judiciário Brasileiro recebeu uma avalanche de ações em busca de alterar a triste situação discriminatória, e a união homoafetiva, mesmo antes do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, já vinha sendo considerada um tipo de união estável por alguns tribunais[80], pois, no entender destes, o principal elemento que constitui a família seria o afeto.

[80] A jurisprudência brasileira já vinha aceitando o conceito de união estável homossexual por analogia, conforme se verifica *in verbis:*
APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE**.** É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice. Julgado em 21/12/2005)*:*

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA - ART. 226, §3º DA CF/88 - UNIÃO ESTÁVEL - ANALOGIA - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - VERIFICAÇÃO. - Inexistindo na legislação lei específica sobre a união homoafetiva e seus efeitos civis, não há que se falar em análise isolada e restritiva do art. 226, §3º da CF/88, devendo-se utilizar, por analogia, o conceito de união estável disposto no art. 1.723 do Código Civil/2002, a ser aplicado em consonância com os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput, e inc. I da Carta Magna) e da dignidade humana (art. 1º, inc. III, c/c art. 5º, inc. X, todos da CF/88)" (TJMG – Apelação Cível 1.0024.09.484555-9/001 – 8ª C. Cível – Rel. Elias Camilo – J. 12/02/10).
Neste mesmo sentido:
"AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. - À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união

Não obstante a questão das uniões homoafetivas já tivesse encontrado resguardo nas novas tendências do Direito das Famílias, apenas em 05 de maio de 2011 as famílias homoafetivas realmente tiveram seus direitos reconhecidos. Num momento histórico para a sociedade em geral, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, quebrou paradigmas e, finalmente, reconheceu a União Homoafetiva como uma entidade familiar – formada por pessoas do mesmo sexo – detentora de direitos e deveres equiparados à união estável entre homem e mulher, nos termos do art. 226, §3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil.

Mais uma vez e, nesta oportunidade, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, agindo como guardião da Constituição Brasileira, houve ampliação dos direitos das famílias, atendendo ainda mais aos anseios sociais, ficando claro para a sociedade a não discriminação às entidades familiares contemporâneas.

Perfeita a interpretação realizada pela Corte Suprema, reconhecendo a família homoafetiva como aquela instituição plural, entrelaçada pelos valores do afeto, dignidade, igualdade e solidariedade, independentemente da escolha sexual de seus membros.

Salienta-se, ainda, a possibilidade do casamento homoafetivo. Conquanto a Constituição da República de 1988 tenha limitado o casamento apenas entre homem e mulher, em 14/05/2013 o Conselho Nacional de Justiça, em sessão plenária, editou a Resolução nº 175, reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil como entidade familiar. O art. 1º da referida Resolução dispõe que: “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” (BRASIL, 2013).

Como se observa, o casamento contemporâneo tem a função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana, sendo aceitável, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo.

---

estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.” (TJMG – Apelação Cível 1.0024.06.930324-6/001 – 7ª C. Cível – Rel. Heloisa Combat – J. 22/05/07).

3.4.2.7 Família simultânea ou paralela

As famílias simultâneas[81] são as entidades formadas por dois ou mais núcleos familiares, concomitantes, em que uma pessoa se coloca como componente comum entre elas. É a entidade familiar que decorre da situação de uma pessoa que é casada e mantém um vínculo afetivo com terceira pessoa, que sabe ou não dessa situação. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk amplia esta visão e demonstra inúmeras hipóteses de configuração, que vão:

> desde a pluralidade pública e estável de conjugalidades até aquelas situações envolvendo filhos de pais separados, que mantêm íntegro o relacionamento com ambos os pais, ou, ainda, a figura materna ou paterna divorciada que decide casar novamente, ou manter união estável, e constituir nova prole, sem se privar do afeto e intimidade com os filhos do relacionamento anterior (RUZYK, 2005, p. 06).

Para se caracterizar uma família simultânea, necessário se faz a presença de dois elementos: o vínculo afetivo de uma pessoa em duas entidades familiares e a intenção de constituir família, razão porque as famílias simultâneas não se confundem com as relações eventuais e descomprometidas, sem a intenção de formar família.

As famílias simultâneas, quando consentidas, têm sido chamadas de poliamor, tema que será mais bem tratado no próximo capítulo, que se configura na hipótese de mais de duas pessoas se unirem num relacionamento íntimo simultâneo com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, tendo por base a sinceridade e lealdade.

Tais formas de constituição familiar não possuem regulamentação jurídica e paira a controvérsia se a “segunda união” poderia ser reconhecida como união estável, ainda que uma das pessoas já tenha contraído casamento ou união estável anterior.

Cabe, aqui, o questionamento de Pablo Stolze, exposto em seu interessante artigo “Direito da (o) amante”: “Você seria capaz de amar duas pessoas ao mesmo tempo?” (STOLZE, 2016).

Maria Berenice Dias responde categoricamente:

> A resposta é uma só: sim! Todos amam muitas pessoas, amam os pais e os filhos; os irmãos e os amigos. Mas quando se questiona a possibilidade de manter vínculos de natureza afetiva e sexual simultaneamente com mais de uma pessoa, todo mundo grita: não!
> A origem judaico-cristã da sociedade ocidental sempre repudiou esta realidade que sempre existiu. Não adianta determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento e o dever de lealdade na união estável (DIAS, 2016, p. 142).

[81] As famílias simultâneas também são denominadas de famílias paralelas, uniões paralelas, união estável adulterina, simultaneidade familiar, concubinato adulterino, união estável atípica, dentre outros.

A duplicidade de afeto por duas pessoas de forma concomitante assusta alguns, contudo é uma realidade social e qualquer um está sujeito a este tipo de situação existencial. Quem nunca traiu que jogue a primeira pedra.

Após o breve estudo sobre a evolução da família, percebeu-se, claramente, que o ser humano não é monogâmico por natureza, ao contrário, a monogamia feminina foi inventada pelo homem e pela Igreja de modo a organizar a família patriarcal, hierárquica e patrimonial, ignorando os instintos humanos.

É fato que, ao longo da história da humanidade, os homens nunca foram monogâmicos, a preocupação normativa com a fidelidade do casal revestia-se de maior ênfase em relação à fidelidade feminina. Conforme Lôbo, em uma perspectiva patriarcalista e patrimonialista, o controle da sexualidade feminina visava proteger "a paz doméstica e evitar a *turbatio sanguinis*" (LÔBO, 2009, p. 120), evitando-se, assim, a transmissão do patrimônio àquele indevidamente tido por herdeiro.

A infidelidade masculina, por sua vez, sempre ocupou o segundo plano, tendo em vista a tolerância social havida em relação às concubinas, ilustrada, desde há muito, pela figura de D. Pedro I, assíduo frequentador da companhia de Domitila de Castro e de muitas outras mulheres. Deste modo evidencia-se a subserviência feminina que, subjugada por toda uma estrutura machista, recebia louvores por sua capacidade de perdão e discrição.

Assim, não obstante o ordenamento jurídico brasileiro ainda apresente sanções civis à infidelidade – o dever de indenizar por danos morais, em face da exposição indevida da relação paralela ao casamento ou união estável –, é histórico o traço social de tolerância feminina à infidelidade masculina[82]. Inclusive, sua aceitação social ensejou na

[82] Em “Direitos da(o) amante”, Pablo Stolze demonstra que “a matemática da infidelidade no Brasil não mente: ‘As mulheres avançam, é verdade. Mas homens ainda reinam absolutos. A traição é em dobro: para cada mulher que trai, há dois homens sendo infiéis. Uma pesquisa do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo mostra que um dos índices menores é o do Paraná, mas é onde 43% dos homens já traíram. Em São Paulo, 44%. Em Minas Gerais, 52%. No Rio Grande do Sul, 60%. No Ceará, 61%. Mas os baianos são os campeões: 64% dos homens se dizem infiéis. Música e sensualidade formam uma mistura que, em Salvador, é sempre bem apimentada’.
Na mesma linha, o site oficial do Ministério da Saúde: ‘Os baianos são os campeões quando o assunto é traição. Já os paranaenses se dizem os mais fiéis. Entre as mulheres, as fluminenses são as que mais assumem ter casos extraconjugais. Quando se trata de freqüência de relações sexuais por semana, os homens de Mato Grosso do Sul e as mulheres de Pernambuco lideram a lista. Os dados são resultado de uma pesquisa liderada pela psiquiatra Carmita Abdo, coordenadora do Projeto Sexualidade (ProSex) do Hospital das Clínicas de São Paulo”. (STOLZE, 2016).

Com isso, é lógico concluir a provável existência de inúmeras realidades paralelas ao casamento ou à união estável em nosso país.

descriminalização do crime de adultério em 2005, permanecendo apenas a possibilidade de reparação civil, ante a exposição social do cônjuge ou companheiro traído.

Como os vínculos afetivos simultâneos sempre existiram e apresentam consequência jurídica, reconhecer o envolvimento emocional das relações plurais é de suma importância para garantir os direitos patrimoniais de todos os envolvidos na relação.

No entanto, a realidade é dura e as famílias simultâneas têm enfrentado dificuldades no Judiciário Brasileiro. O fetiche da monogamia e o conseqüente descumprimento ao dever de fidelidade, por vezes, impede o reconhecimento de direitos aos arranjos plurais.

Com base no fetiche da monogamia arraigado na sociedade brasileira, os Magistrados Brasileiros têm negado a tutela à companheira de uma relação simultânea, apenas pelo fato de ela ter o conhecimento do estado civil daquela pessoa com a qual se relaciona – a má-fé justificaria a ausência de direitos.

Em recente julgado, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou o reconhecimento de dois relacionamentos simultâneos efetivamente demonstrados nos autos. A controvérsia instaurada no Recurso Especial – REsp 1.348.458 – consistia em definir se a união estável simultânea poderia ser reconhecida entre as partes, mesmo diante da inobservância do dever de fidelidade pelo falecido, que mantinha outro relacionamento estável com terceira pessoa.

A autora da ação afirmou ter mantido convivência pública, duradoura e contínua com o homem de julho de 2007 até a sua morte, em 30 de novembro de 2008, e que o dever de fidelidade não estaria incluído entre os requisitos necessários à configuração da união estável. A outra companheira contestou a ação, alegando ilegitimidade ativa da autora, que seria apenas uma possível amante do morto, com quem ela viveu em união estável desde o ano 2000 até a sua morte.

Na oportunidade, Andrighi expõe as três correntes doutrinárias relacionadas à controvérsia, *in verbis*:

> Conforme consignei do precedente já mencionado (REsp 1.157.273/RN), um estudo realizado por Laura Ponzoni (op. cit.), aponta três correntes doutrinárias se formaram a respeito do paralelismo afetivo:
>
> 1ª: encabeçada por Maria Helena Diniz, com fundamento nos deveres de fidelidade ou de lealdade, bem como no princípio da monogamia, nega peremptoriamente o reconhecimento de qualquer dos relacionamentos concomitantes;
>
> 2ª: adotada pela grande maioria dos doutrinadores – entre eles: Álvaro Villaça de Azevedo, Rodrigo da Cunha Pereira, Francisco José Cahali, Zeno Veloso, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce e José Fernando Simão –, funda-se na boa-fé e no emprego da analogia concernente ao casamento putativo, no sentido de que se um

> dos parceiros estiver convicto de que integra uma entidade familiar conforme os ditames legais, sem o conhecimento de que o outro é casado ou mantém união diversa, subsistirão – para o companheiro de boa-fé – os efeitos assegurados por lei à caracterização da união estável, sem prejuízo dos danos morais;
>
> 3ª: representada por Maria Berenice Dias, admite como entidades familiares quaisquer uniões paralelas, independentemente da boa-fé, deixando de considerar o dever de fidelidade como requisito essencial à caracterização da união estável. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.458 - MG 2012/0070910-1. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJe: 25/06/2014, p. 8).

Apresentadas as três correntes doutrinárias, ao decidir, a Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, optou pela mais conservadora. Rebateu o argumento autoral, fundamentando que embora não haja menção legal à fidelidade recíproca para a caracterização da união estável, é plenamente exigível em face de ser ela – a fidelidade – inerente ao dever de respeito e lealdade entre os companheiros. Discorreu a relatora:

> De fato, tanto a Lei 9.278/96, como o Código Civil, nos seus arts. 1.723 e 1.724, que disciplinam a matéria, não mencionam expressamente a observância do dever de fidelidade recíproca, para que possa ser caracterizada a união estável. Exige-se, conforme o texto legal, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. 05.
> No entanto, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. Conforme destaquei no voto proferido no REsp 1.157.273/RN, a análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade
> Com efeito, uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.458 - MG (2012/0070910-1). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJe: 25/06/2014, p. 6/7).

A Ministra relatora defendeu a idéia de que uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não poderia atenuar o dever de fidelidade, com o objetivo de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas. Concluiu que seu entendimento não induz a ausência de amparo jurídico e justifica que “ainda que ela não tenha logrado êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável, poderá pleitear em processo próprio o reconhecimento de uma eventual sociedade de fato.”

Andrighi admitiu, no voto, que a jurisprudência do STJ não é uníssona quanto ao tema. Ora, ainda bem, pois tal decisão, *data venia*, não foi brilhante como de costume. Salta aos olhos a ligação da Excelentíssima Ministra com o fetiche da monogamia; seu voto, aliás, cita a expressão "primado da monogamia", deixando evidente a absurda ideia de que o arranjo monogâmico seria a única opção para a formação das famílias brasileiras, o que, definitivamente, não se concorda.

Ao decidir nesses termos, o STJ ignora a cláusula geral de inclusão constitucional, contida no *caput* do art. 226 da CR/88, pela qual "todas as entidades formadas por pessoas humanas que estão vinculadas pelo laço afetivo, atendendo à permanência, estão tuteladas juridicamente pelo Direito das Famílias" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 58).

Diante do posicionamento retrógrado do STJ, que nega tutela à família simultânea, surge a seguinte indagação: será que a simples existência fática das famílias plurais – simultâneas e poliafetivas, em grande número, diga-se de passagem – não é um forte indicativo de quebra do paradigma moral da monogamia?

Sim, a monogamia, há muito, deixou de ser a única opção de composição familiar. Hoje, vale a busca da felicidade na família que melhor lhe aprouver. Os casos concretos envolvendo as famílias simultâneas, na realidade, devem levar em consideração os princípios constitucionais contemporâneos da dignidade da pessoa humana, solidariedade, afetividade, liberdade, igualdade, que garantem o reconhecimento de direitos daqueles que constituíram a família.

Fato é que nem tudo está perdido.

Os Tribunais Brasileiros, em mais de uma oportunidade, tem decidido pela possibilidade de rateio de pensão por morte entre a esposa e a companheira, sem citar qualquer ordem de preferência entre elas. Conquanto ainda sejam decisões de primeiro e segundo grau, aos poucos se verifica uma evolução no posicionamento quanto ao reconhecimento do paralelismo afetivo, vale conferir um exemplo:

> **EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. COMPROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. RATEIO DO BENEFÍCIO COM A ESPOSA. CONSECTÁRIOS. TUTELA ESPECÍFICA.**
> 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão.
> 2. Comprovada a união estável entre a autora e o segurado falecido, é devido o rateio do benefício de pensão com a esposa.
> 3. Havendo dependente que já vinha recebendo a pensão, a concessão do benefício para novo dependente ocorrerá a partir da habilitação (requerimento administrativo ou do ajuizamento da ação na falta desse). Art. 76, caput, da Lei nº 8.213/91. (TRF 4ª Região. Apelação Cível nº 0015231-45.2010.404.9999/RS. Relator: Juiz Federal

> Guilherme Pinho Machado. Órgão Julgador: 5ª Turma do TRF 4ª Região. Publicado em 28/01/2011).

A decisão supra se firmou na existência de duas famílias simultâneas, em face da comprovação fática de que o de cujus morava com a esposa, sem nunca ter se separado, e, concomitantemente, mantinha uma união estável por aproximadamente 6 anos, até a sua morte.

Não obstante a resistência do Superior Tribunal de Justiça, o tema é delicado e precisa ser enfrentado de frente. Não há como ignorar que a infidelidade e os amores paralelos sempre fizeram parte da trajetória da humanidade, a própria estrutura produtiva e reprodutiva de instituição do casamento atraía tal costume social. O ser humano sempre busca ser feliz, ainda que fora do casamento.

Afastando-se o aspecto eminentemente moral, resta patente o direito da(o) amante. A infidelidade e a quebra da monogamia no relacionamento oficial não podem ser empecilho para o reconhecimento da família simultânea, ainda que não comprovada a dependência econômica. Acerca deste aspecto, Maria Berenice Dias ressalta:

> Fechar os olhos a esta realidade e não responsabilizar quem assim age é ser conivente é incentivar este tipo de comportamento. O homem pode ter quantas mulheres quiser porque a Justiça não lhe impõe qualquer ônus. Livrá-lo de responsabilidades é punir quem, durante anos, acreditou em quem lhes prometeu que, um dia, o amor seria exclusivo. Mulheres que ficaram fora do mercado de trabalho, cuidaram de filhos, de repente, se vêem sem condições de sobrevivência (DIAS, 2006, p. 143).

Assim, nos termos do Código Civil Brasileiro, deve ser reconhecida toda união estável consubstanciada numa “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1723, do CC/02), ainda que simultânea.

Rememora-se que não se encontra no rol de requisitos para a configuração de uma união estável: a existência de prole e o tempo mínimo de convivência e a coabitação – motivo pelo qual se mostra plenamente possível formar, concomitantemente, duas famílias paralelas. A afetividade, a estabilidade do vínculo afetivo, excluindo-se as relações descompromissadas e meramente sexuais, e a ostensibilidade, com o intuito de formar uma família, numa reciprocidade de afeição e respeito, são bastante para evidenciar a união estável na sua plena conformação.

Seguindo esta premissa, a monogamia não pode ser considerada um mandamento excludente de reconhecimento de entidades familiares plurais, improcedendo, assim, negar

tutela jurídica às famílias simultâneas, mormente, em face da efetivação da dignidade humana dos membros envolvidos. O fato de parte de a sociedade repudiar esta modalidade de família não as faz desaparecerem.

As uniões putativas também chamam atenção quando o assunto é família simultânea. Não se concorda com o posicionamento dos Tribunais, no sentido de reconhecer a União Estável apenas aos casos em que houve a comprovação da boa-fé da companheira, ou seja, de que essa não tinha conhecimento de que o outro era casado ou mantinha união diversa.

Ora, conforme Ana Carla Harmatiu Matos (2010) observa, em muitos casos, ambas as companheiras têm conhecimento uma da outra, convivem amigavelmente, demonstrando uma aceitação em prol do amor, da durabilidade e publicidade do relacionamento. Cuida-se de convivência efetiva ou tácita da simultaneidade familiar, consubstanciada na aceitação expressa ou a simples tolerância das famílias, que convivem por muitos anos sob esse aspecto.

De fato, as relações paralelas têm seu início no cometimento de adultério, quando lhes sendo atribuídas, automaticamente, apenas efeitos negativos, contudo, tais arranjos são facetados pelo afeto, que compõe qualquer tipo de família, e, nessa toada, a boa-fé ou má-fé não pode ser impeditiva para a aplicação do Direito das Famílias.

Não se concorda, portanto, que a ausência de boa-fé da companheira impeça o reconhecimento das famílias simultâneas. A notória situação jurídica de seu parceiro não exclui a possibilidade de vivenciar uma relação sólida, com afetividade, estabilidade e ostensibilidade, preenchendo, deste modo, todos os requisitos necessários para a constituição de uma união estável, ainda que conhecida pela família oficial.

Configurada ou não a boa-fé, a intenção da convivência é a mesma, o desejo de viver juntamente é fruto do afeto que permeia a relação intersubjetiva, mesmo que para isso o indivíduo venha a aceitar determinada situação renegada pelo ordenamento jurídico.

Assim, diante da omissão legislativa em relação às uniões paralelas, oportuno se faz recorrer à Constituição Federal e aos princípios aplicáveis ao Direito de Família, como o da afetividade, igualdade, liberdade e dignidade humana, para resolver as controvérsias existentes.

Nesse passo, levando a efeito que o princípio da dignidade humana rege o mínimo existencial de cada pessoa, não pode a entidade familiar, como uma estrutura que contribui para o desenvolvimento individual, ser violada apenas pela existência de um suposto dever de fidelidade ou ausência de boa-fé.

Outrossim, o princípio da igualdade, da liberdade e da autonomia privada, legitimadores da possibilidade de escolha da família que melhor lhe corresponda, somados ao

princípio do pluralismo familiar, o qual limita o poder de interferência do Estado na vida privada dos indivíduos, proíbem, veementemente, a vedação de criação de novas entidades familiares, em prol do principio da afetividade.

Diante desse cenário, a família monogâmica não deve ser a única forma de constituição familiar, sendo certo que o conceito de família deve abarcar a realidade dos relacionamentos íntimos em suas diversas formas de constituição, ainda que simultâneos.

Tecidas as devidas considerações sobre a evolução no conceito de entidade familiar e as novas modalidades de arranjos, passa-se à análise do ponto central da pesquisa: o reconhecimento de direitos à família poliafetiva.

CAPÍTULO 04 – O POLIAMOR: os direitos e entraves enfrentados pelas famílias poliafetivas

"Consideramos justa
toda forma de amor"
Lulu Santos

4.1 Poliamor: contextualização, gênese, conceito, espécies e filosofia

A sociedade pós-contemporânea complexa, contraditória - inovadora e conservadora, liberal e autoritária, tolerante e intolerante -, tem apresentado dificuldades em aceitar as múltiplas conformações familiares hodiernas.

As contradições são muitas, enquanto se defende a família como núcleo de efetivação dos direitos fundamentais, em discurso consonante ao texto constitucional, verifica-se certa aflição da sociedade, quando o assunto é família plural, democrática e isonômica, sobretudo, poliafetiva, em face de sua não convencionalidade.

Fato é que a não monogamia tem assustado os conservadores e estes não se acanham em se pronunciar pelo não reconhecimento de direitos aos "poliafetivos", apresentando como único fundamento a imposição da monogamia, como única possibilidade de conformação familiar existente no sistema jurídico brasileiro.

Grande equívoco! Conquanto a monogamia ainda seja comum, não pode ser considerada como o único formato de constituição familiar da pós-modernidade, e, o poliamor, dentre outras possibilidades de transformação da intimidade e da sexualidade, tem se mostrado uma das alternativas.

Não há como ignorar que a realidade fática dos novos arranjos vem se alterando rapidamente e posturas retrogradas não podem ter lugar no Direito das Famílias do Século XXI, inclusivo e plural, por natureza teleológica.

Seguindo essa linha, projetos de lei da estirpe do Estatuto da família - PL nº 6.583/13[83] - são incabíveis e desnecessários, cuidando-se de uma intervenção estatal absurda na esfera

[83] Estatuto da Família – PL 6.583/13: "Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (BRASIL, 2013).

privada. Em caso de aprovação do PL, apenas e tão somente será entendida como família, objeto de proteção do Estado, a entidade familiar formada por um casal composto por um homem e uma mulher, excluindo-se, sem qualquer justificativa, os casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, as famílias adotivas, ao empregar o termo "descendentes" que se refere abertamente unicamente à parentalidade biológica, entre outros.

Judith Stacey, na obra "Em nome da família: repensando valores da família na era pós-moderna", destaca que os juristas conservadores, por considerarem a família pós-moderna insegura e flexível demais, continuam defendendo a "família nuclear, com um macho ganha pão, dona de casa de tempo integral e crianças dependentes". Acrescenta ainda que "os defensores dos 'valores familiais' pretendem políticas que mais prejudicam que ajudam" (STACEY, 1996, p.36), exatamente como tem ocorrido no Brasil.

Todavia, por maior que seja a moral religiosa de alguns juristas, o progresso cultural, científico, tecnológico, econômico e a emancipação da mulher impulsionaram transformações significantes na família, pelas quais o núcleo patriarcal, hierárquico e patrimonial cedeu, definitivamente, lugar a uma vasta gama de novas famílias, realidade social que não pode ser ignorada pelo direito.

Cesar Fiúza e Luciana Poli afirmam que "dentre as variadas aflições que pasmam as ciências sociais contemporâneas seguramente sobressai a da compreensão e da aceitação das múltiplas dimensões que pode assumir a família" e apresentam à interessante "noção de pânico moral, fenômeno que, possivelmente explicaria a postura conservadora de algumas instituições jurídicas" (FIUZA; POLI, 2015, p. 152), tema que será abordado neste capítulo.

Diante dessa resistência às mudanças sociais, discutir sobre os novos arranjos familiares contemporâneos se mostra muito importante, mormente, para tornar visível a sua conformação e necessidade de regulamentação.

Como se defende o reconhecimento das famílias poliafetivas, necessário se faz, neste capítulo, estudar a filosofia de vida que envolve o poliamor, suas espécies, seus direitos e seus entraves, abordando, principalmente, as dificuldades enfrentadas pelos grupos familiares pós-modernos fundados na poliafetividade.

Tratar-se-á, ainda, da gênese da monogamia, sua natureza jurídica de valor, a fim de evidenciar a possibilidade de formação da família não monogâmica, formalizada pela escritura pública de união civil, com efeitos equiparados às uniões estáveis homo ou heterossexuais.

Por fim, será apresentada a situação jurídica das uniões civis poliafetivas no Brasil, bem como o recente posicionamento do CNJ em relação ao tema.

4.1.1 A Gênese do Poliamor

Com o objetivo de compreender a gênese do poliamor, cumpre examinar o contexto histórico do seu desenvolvimento ao longo do tempo.

Débora Anapol, na obra "*Polyamory: the new love without limits*", defende a origem remota do Poliamor, fazendo referência ao "casamento complexo", filosofia desenvolvida na Comunidade Espiritual Oneida, fundada por John Humphrey Noyes, em 1848, pela qual todos os homens e todas as mulheres dentro da comunidade eram considerados casados uns com os outros. Havia algumas curiosidades: os homens só poderiam ejacular se a relação fosse destinada a concepção; o ciúme e a possessividade eram minimizados, no casamento grupal, por meio do incentivo de que seus membros desfrutassem do ato sexual com múltiplos parceiros, sem preconceitos; outra característica é que os membros mais maduros da comunidade iniciavam os jovens em práticas sexuais e espirituais (ANAPOL, 2010).

Por sua vez, Daniel dos Santos Cardoso, em sua dissertação de mestrado, defendida na Universidade Nova de Lisboa, sobre poliamor e comunicação, explicita que o primeiro registro bibliográfico da palavra "poliamor" se deu em 1953, no livro "*Ilustrated History of English Literature*" de Alfred Charles Ward. Tal obra descreve o rei Henrique VIII como um "determinado poliamorista" (CARDOSO, 2010, p. 19).

O autor parte dos ensinamentos da historiadora inglesa, Alison Weir, e descreve que o reinado de Henrique VIII é lembrado na história da Inglaterra, entre outros motivos, pelos seus seis casamentos, façanha inusitada para a época – e até mesmo para os tempos atuais (CARDOSO, 2010).

Conquanto Anapol e Cardoso tenham apresentado uma importante manifestação histórica das relações não monogâmicas, o poliamor, fenômeno social pautado pelo afeto múltiplo e transparente, ainda assim, pode ser considerado recente. Do estudo da origem da família, nessa tese, percebeu-se que nem sempre o afeto e amor cortês foram utilizados como fundamentos das relações interpessoais como acontece hoje.

Nos primórdios, o casamento não exigia qualquer estima entre seus participantes, preocupando-se apenas com a procriação e a perpetuação do patrimônio. A busca crescente pelo prazer sexual emergiu no final do Século XIX. Em seguida, no Século XX, inseriu-se definitivamente, no seio social, o amor romântico como elemento do relacionamento apaixonado (GIDDENS, 1992), configurando-se o que se entende como amor idealizado e com traços de paixão, cenário propício para o aparecimento de modos alternativos de manifestação de afeto, com liberdade e responsabilidade.

Todo esse caminho de libertação do ser humano teve por marco a Revolução sexual iniciada nos anos 60/70, época em que significativas mudanças ocorreram no âmbito dos relacionamentos familiares: as mulheres invadiram o mercado de trabalho e se emanciparam; os métodos contraceptivos apareceram; a sexualidade foi desvinculada da procriação, enfim, as uniões começaram a ser pautadas pelo afeto e pelas escolhas individuais, desafiando a cultura fincada no tradicional matrimônio como único formato familiar.

Com efeito, a desvinculação da sexualidade do meio procriativo somada à valorização da autonomia privada, como instrumento de efetivação do direito fundamental à formação de família, levaram à adoção de novos estilos de vida, dentre eles, os arranjos poliafetivos, realidade social que pugna pela aceitação e proteção do Direito das Famílias.

Sandra Elisa de Freire, em sua obra "Poliamor, uma forma não exclusiva de amar", esclarece que, "embora suas raízes remetam às comunidades utópicas dos Estados Unidos do século XIX, a responsabilidade nos relacionamentos não monogâmicos começou a crescer vigorosamente na década de 1960[84]" (FREIRE, 2013, p. 27).

A autora detalha que:

> Entre as décadas de 1950 e 1970 nos Estados Unidos, vários movimentos alternativos se formaram, ficando conhecido como movimento da contracultura. Nele, os jovens estadunidenses manifestavam seu descontentamento em relação ao "*American Way of Life*" (modo de vida americano), e levantavam as bandeiras dos lemas "*Peace and Love*" (paz e amor) e "*Make Love, Not War*"(faça amor, não guerra) (FREIRE, 2013, p. 27).

O movimento da contracultura – caracterizado também pelos *hippies* e o *rock* - propunha uma nova maneira de agir, pensar e sentir, destacando-se a tríade "sexo, drogas e *rock'nroll*", rompendo a barreira da prática do sexo papai e mamãe, na ocasião, muitas drogas eram consumidas por lazer e descoberta espiritual (FERREIRA, 2005).

Em um momento em que os Estados Unidos se deparavam com segregação social e racial, revolução feminista e libertação da sexualidade, várias transformações expressivas ocorreram: a música se transformou em instrumento de contestação social e política; a moda, que sofria forte repressão sexual, até então, evoluiu – mini-saias surgiram como símbolo de

[84] Na mesma linha, Noel destaca que a teoria e a prática intencional de relacionamentos não-monogâmicos têm se desenvolvido desde o início do século XX. A primeira onda feminista, os socialistas e as sociedades utópicas já exploravam as relações não-monogâmicas intencionais, bem como a promoção de métodos de controle de natalidade para permitir um maior domínio sobre a sexualidade e a reprodução.
Nos anos sessenta, a revolução sexual, bem como uma variedade de movimentos sociais baseados na luta por direitos, aumentaram, ainda mais, o conhecimento sobre gêneros, sexualidade, raça e habilidade (NOËL, 2006, p. 602).

liberdade – enfim, alterou-se, consideravelmente, o comportamento sexual dos indivíduos. (CAMPOS, 2006).

Para Giddens, a introdução de métodos contraceptivos, em especial a pílula "balinha mágica", alterou o comportamento sexual das pessoas e o sexo, passa ser considerado fonte de prazer e não objeto de procriação, circunstância que o levou a ser exercitado em relacionamentos fora do padrão heterossexual, matrimonial e monogâmico (GIDDENS, 1993).

Emergiram de tal cenário, estilos de vida alternativos, os quais tinham como pano de fundo: os movimentos sociais que exigiam direitos civis, a emancipação da mulher, o reconhecimento da sexualidade feminina e da homossexualidade, o aumento do divórcio, ou seja, muitas foram às circunstâncias que contribuíram para o surgimento de formatos de famílias não tradicionais.

Segundo Daniel Cardoso, o pensamento feminista muito contribuiu para o surgimento do poliamor, assuntos como o corpo, a sexualidade e a sua autonomia foram bandeiras fundamentais que serviram de base para se "questionar as relações de poder e de gênero associadas às relações românticas e sexuais, especialmente, no que toca ao padrão heteronomormativo e à forma como este se institui como uma lente de compreensão do indivíduo sobre si mesmo". (CARDOSO, 2010, p. 35)

Sheff afirma que, na década de 80, a revolução sexual colidiu com a propagação da epidemia da AIDS e com o retorno do conservadorismo político, foi "nesse período de tumulto social e político que o poliamor nasceu como uma identidade e uma forma familiar" (SHEFF, 2011, p. 490, tradução nossa). E Noel complementa:

> Nos anos noventa, o poliamor surgiu desse contexto cultural de movimentos sociais, como uma estrutura de relacionamento em que a pessoa poderia optar por amar e manter relações sexuais com mais de uma pessoa ao mesmo tempo, havendo comunicação mútua e aberta acerca dessas escolhas (NOËL, 2006, p. 602-603).

Assim, em meio aos movimentos sociais progressistas e, sobretudo, em reação à repressão sofrida pela mulher no passado, surge, na década de 80/90, o discurso do poliamor[85], dando ênfase à possibilidade de se ter múltiplos parceiros amorosos, íntimos, honestos, iguais e não-exclusivos.

---

[85] Não só o poliamor surgiu nessa época. Segundo Haritaworn, Lin e Klesse, "a cultura homossexual – mais especificamente do gênero masculino –desenvolveu um rico repertório de relacionamentos sexuais e íntimos pautados pela não-monogamia. Isso sem falar nas experiências que tiveram os bissexuais a partir da vivência de

Como se observa, o poliamor emergiu vinculado à ideologia de libertação sexual, a qual influenciou de maneira acentuada as práticas e os debates políticos em diversos movimentos sociais (HARITAWORN; LIN; KLESSE, 2006, p. 518, tradução nossa).

Por seu lado, Daniel Cardoso relata que uma importante passagem do poliamor se deu no contexto da "Igreja de Todos os Mundos" ("*Church of All Worlds*"), um grupo neopagão que se originou a partir da obra de ficção "Um estranho numa terra estranha", de Robert Heinlein (CARDOSO, 2010, p. 10).

Segundo Rafael Santiago, na obra de ficção, o poliamor era entendido como aquela condição na qual a felicidade de outra pessoa é essencial para a sua própria felicidade. Nesse cenário, os personagens da obra se envolviam em múltiplos e profundos relacionamentos sexuais e amorosos, o que encantou os adeptos da Igreja, porquanto fornecia justificativa para suas preferências relacionais (SANTIAGO, 2014, p. 114).

Para Daniel Cardoso, essa é a primeira corrente do poliamorismo, notadamente relacionada a valores religiosos e espiritualistas, tendo como uma de suas personagens, a psicóloga norte-americana Deborah Anapol, responsável pelo desenvolvimento e consolidação do poliamor em todo o mundo, especialmente, em virtude de seu livro "*Polyamory: The New Love Without Limits*", referência do poliamorismo em sua vertente espiritualista, tantra e pagã. Deborah Anapol foi também a co-fundadora de uma das principais fontes de pesquisa na internet sobre o movimento, a revista eletrônica "*Loving More*" (CARDOSO, 2010, p. 11).

Vê-se que nos anos 90, o poliamor se instala de vez na sociedade contemporânea. Nesse sentido, Sandra Elisa de Freire explicita que:

> A partir da década de 1990, o poliamor começou a ganhar maior visibilidade nos Estados Unidos.
> No Brasil, ainda que de modo discreto, o poliamor começa a ganhar visibilidade na última década; não apenas nas redes sociais, mas também no âmbito jurídico. Recentemente, na cidade de Tupã – SP, o jurista Natanael dos Santos Batista Júnior orientou duas mulheres e um homem, que já viviam juntos há três anos, na elaboração de documento que traz regras que correspondem ao direito patrimonial no caso de uma fatalidade, uma maneira de assegurar o direito deles. Esta foi chamada, por ele, de União Poliafetiva. De acordo com o jurista, a escritura pública visa dar proteção às relações não monogâmicas, além de buscar o respeito e a aceitação social dessa estrutura familiar. Para ele, o mais importante do registro da escritura de união Poliafetiva é tornar visível a possibilidade de se pensar outras estruturas familiares (União entre três pessoas, 2012) (FREIRE, 2013, p. 20).

---

várias formas de relacionamentos íntimos com pessoas de diferentes gêneros e orientações sexuais (HARITAWORN; LIN; KLESSE, 2006, p. 518).

Portando, o fenômeno do Poliamor se fortalece na década de 90, e a partir daí as uniões poliafetivas vêm se consolidando ao longo do tempo.

No Brasil, muitos adeptos têm se preocupado com o futuro dessas relações intersubjetivas, pautadas pelo afeto solidariedade, que se mostram subjugadas e à margem de proteção do ordenamento jurídico.

4.1.2 Conceito de poliamor

Etimologicamente, a palavra Poliamor se divide entre a origem grega "poli" - muitos ou vários e o latim "amore" - amor, isto é, vários amores ou amor por várias pessoas.

O poliamor nasce, então, da conclusão corajosa de que é possível amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo[86], afinal, ninguém é de ninguém.

Sobre as origens da palavra "poliamor" (polyamory) Daniel Cardoso explicita que:

> O primeiro registro bibliográfico que conhece, até a data, é de 1953, e surge na *Illustrated History of English Literature, Volume 1*, por Alfred Charles Ward – a Henrique VIII é dado o adjectivo de "determinado poliamorista"; a palavra "poliamorosa" surge depois numa obra de ficção, *Hind's Kidnap*, de Joseph McElroy, em 1969, associada à ideia de que a instituição Família" está "acabada"; em 1971, na publicação *XVIIe Siècle*, Joséphine Grieder diz que "ser politeísta é ser poli-amoroso" (esta afirmação é depois citada em *La Rochefoucauld and the Seventeenth-Century Concept of Self*, de Vivien Thweatt); mais tarde, em 1972, surge num livro de seu nome *Marriage: For & Against*, de Harold Hart, em que o autor diz "Parece-me bastante óbvio que as pessoas são muito comummente poliamorosas" (p. 201) mas também, noutra passagem, "Pode dar-se o caso, como dizem alguns, que as mulheres, por natureza, não são *poli amorosas* […] muitos poucos homens ou mulheres são verdadeiramente polígamos; poucos estariam inclinados a envolverem-se em duas ou mais…"; os resumos do 7º encontro anual da Associação Americana de Antropologia (de 1975) também fazem referência, pela mão de Carol Motts, a um futuro da humanidade, no século XXIII, dominado pelo *homo pacifis*¸ cujas propriedades incluem ser "individualístico, livre-pensador, poliamoroso, vegetariano"; em 1977, numa obra sobre as representações na ficção da 1ª Guerra Mundial (*The First World War in Fiction*, de Holger Klein), em que

[86] Segundo a psicanalista Regina Navarro Lins, "amar duas pessoas ao mesmo tempo é mais comum do que se pensa". Defende que "não é necessário ter culpa podemos amar várias pessoas ao mesmo tempo. Não só filhos, irmãos e amigos, mas também aqueles com quem mantemos relacionamentos afetivo-sexuais. E podemos amar com a mesma intensidade, do mesmo jeito ou diferente. Acontece o tempo todo, mas ninguém gosta de admitir.
A questão é que nos cobramos a rapidamente fazer uma opção, descartar uma pessoa em benefício da outra, embora essa atitude costume vir acompanhada de muitas dúvidas e conflitos.
Mas afinal, por que se tem tanto medo de amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo? O terapeuta José Ângelo Gaiarsa afirma que "somos por tradição sagrada tão miseráveis de sentimentos amorosos que havendo um já nos sentimos mais do que milionários, e renunciamos com demasiada facilidade a qualquer outro prêmio lotérico (do amor)".
E essa limitação afetiva se desenvolveu a partir da crença de que somente através da relação amorosa estável com uma única pessoa é que vamos nos sentir completos e livres da sensação de desamparo. Não é à toa que exigimos que o outro seja tudo para nós e nos esforçamos para ser tudo para ele. Mesmo à custa do empobrecimento da nossa própria vida (LINS, 2016).

> Itália aparece como "poliamorosa-incestuosa"; dois anos depois, em 1979, em *The Gay Report: Lesbians and Gay Men Speak Out About Sexual Experiences and Lifestyles*, onde, para se fugir à ideia de bissexualidade como sendo demasiado limitativa, se usa "poli-amoroso, querendo dizer muitos tipos de relações amorosas com muitos tipos de pessoas"; novamente numa obra de ficção, *The Disinherited*, por Matt Cohen, em 1986, onde se fala de "perversão *poliamorosa*"; por fim, na *New Scientist* de 22 de Abril de 1989, um artigo que fala sobre o avô de Charles Darwin e o seu poema erótico em que plantas são tratadas como pessoas, que levam a cabo as suas "tramas poliamorosas"
> [...]
> Surge em 1990, no contexto da Igreja de Todos os Mundos, a noção de poliamor na sua vertente espiritualista e pagã. Morning Glory Zell-Ravenheart publicou, na *newsletter* fundada junto com a Igreja de Todos os Mundos (e que, mais tarde, passou a revista) *Green Egg*, um artigo chamado "*A Bouquet of Lovers*", em Maio de 1990. Nesse artigo, constava uma nova palavra: "*poly-amorous*": um adjectivo que se referia a pessoas que tivessem relações amorosas e sexuais com mais do que uma pessoa simultaneamente, ou que o quisessem fazer, e que reconhecessem o direito de outros o fazerem. Porém, onde a palavra "polyamory" poderia ser usada, não o foi – nesse momento, ainda não existia, não obstante a criação do adjectivo (e esse mesmo hifenizado, longe ainda do seu estado actual). De acordo com Oberon Zell, tal como relatado por Alan no seu *blog* "Poly in the Media"22, poucos meses depois, em Agosto do mesmo ano, a Igreja de Todos os Mundos foi convidada a um evento público em Berkeley, e organizaram um Glossário de Terminologia Relacional para lá apresentar – aí sim, pela primeira vez, foi usada a palavra "polyamory", poliamor em português (CARDOSO, 2010, p. 11).

Consoante Daniel Cardoso, a palavra "poliamorista" foi registrada pela primeira vez em 1953; "poliamorosa" em 1969; a expressão "ser politeísta é ser poli-amoroso" citada em 1971.

O vocábulo "poliamor" (polyamory), por sua vez, surgiu com bases espiritualistas e pagãs, na década de 1990, em evento público em Berkeley (Califórnia) - composto por "neopagãos" adeptos à "Igreja de todos os mundos" - que tinha por objetivo criar um "Glossário de Terminologia Relacional". Inclusive, um dos livros mais conhecidos sobre o Poliamor: "*Polyamory: The New Love Without Limits*", escrito por Deborah Anapol, publicado em 1997, faz parte dessa tendência.

Demonstrada a evolução da palavra poliamor, passa-se a conceituá-lo.

Débora Anapol destaca:

> […] Eu uso a palavra poliamor para descrever todo o conjunto de estilos de amor que surgem a partir do entendimento de que o amor não pode ser obrigado ou impedido de fluir em qualquer direção particular. O amor, que pode se expandir, frequentemente cresce para incluir um número de pessoas. Mas, para mim, o poliamor tem mais relação com a atitude interna de deixar o amor evoluir sem expectativas ou demandas [...] do que com o número de parceiros envolvidos. (ANAPOL, 2010, p. 01, tradução nossa).

Além disso, Antônio Cedreira Pilão e Mirian Goldenberg afirmam que “poliamor é um nome dado à possibilidade de se estabelecer mais de uma relação amorosa ao mesmo tempo com a concordância de todos os envolvidos” (PILÃO; GOLDENBERG, 2012, p. 62) e destacam que “os elementos que justificam a opção pelo poliamor, assim como, que permitem diferenciar e hierarquizar as diversas modalidades de conjugalidade são os valores de liberdade, igualdade, honestidade e amor” (PILÃO; GOLDENBERG, 2012, p. 68).

Daniel Cardoso, por sua vez, realça que o poliamor se configura como “uma forma de não-monogamia responsável, ou ética, ou em consentimento” (CARDOSO, 2010, p. 11), especialmente, perturbadora das normas monogâmicas.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> O poliamorismo ou teoria do poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta (GAGLIANO, FILHO, 2014. p. 463).

Conquanto não haja consenso em sua definição, o Poliamor, destarte, pode ser entendido como um relacionamento não monogâmico, em que as pessoas três ou mais pessoas convivem amorosamente, de forma simultânea, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, tendo por base a lealdade, a honestidade, o amor e a ética (a boa-fé-objetiva).

Definido o poliamor, passa-se à análise das suas espécies.

4.1.3 Espécies de poliamor

Há diversas formas de relacionamentos poliamorosos, sendo os mais comuns são: o **poliamor platônico** ou não sexual; a **polifidelidade**, relacionamento pelo qual os envolvidos são fieis aos parceiros daquela relação, sejam eles três ou mais, limitando-se as relações sexuais aos entes do relacionamento; **o poliamor aberto**, relacionamento em que os parceiros não se importam com as relações extraconjugais; o **poliamor mono/poli**, quando o parceiro mono ou poligâmico permite que o companheiro tenha relações fora do relacionamento.

Nesse contexto, Antônio Cerdeira Pilão e Mirian Goldenberg citam apenas três modelos de relações poliamoristas:

> No blog Poliamores, são apresentadas algumas possibilidades de relações poliamoristas. O'*casamento em grupo*' ou '*relação em grupo'*, quando todos os membros têm relações amorosas entre si. A '*rede de relacionamentos interconectados*', quando cada um tem relacionamentos poliamoristas distintos dos parceiros - ou seja - os namorados de uma pessoa não o são entre si. Há, ainda, as '*relações mono/poli*', quando um dos parceiros é poliamorista e o outro é monogâmico. O poliamorista mantém relacionamentos paralelos enquanto o monogâmico, por opção, tem só um parceiro.
> Os três modelos acima citados se dividem em "aberto" e "fechado". No primeiro caso, está colocada a possibilidade de novos amores e, no segundo, é praticada a polifidelidade, restringindo as experiências amorosas (PILÃO; GOLDENBERG, 2012, p. 64).

Para os autores, classificam-se como poliamoristas: "o casamento em grupo" – no qual todos os membros se relacionam entre si; "a rede de relacionamentos interconectados" – pela qual cada um dos componentes relaciona-se com parceiros poliamoristas diferentes; e, por fim, "as relações mono/poli" – quando um dos parceiros é poli e o outro é monogâmico. Nas três vertentes, cabe o poliamor aberto ou fechado.

Sandra Elisa de Freire, a seu turno, apresenta outras configurações de poliamor:

> Weitzman, Davidson e Phillips (2009) consideram que o poliamor pode assumir várias configurações, todas adaptáveis aos desejos, às necessidades e aos acordos dos indivíduos envolvidos. Estas formas incluem: (1) *Primário* – casal em uma relação primária concorda em buscar outros relacionamentos, podendo desenvolver relações profundas e sérias ou terem amantes ocasionais; (2) *Tríade* – três pessoas desenvolvem uma relação de compromisso íntimo. É mais frequentemente formadaquando um casal já existe e inclui uma terceira pessoa; e (3) *Casamento grupal ou poli-família* - Três ou mais pessoas formam um coeso sistema de relacionamento íntimo. Eles podem ter exclusividade sexual entre os participantes do grupo (isto é chamado polifidelidade) ou podem concordar com as condições em relação a ter parceiros fora do grupo.
> *Ve Ard e Veaux* (2003) acrescentam outras possíveis configurações poli, a saber: (1) *Poli Solteiros* – pessoas que não estão envolvidas em qualquer relacionamento, mas acreditam no conceito de poliamor, e nutrem a esperança de incorporá-lo nos relacionamentos futuros que possam ter; (2) *Família expandida ou intencional*– relação em que três ou mais parceiros conscientemente escolheu uns aos outros como família, podendo ou não viver juntos, possuindo a liberdade de se relacionar sexualmente com todos os membros envolvidos, entretanto este não se constitui um requisito para ser membro (FREIRE, 2013, p. 42-43).

Observa-se que, conquanto o relacionamento "poli" seja mais flexível, quanto à sua conformação, aceitando mais de dois membros, não há permissão tudo, as espécies em si apresentam regras próprias.

Nessa toada, se um ente não sabe ou não permite uma relação fora daquele combinado relacionamento poliamoroso, sobrevirá uma traição como outra qualquer, por violação ao

princípio da boa-fé objetiva. Afinal, o poliamor pressupõe consentimento de todos os envolvidos, transparência, colaboração, solidariedade – deveres anexos à boa-fé objetiva.

O poliamor, portanto, envolve relacionamentos íntimos, afetivos, entre três ou mais pessoas, os quais apresentam várias espécies, cujas conformações vêm causando interessante confusão cotidiana, notadamente, porque coloca em cheque o tabu sobre o amor exclusivo.

Evidenciada as espécies de poliamor, passa-se a apresentar a filosofia que envolve este fenômeno social.

4.1.4 Filosofia Poliamorista

A filosofia adotada no poliamor considera, precipuamente, que o amor não deve excluir o mundo ou as pessoas a seu redor, seus adeptos defendem a lógica de que os indivíduos podem amar e ser amados por mais de uma pessoa simultaneamente, de forma transparente e sem qualquer culpa.

A psicanalista Regina Narravo Lins dispõe sobre a dinâmica do poliamor:

> No poliamor uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos.
> Os poliamoristas argumentam que não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente. “O poliamor pressupõe uma total honestidade seio da relação. Não de trata de enganar nem de magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e sentem à vontade com ela. A idéia principal é admitir essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual, explica um adepto dessa prática amorosa.
> O poliamor aceita como fato evidente que todos têm sentimentos em relação a outras pessoas que as rodeiam. Como nenhuma relação está posta em causa pela mera existência de outra, mas, sim, pela sua própria capacidade de se manter ou não, os adeptos garantem que o ciúme não tem lugar nesse tipo de relação.
> “Não é o mesmo que uma relação aberta, que implica sexo casual fora do casamento, nem na infidelidade, que é secreta e sinônimo de desonestidade. O poliamor é baseado mais no amor do que no sexo e se dá com o total conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, estejam estes num casamento, num ménage à trois, ou no caso de uma pessoa solteira com vários relacionamentos. Pode ser visto como incapacidade ou falta de vontade de estabelecer relações com uma única pessoa, mas os poliamantes se sentem bastante capazes de assumir vários compromissos, da mesma forma que um pai tem com seus filhos” Nan Wise, uma psicoterapeuta que pratica o poliamor, reconhece que é necessária muita estabilidade emocional. (LINS, 2007, p. 339-340).

Segundo Regina Navarro, o poliamor se liga, principalmente, à honestidade e ao amor recíproco entre os envolvidos, sendo mais focado no amor do que no sexo.

No entanto, para que essa forma de relacionamento seja possível, seus adeptos cultivam princípios norteadores para tal prática, destacando-se, conforme já foi dito, a boa-fé objetiva e a livre manifestação de vontade, denominadas pelos poliamoristas de honestidade e consenso, respectivamente.

Débora Anapol, percussora no tema, sugere que o poliamor propõe uma nova ética sexual, que derivaria da ênfase sobre o amor, a intimidade, o compromisso de consenso e a honestidade. A autora detalha que o poliamor dispõe de elementos essenciais: **a fidelidade e lealdade do relacionamento**, no sentido que as promessas e acordos realizados devem ser cumpridos; **a confiança, dignidade e respeito**, pelos quais os parceiros de um membro do grupo devem ser aceitos como parte do relacionamento e não apenas tolerados; **o apoio mútuo**, ou seja, cada parceiro deve se apoiar e se abster de prejudicar o outro; **a comunicação e negociação**, mecanismos importantes para reparação de eventual violação do acordo firmado; e, por fim, **a não possessividade**, entendida como a ausência de ciúmes dos parceiros entre si (ANAPOL, 2010).

Klesse (2006) e Cardoso (2010) defendem que a honestidade entre os parceiros é o principal valor poliamorista. Tal valor se identifica como a mera aplicação do princípio da boa-fé objetiva, acompanhado do consentimento, mera aplicação do exercício da autonomia privada.

Antônio Cerdeira Pilão, a seu turno, defende a ideia que o poliamor não se compatibiliza com o amor romântico monogâmico[87] e afirma:

> Para que o projeto de "honestidade" poliamorista se estabeleça é necessário que o ideal romântico de dois sujeitos se completando seja desfeito. Uma comunicação "sem barreiras" pressupõe que não seja esperado ser o único amado do parceiro - parece ser esse o principal divisor entre o Poliamor e a monogamia: a legitimação de múltiplos vínculos íntimos e profundos (PILÃO, 2012, p. 7).

Ao contrário da noção de amor romântico, em que duas pessas se completam, o pliamor é democrático, tendo por objetivo a aceitação da individualidade das pessoas que optam por viverem felizes, amando e convivendo com mais de uma pessoa ao mesmo tempo.

Nesse aspecto, concorda-se com Pilão, no sentido que o poliamor exige o abandono da noção de amor romântico, cujo ideal seja duas pessoas se completando, sobretudo, porque a experiência pressupõe a multiplicidade de pessoas convivendo e se completando entre si.

[87] Aquele em que o parceiro é demasiadamente idealizado.

Observa-se que o Poliamor, definitivamente, entra em cena para abalar as estruturas da fetichismo monogâmico arraigado na sociedade ocidental.

Klesse, diferentemente da maioria dos autores, abandona o discurso da "não monogamia" e investiga o poliamor sob a perspectiva do "discurso sobre o amor". Seguindo essa direção, constrói a noção do "amor poli", a partir dos elementos: não exclusividade, amor livre, compromisso e honestidade. A não exclusividade relaciona-se ao amor democrático, que não pode ser forçado a fluir apenas numa única direção, rejeitando as convenções limitantes da sociedade; o "amor livre", presente nos anos 60/70, amplia o espaço para a autonomia erótica feminina, o que, em última análise, flexibilizou a monogamia e incluiu a liberdade de se adquirir múltiplos parceiros; por fim, a negociação baseada na honestidade seria pré-condição para que o poliamor se constitua, sendo o seu axioma básico (KLESSE, 2006).

Interessante a abordagem de Klesse vinculando o poliamor ao amor democrático, referindo-se à igualdade e liberdade de expressão, não exclusividade, compromisso e honestidade.

O ciúme também é um sentimento que tem impacto nas relações não monogâmicas. Na perspectiva do poliamor, seus adeptos tendem a enxergar o ciúme como algo a ser dominado, e, para tanto, cultivam um princípio denominado *compersion*, ou seja, a alegria que a pessoa sente ao se deparar com o seu parceiro feliz com outra pessoa (FREIRE, 2013).

Antônio Cerdeira Pilão entende que:

> A quebra de barreiras na comunicação poliamorista implica uma transformação na forma de lidar com a liberdade do amado, ao invés de "ciúme" e "controle" são valorizados a "flexibilidade" e a "compersão". O termo "compersão" é uma tradução do neologismo em inglês "*compersion*" e é considerado um "novo" sentimento, oposto ao ciúme e fruto de um movimento de superação do sentimento de posse, a partir da aceitação da liberdade de amar do(s) parceiro(s). (PILÃO, 2012, p. 7).

Desse modo, compersão[88] seria a aceitação da liberdade do parceiro, ou seja, sentir-se feliz quando o parceiro é amado por mais alguém. Embora os parceiros poli estejam mais

[88] Compersão é um importante elemento da relação poliamorosa e se encontra bem explicada no site https://vidapoliamor.wordpress.com, nos seguintes termos: compersão é o sentimento de alegria ou felicidade de uma pessoa ao ver seu (sua) parceiro(a) amoroso(a) feliz ao se relacionar com outra pessoa. É uma palavra que não existe na esfera monogâmica. É creditada à Kerista Commune a criação da palavra (no inglês, "compersion"). Ser compersivo é ter empatia, perceber que se alguém faz bem à pessoa que você ama, isso acaba fazendo bem a você também, entendendo que a pessoa amada está sendo bem cuidada, está feliz, e não está sendo lesada, magoada ou machucada dentro desta outra relação. Algumas pessoas encaram a compersão como sendo um sentimento diametralmente oposto ao ciúme. Mas compersão e ciúme podem acontecer ao mesmo tempo, com a mesma pessoa, em relação a uma mesma situação ou parceiro(a). Mas como assim, a compersão e o ciúme podem acontecer juntos? O ciúme está ligado a uma insegurança, uma ameaça de perda. A compersão está ligada à empatia, ao sentir a alegria pela alegria outro. A pergunta então é: é possível alguém

propensos ao ciúme, este sentimento não impede a constituição da relação poliamorosa, principalmente, porque os parceiros parecem mais dispostos a lidar com o sentimento, analisar suas causas e afastando-o por meio da compersão (ANAPOL, 2010).

Compersivo, então, é aquele que controla o seu ciúme, de forma a entender que outra pessoa também faz bem ao seu parceiro. Sem dúvida, relaciona-se a um modo de aceitação da individualidade alheia, sem barreiras ou controle da sexualidade.

Para Pilão, a opção pelo Poliamor é fundamentada na convicção de ser ele a manifestação da liberdade e honestidade dos indivíduos que participam da relação. Explica que, para se converter em poliamorista necessário se faz enfrentar o desafio de assumir publicamente a opção, encontrar parceiros adeptos, combater os ciúmes e desenvolver a compersão (PILÃO, 2012).

Weitzman, Davidson e Phillips (2009) defendem a ideia de que viver um relacionamento amoroso de forma consensual, honesta e ética traz benefícios à pessoa humana e se constitui uma recompensa em si mesmo, pois não se idealiza ninguém.

Como se observa, a filosofia poliamorista pressupõe a liberdade e honestidade dos seus membros, no ato de formação do seu arranjo familiar, apresentando regras, linguagem e símbolos próprios. Nesse aspecto, o site http://poliamorbrasil.org/, fundado em 2008, por "Helô, poli, vegetariana, ateia, simples"[89] apresenta um interessante "glossário poliamoroso" com os significados de 13 termos associados ao Poliamor:

> **Agamia:** o não casamento.
> **Amor Irrestrito:** crença na possibilidade de amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.
> **Bigamia:** dois casamentos.
> **Co-habitar:** morar junto.
> **Compersão:** Sentimento agradável provocado pelo prazer de saber que o parceiro [se interessa] por terceiros, alheios ou não ao relacionamento.
> **Família Expandida ou Intencional:** Grupo formado por três ou mais pessoas que se reconhecem mutuamente como membros da mesma unidade familiar primária.
> **Monogamia**: Estado marital de quem tem apenas um consorte.
> **Não-monogamia responsável:** Contrário de monogamia podendo assumir, em função dos arranjos feitos entre os interessados, vários formatos como Poliamor, Swing etc.

---

sentir empatia e insegurança ao mesmo tempo? Claro que sim. Apesar de compersão e ciúme serem às vezes definidos como opostos, na verdade eles apenas estão em espectros diferentes. Para alguns, a compersão pode ser vista como a concretização de um certo altruísmo, na medida em que a pessoa se sente feliz pela felicidade do outro. Mais do que isso, sente alegria ao perceber que o outro está em pleno exercício de suas liberdades afetivas, e torce por essa liberdade. Compersão pode ser vista como um respeito à grande riqueza de vivências que as pessoas podem experimentar afetivamente. Não aquele respeito imposto, de tolerar o que não se gosta, mas aquele respeito de admiração, quase um orgulho de ver a liberdade romantica e afetiva da outra pessoa se concretizando através das relações que ela escolhe ter (COMPERSÃO, 2016).

[89] Qualificação aposta pela própria Helô, fundadora do site.

> **Polifidelidade:** Própria de relacionamento poliamoroso no qual outros parceiros são admitidos somente a partir do consentimento de todas as pessoas interessadas.
> **Poligamia:** Contrário de monogamia.
> **Relacionamento aberto:** Relacionamento que permite, a ambas as partes, o relacionamento com terceiros.
> **Relacionamento primário:** Relacionamento que, comparado aos demais, apresenta um maior grau de comprometimento.
> **Relacionamento secundário:** Relacionamento que, comparado aos demais, apresenta um menor grau de comprometimento (GLOSSÁRIO POLIAMOROSO, 2016)

Além de ser uma curiosidade interessante, as palavras supramencionadas estão sendo utilizadas ao longo deste estudo, e, por isso, tornou-se oportuno entender o significado concedido aos adeptos da filosofia do poliamor.

Ademais, Nicole Abrahão, criadora do blog poliamores, aduz que todo grupo que se constrói por vontade própria deve se orgulhar de pertencer a ele, sugerindo a existência de cultura própria (ABRAHÃO, 2010).

Nessa linha, apresenta-se o principal símbolo e bandeira, que o poliamor tem utilizado como forma de representação frente à sociedade.

O símbolo mais comum é composto por um coração vermelho, entrelaçado pela figura do infinito em azul, representando vários amores, ou a possibilidade de ilimitado número de amores.

Figura 1. Infinitos Amores
Fonte :Like Skvat.blogspot

A bandeira poliamorista, a seu turno, apresenta três listras horizontais iguais, coloridas, com um símbolo no centro da bandeira. O azul simboliza a honestidade entre os parceiros; o vermelho, o amor e paixão; o preto, por fim, indica solidariedade com os que possuem dificuldade em assumir o relacionamento, em face das pressões sociais.

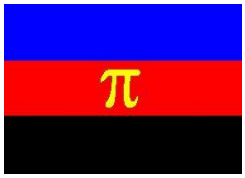

Figura 2- Bandeira do Poliamor
Fonte: Like Skvat.blogspot

O símbolo “pi” é a referência ao “P” de Poliamor e a cor dourada ou amarela representa o valor acima das questões físicas que os poliamoristas colocam em seus relacionamentos, sendo a amizade, o companheirismo e o amor mais importantes que as questões sexuais.

Para finalizar a caracterização da filosofia do poliamor, transcreve-se a cartilha de um poliamorista, *in verbis*:

> A cartilha de um poliamorista
> Se você se interessou por essa nova forma de relacionamento, confira algumas "regras" que devem ser consideradas na relação poliamorista:
> **Não existe idealização do parceiro**
> Uma pessoa poliamorista não aceita a idéia de que o parceiro possa completá-la de todas as maneiras e nem mesmo que os dois vão se transformar numa só pessoa. Por isso não exige exclusividade nas relações
> **O poliamor pressupõe honestidade**
> Os poliamoristas argumentam que não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas sim de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente. Para eles, o poliamor pressupõe uma total honestidade dentro da relação. Não se trata de enganar nem magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e se sentem confortáveis com ela.
> **O poliamor vai além da relação sexual**
> A idéia principal do poliamor é admitir uma variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual. Para os poliamoristas o sexo é visto apenas como complemento secundário e o relacionamento amoroso como o fator primordial para que a pessoa se sinta muito mais feliz e completa.
> **Poliamor é diferente de poligamia**
> Poligamia é o casamento de uma pessoa com várias outras simultaneamente. Poliamor é você amar e ser amado por mais de uma pessoa ao mesmo tempo.
> **O poliamor requer controle do ciúme**
> Para os poliamoristas, o amor não precisa ser monopolizado na monogamia. É um exercício diário para aprender a lidar com o ciúmes e saber dividir o relacionamento com várias pessoas ao mesmo tempo.
> **No poliamor não existe o conceito de traição**
> Traição, na opinião dos praticantes do poliamor, é sinônimo de posse, e amor verdadeiro não requer possessividade e sim liberdade. O fato do parceiro vir a se sentir atraído ou até mesmo amar outra pessoa não significa que esteja deixando de amar seu primeiro companheiro e sim que encontrou em outra pessoa outra característica que lhe agrada e que o complementa
> **Vantagens do poliamor, segundo os poliamoristas**
> Redução de estresse (já que não é preciso mentir para ter o outro em sua vida). Pode-se fazer economia doméstica, já que a relação pode envolver mais de duas pessoas. Maior satisfação sexual, aprendizado de tolerância, clareza dos sentimentos, paz de espírito afetivo e educação conjunta de filhos.
> **Desvantagens do poliamor, segundo os poliamoristas**
> A casa fica maior, é necessário ter habilidade de negociação, aprender a lidar com o repúdio e incredulidade social, nem sempre é fácil liquidar o ciúme e o sentimento de posse (REFLEXÕES SOBRE O POLIAMOR, 2016).

Portanto, o Poliamor é uma filosofia de vida com identidade própria, pela qual as pessoas praticam um relacionamento afetivo não monogâmico, negociado, consensual, transparente, igualitário e recheado de compersão.

4.1.4.1 O poliamor na concepção dos seus adeptos

O último dogma das relações familiares é a falsa exclusividade afetiva e sexual, prevista na instituição do casamento, falsa porque nunca se flexibilizou tanto o modo monogâmico de viver, seja pela prática da traição ou pela onda da não-monogamia responsável, consentida e combinada – o poliamor.

Vive-se o costume da monogamia há milênios, todavia, resta comprovado que, na prática, tal padrão pode não funcionar para grande parte dos casais e as relações não monogâmicas vêm se tornando uma alternativa para aqueles que não pretendem seguir o modelo imposto pela maioria. Parte-se da premissa de que o desejo extraconjugal não se limita ao sexo, mas sim à necessidade emocional de amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.

Não há dados que contabilizem o número de brasileiros em relacionamentos poliamoros. No entanto, é notório o interesse pelo tema nos últimos anos, existindo, inclusive, diversos grupos que se encontram regularmente para discutir esse estilo de vida[90].

A esse respeito, em entrevista concedida a IstoÉ, o fundador de um desses grupos, o Pratique Poliamor Rio de Janeiro, Rafael Machado, de 27 anos, professor de história, filho de militar, conta que cresceu acreditando que a monogamia era a única opção de relacionamento amoroso e detalha que: "até os 17 anos eu tinha uma postura bem moralista, resultado da minha criação. Mas, quando conheci o poliamor, entendi que é natural amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo" (BRANDALISE; ROCHA, 2014).

Em um dos poliencontros, Rafael Machado conheceu a professora Sharlenn de Carvalho, 31 anos, que, depois de viver um casamento monogâmico, por nove anos, buscava outras possibilidades. O namoro com Rafael começou em consenso com seu ex-marido (na época ainda eram casados), que a princípio considerou a ideia interessante, todavia, logo depois pediu prioridade, razão porque o casamento chegou ao fim (BRANDALISE; ROCHA, 2014).

No dia da entrevista, em 28/04/2014, Sharlenn, além de Rafael Machado, contava com mais dois namorados, o autônomo Mário Silva, 31 anos e um rapaz de Belo Horizonte, que

[90] No Brasil, existem dois sites voltados especialmente para divulgar e discutir questões sobre o poliamor são eles: www.poliamorbrasil.org e http://poliamores.blogspot.com.br, este último criado por uma paraibana. Outro site de destaque aborda a rede de relações livres (RLI) www.rederelacoeslivres.wordpress.com, que apresenta uma nova visão de sexo, prazer e afetividade; este dissemina não apenas a filosofia da RLI, como também discute outras relações que não adotam a monogamia como princípio, como o poliamor. Há também o "Grupo Pratique Poliamor Brasil do Facebook", criado desde 22/05/2011.

pediu para não ser identificado. Curioso é que foi Rafael Machado quem apresentou Mário Silva à parceira. O quadrado se mostra feliz, pois tudo o que ocorre na relação é previamente combinado. Nas palavras de Sharlenn, “ter de podar o seu desejo e o desejo do outro é uma violência” (BRANDALISE; ROCHA, 2014).

Outra poliamorista, Marceli de 25 anos, técnica em informática, ao ser entrevistada pelo site Bem Paraná, contou que possui um namorado e uma namorada. Segundo ela, “todos se conhecem, se gostam, se respeitam e pensam até em morar juntos. Esse trio funciona há três anos”. Afirma, ainda, que enfrenta alguns preconceitos e argumenta:

> Há quem pense em orgia ou promiscuidade, mas é uma relação baseada na cumplicidade, respeito e sinceridade, avisa. É viver sem mentiras nem com o peso da culpa por manter um caso extraconjugal. E ficar feliz pelo outro, ao saber que a pessoa que você ama também está feliz (BEM PARANÁ, 2007).

O namorado de Marceli, Cláudio, designer gráfico, admite que não é fácil administrar uma relação fora do padrão: "acredito que o casal deve definir como funciona o relacionamento, que vai tomando forma de acordo com as particularidades de cada um. Lidar com ciúme é difícil, mas lidar com a mentira é ainda mais difícil” (BEM PARANÁ, 2007).

Também em entrevista concedida ao jornal Bem Paraná, a praticante do poliamorismo, Marcelle De Beauvoir, fala sobre as vantagens e desvantagens do poliamor:

> Não acredito na limitação do amor. O amor não é uma coisa que delimitamos. A vantagem das pessoas que vivem relações poliafetivas é a liberdade de amar, a liberdade de poderem ser sinceras com elas mesmas e com as pessoas com quem se relacionam. É poder viver o que se tem vontade, experimentar coisas novas. Já a desvantagem são os tabus, o preconceito, a estigmatização, o machismo.

Sobre as regras dentro de um relacionamento poliafetivo, Marcelle acrescenta que as “relações poliafetivas possuem praticamente as mesmas regras das relações monogâmicas, a diferença está no número de pessoas que vão fazer parte da relação. É uma relação que exige cumplicidade, respeito, transparência como qualquer outra”.

Como se observa, as relações Poliamorosas têm como ideal admitir uma multiplicidade de sentimentos, que se desenvolvem com vários parceiros, indo além da relação sexual. Ressalta-se que há relações poliamoristas assexuadas.

Da simples análise da filosofia poliamorista, resta evidente que seus adeptos buscam a afetividade múltipla, por meio de uma relação amorosa, pautada pela honestidade e o compromisso entre os envolvidos. A fidelidade dos parceiros não se refere à posse do outro,

mas sim, à confiança mútua no envolvimento, isto é, os envolvidos devem estar a par e de comum acordo com as bases da relação, sentindo-se confortável com ela.

Os poliamoristas, portanto, partem da premissa de que uma única pessoa dificilmente completa os anseios de seu parceiro, razão porque se mostra plenamente possível que uma terceira, quarta ou quinta pessoa supra àquelas necessidades, encerrando-se, assim, a busca obsessiva de uma só pessoa perfeita. Tal prática é democrática, principalmente, por reconhecer as limitações alheias, propondo envolvimentos responsáveis, transparentes, profundos e mais duradouros, ainda que formados por múltiplos parceiros.

É com base nesse pensamento que os adeptos a essa prática aderem aos relacionamentos poliamorosos e a sua difusão indica uma mudança significativa sofrida pelas relações íntimas nos últimos anos.

Não há como ignorar que a exclusividade no relacionamento amoroso é um tabu e o poliamor tem buscado traduzir a o relacionamento que busca a felicidade, por meio de envolvimento afetivo que prescinde de tal condição.

4.1.5 O Poliamor e a poliafetividade

Após discorrer sobre o fenômeno social do Poliamor e suas características, mostra-se necessário diferenciar o poliamor da poliafetividade.

O Poliamor, nesse estudo, é comprendido como sendo um relacionamento não monogâmico, em que três ou mais pessoas convivem amorosamente, de forma simultânea, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, tendo por base a lealdade, a honestidade, o amor e a ética (a boa-fé-objetiva).

A poliafetividade, por sua vez, decorre do poliamor qualificado pelo objetivo de constituir família, ou seja, relaciona-se com a entidade familiar formada de três ou mais pessoas, que manifestam livremente a sua vontade de constituir família, partilhando objetivos comuns, fundados na afetividade, boa-fé e solidariedade.

As definições supramencionadas ensejam a conclusão de que nem toda relação de poliamor será apta a legitimar a constituição de uma família, por faltar-lhe a poliafetividade.

Seguindo essa linha, em palestra no X Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, no auditório do Hotel Ouro Minas, em Belo Horizonte, dia 22 de outubro de 2015, Cláudia do Nascimento Domingues, tabeliã que registrou a primeira escritura Poliafetiva no Brasil, em fevereiro de 2012, estabeleceu: “o Poliamor é gênero do qual a poliafetividade é uma espécie (DOMINGUES, 2015).

Segundo a tabeliã, “o Poliamor é uma estrutura aberta, que não exige necessariamente essa constituição que nós criamos com a união estável poliafetiva”, ao passo que a poliafetividade envolve os efeitos jurídicos de uma constituição familiar. Ressaltou a jurista que, no mundo, há estruturas poliafetivas – acordos que envolvem uma unidade familiar, bem como o poliamor que não se constitui em família, como, por exemplo, uma relação poliamor aberta, sexuais – acordo puramente sexual, ou assexuais – acordo de relação assexuais -, sem qualquer objetivo de formação familiar (DOMINGUES, 2015).

Cláudia do Nascimento Domingues foi brilhante ao afirmar que a poliafetividade é um legítimo conformador do vínculo familiar, ainda que não sobrevenha registro, interessando apenas a relação fática constituída pela união estável pública, duradoura e com intuito de solidariedade familiar (DOMINGUES, 2015).

Não obstante tais fundamentos, a poliafetividade tem sido rechaçada por aqueles doutrinadores que se apegam à monogamia como princípio, existindo, inclusive, a tese de Regina Beatriz Tavares da Silva de que as relações não monogâmicas registradas em cartório fossem uma espécie de “estelionato jurídico”, tentativa inútil de institucionalizar a Poligamia no Brasil (SILVA, 2016).

A autora rechaça a União Civil Poliafetiva registrada em Tupã, em 2012, sob o argumento que:

> [...] deve ser notada a sedução que reside na utilização de expressões como “poliamor” ou “poliafeto”. Não se nega o agradável sentimento que decorre da expressão afeto. Contudo, a expressão poliafeto é um engodo, um estelionato jurídico, na medida em que, por meio de sua utilização, procura-se validar relacionamentos com formação poligâmica.
> Esse tipo de relação é palco propício a deixar mazelas nas pessoas que, excepcionalmente, assim convivem.
> Com efeito, não há como se admitir, observados os contornos sociais e jurídicos brasileiros, que o casamento e a união estável deixaram de ser monogâmicos. Em países africanos, como na Tanzânia e em Guiné, ou, ainda, em países de religião muçulmana, há a aceitação da poligamia, mas seus costumes são muito diversos dos brasileiros.
> A escritura lavrada em Tupã de nada servirá a essas três pessoas. É inútil porque não produz os efeitos almejados, uma vez que a Constituição Federal, a Lei Maior do ordenamento jurídico nacional, atribui à união estável a natureza monogâmica, formada por um homem ou uma mulher e uma segunda pessoa (CF, art. 226, § 3º).
> O reconhecimento notarial afronta a dignidade das três pessoas envolvidas (CF, art. 1º, III), servindo como elemento de destruição da família, que é considerada elemento basilar da sociedade brasileira (CF, art. 226, caput).
> A bigamia constitui crime, tipificada como o novo casamento realizado por pessoa casada (Código Penal, art. 235). Logo, se o direito brasileiro não tolera o casamento bígamo, por semelhante razão — embora sem a tipificação criminal porque o diploma penal é anterior à consideração constitucional da união estável — não se admite entidade familiar formada por três ou mais pessoas.

> A escritura do trio não tem eficácia jurídica, viola os mais básicos princípios familiares, as regras constitucionais sobre família, a dignidade da pessoa humana e as leis civis, assim como contraria a moral e os costumes da nação brasileira.
> Até mesmo em termos obrigacionais entre os componentes do trio, a escritura não tem maior valor: se um desses membros contribuir para que outro compre um bem imóvel ou móvel e não vier a constar expressamente como condômino nessa aquisição patrimonial, terá de fazer prova em juízo da sociedade de fato, de sua contribuição em capital ou trabalho para essa compra.
> Não parece possível utilizar a referida escritura perante terceiros, entes públicos ou privados, uma vez que estes não têm obrigação legal de estender eventual benefício de entidade familiar à união poligâmica.
> O contrato de união estável do quarteto de Indaiatuba já demonstrou as anomalias dessa relação.
> Com efeito, lembremo-nos de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o entendimento pacífico de que poligamia não gera efeitos de direito de família, seja em caso de amantes escondidos ou de amantes conhecidos e consentidos.

Regina Beatriz Tavares da Silva, com a devida *venia*, comete um equívoco ao comparar o poliamor ao poliafeto, classificando-o como um engodo, um estelionato jurídico, capaz de validar relacionamentos com formação poligâmica.

Todavia, ao contrário do que Regina Beatriz Tavares da Silva defende o poliamor não se confunde com a poliafetividade, tampouco com a poligamia, razão pela qual se fará uma distinção pormenorizada dos institutos no tópico seguinte.

A relação poliafetiva, conforme já dito, se constitui num único vínculo jurídico familiar entre mais de duas pessoas, que se unem pela afetividade e solidaridade, dividindo objetivos comuns. Não se trata bigamia, nem poligamia, pois não há dois casamentos, também não se trata de uma família simultânea.

Com efeito, a família poliafetiva se insere no contexto da valorização da autonomia privada do ser humano, que, dentro do viés constitucional pluralista, tem o poder jurídico de escolher a família que melhor lhe corresponda. Os princípios da pluralidade familiar, igualdade e autonomia privada pressupõem respeito a toda e qualquer entidade familiar formada livremente pela afetividade de seus membros.

Assim, com o objetivo de afastar os argumentos contrários ao reconhecimento das famílias poliafetivas, passa-se a analisar, pormenorizadamente, o papel da monogamia no Direito das Famílias Contemporâneo, de modo a explicitar a possibilidade de o ser humano desenvolver a sua dignidade, no âmbito de uma família não monogâmica.

4.2 A monogamia e o Direito das Famílias

Como o reconhecimento de direitos à família poliafetiva tem encontrado óbice na suposta normatividade da monogamia, pretende-se, nesse tópico, compreender o seu real significado para o Direito das Famílias, com o objetivo de demonstrar o seu caráter axiológico de mero valor, destituído de qualquer obrigatoriedade.

Nesse contexto, levando a efeito o fetiche da monogamia no Direito das Famílias, inicia-se o estudo pela análise de sua gênese.

4.2.1 A gênese da monogamia

Etimologicamente, o termo monogamia vem do grego "μονογαμία", "mono" quer dizer "um" e "gamia" equivale a "casamento".

A tradução literal de monogamia, portanto, seria um casamento por vez. No entanto, Helen Fisher antropóloga e professora da Rutgers University, de New Jersey, nos Estados Unidos, não aceita a tradução literal de monogamia e justifica que, ao se defini-la como a condição de estar casado com apenas uma pessoa por vez, não está se estabelecendo que os integrantes dessa união sejam sexualmente fiéis entre si (FISHER, 1992, p. 60, tradução nossa).

Tradicionalmente, a monogamia foi definida como sendo a condição daquele indivíduo que se relaciona afetiva e sexualmente com apenas um parceiro durante toda a sua vida. Nos tempos atuais, contudo, surge a noção de monogamia em série, ou seja, aquela em que o indívíduo se relaciona com um parceiro afetivo de cada vez durante um período – também chamada de monogamia serial.

Por sua vez, Letícia Ferrarini conceitua a monogamia como uma "característica histórico-sociológica" reconhecida como padrão de conduta socialmente institucionalizado da família ocidental, que gera estigma àqueles desviantes dos comportamentos que não se adéquam à orientação monogâmica (FERRARINI, 2010, p. 92).

Certo é que a monogamia pressupõe exclusividade, todavia, não há como concluir que esse seja o único formato de família disponível na sociedade, aliás, os relacionamentos plurais não são novidade na história. A partir do estudo da evolução da família, que se apresentou no capítulo 2 desta tese, percebeu-se que o relacionamento não monogâmico teve lugar nos primeiros agrupamentos humanos dos povos primitivos descritos por Engels.

O autor relata que o casamento em grupos foi à primeira forma de família que se tem notícia e retomando a perspectiva de Morgam e MacLennan, defende a existência de um "estágio inicial de promiscuidade, em que todas as mulheres pertenciam a todos os homens do grupo familiar". Na época, as relações sexuais ocorriam de forma desorganizada e dada a essa promiscuidade, não era possível identificar o pai da prole, a família, nessa época, tinha caráter matriarcal, em face da exclusiva filiação feminina, ou seja, apenas a mãe era certa (ENGELS, 1984, p. 15).

Na sequência da história, em reação ao matriarcado, a família, principalmente no ocidente, assumiu contorno patriarcal e hierárquico, emergindo a figura do "pai", chefe da casa, responsável pela alimentação e pelo sustento de sua família, "proprietário dos seus por seus rebanhos por direito próprio" (ENGELS, 1984, p. 57).

Segundo Engels, a reversão do direito materno constituiu uma grande derrota histórica do sexo feminino, pois o homem passou a governar a casa e a mulher tornou-se escrava de seu prazer, um mero instrumento de reprodução, já os filhos passaram a ter a garantia da herança de seu pai.

Tal cenário restou apropriado para a inserção da união monogâmica como instrumento de controle social, objetivando, sobretudo, a procriação, a garantia de paternidade incontestável, ditando, ainda, os efeitos sucessórios destinados aos filhos legítimos. Engels, inclusive, defende que a monogamia se baseava na supremacia do homem sobre a mulher, com o propósito expresso de produzir crianças cuja paternidade não poderia ser disputada; garantindo a paternidade inequívoca a título de herança (ENGELS, 1984).

Surge, então, "no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie" (ENGELS, 1984, p. 66), a família monogâmica apoiada na solidez do casamento e do patrimônio. A monogamia, todavia, era exclusivamente feminina. Tolerava-se a infidelidade conjugal masculina, desde que o homem não levasse outra mulher para a sua casa, ao passo que a mulher se assim o fizesse seria rigorosamente castigada. Valorizava-se a questão econômica, a propriedade privada e o homem era o único proprietário dos bens materiais (ENGELS, 1984).

A monogamia não nasceu do amor ou da vontade do homem e da mulher, ao contrário, surgiu como uma forma de submissão de um sexo ao outro, estimulando-se, assim, um conflito entre os sexos, até então desconhecido.

O predomínio do homem tinha por finalidade precípua a paternidade inquestionável, fazendo de seu filho herdeiro certo, circunstância que o deixava satisfeito com a instituição do patriarcalismo. Por outro lado, tinha-se a situação da mulher, que, no estágio primórdio,

relacionava-se em grupos e se via, então, oprimida pela imposição da monogamia, acoplada da infidelidade conjugal masculina.

O que se viu, portanto, foi à liberdade sexual de outrora sendo substituída pela monogamia, circunstância que gerou uma sociedade essencialmente hipócrita, sobretudo, porque junto com ela sobreveio o heterismo, definido por Engels como sendo “as relações extraconjugais – existentes junto com a monogamia – dos homens com mulheres não casadas” (ENGELS, 1984, p. 72).

A família monogâmica, então, revestia-se de disparidade de direitos entre homens e mulheres, a infidelidade era consentida apenas aos homens, ao passo que a mulher cabia rigorosa castidade; a escolha pela dissolução da sociedade conjugal era atributo exclusivo do homem; havia a possibilidade de repúdio à mulher, em caso de inobservância dos deveres matrimoniais, sobretudo, de castidade e fidelidade (ENGELS, 1984).

Todas estas circunstâncias justificam a tese de Engels de que a monogamia, como forma de relacionamento, propiciou a primeira opressão de classes, com opressão do sexo feminino pelo masculino.

A monogamia também foi fomentada pela Igreja.

Em tempos de Direito Canônico, a Igreja Católica elevou o casamento ao *status* de sacramento, com traços de unidade e indissolubilidade, apresentando a conjunção carnal como elemento objetivo. Unidade, para o Concílio, queria dizer monogamia, ou seja, uma pessoa não poderia ser casada com duas ao mesmo tempo (LOMBARDIA, 2008).

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a Igreja pretendia incutir na sociedade, que as feições do matrimônio — monogamia[91] e indissolubilidade — decorreriam da própria índole natural da união - "eu te amarei... até o dia em que me aborreceres". E “o casamento era aceito, desde que monogâmico e indissolúvel”. (LEITE, 1991, p. 132).

Arnoldo Wald afirma que “por causa da influência da Igreja Católica, defensora do casamento monogâmico, surgiram muitas leis na tentativa de evitar o surgimento de novas relações familiares, sendo apenas tolerada a relação entre pessoas pelo casamento” (WALD, 2004, p. 21).

Como se observa, o direito canônico trouxe uma visão sacramental e indissolúvel do matrimonio e a imposição à monogamia e a negação de novas formas de família fundavam-se no preconceito impregnado na sociedade, e, sobretudo, no interesse da Igreja em proteger o patrimônio da família.

[91] Explica o Cânon 1134 que “do matrimônio válido origina-se entre os cônjuges um vínculo que, por sua natureza, é perpétuo e exclusivo”

Essa obrigação monogâmica começou a ser questionada durante a Revolução sexual iniciada nos anos 60/70, época em que as mulheres se emanciparam, a sexualidade foi desvinculada da procriação, enfim, a valorização da autonomia privada das pessoas permitiu o surgimento de novos estilos de vida pautados pelo afeto e pelas escolhas individuais, desafiando a cultura fincada na tradicional monogamia como único formato familiar.

Segundo Sandra Elisa de Freire, em sua obra "Poliamor, uma forma não exclusiva de amar", "os relacionamentos não monogâmicos começaram a crescer vigorosamente na década de 1960" (FREIRE, 2013, p. 27).

Percebeu-se, após o breve estudo sobre a evolução da família, que o ser humano não é monogâmico por natureza, ao contrário, a monogamia feminina foi inventada pelo homem e pela Igreja, com o objetivo de organizar a família patriarcal, hierárquica e patrimonial, ignorando os instintos humanos.

A monogamia, portanto, não passa de um modo de viver, em que duas pessoas só podem se relacionar de forma amorosa, romântica, afetiva ou sexual uma com a outra, cuida-se de um pacto público socialmente aceito, vigiado e aplicado pela civilização cristã-monogâmica, que insiste em fechar os olhos para as relações não monogâmicas.

4.2.2 A monogamia como valor

Um dos argumentos contrários ao reconhecimento da família poliafetiva como uma entidade familiar é a monogamia – conhecida como a exclusividade de conjugalidade dentro de um núcleo familiar.

Neste estudo, partiu-se do conceito de que a monogamia seria uma livre condição daquele indivíduo que se relaciona com apenas um parceiro durante toda a sua vida – a monogamia tradicional, ou se relaciona com um parceiro de cada vez durante um período – a monogamia serial.

Diante desse conceito de monogamia indaga-se? A monogamia é um princípio estruturante do Direito das Famílias Contemporâneo? No Estado de Direito Democrático, em que se apresenta como primado a proteção da dignidade humana, é possível obrigar uma pessoa a viver monogamicamente? A monogamia pode ser considerada um princípio jurídico obrigatório para toda e qualquer entidade familiar?

A resposta categórica a todas as perguntas é: não. A monogamia não se sustenta como princípio jurídico, sobretudo, por não ser considerada um "dever ser" imposto pelo Estado a todas as relações familiares. No primado da dignidade da pessoa humana, não é possível

compelir um indíviduo a formar uma família essencialmente monogâmica, quando esta não for a sua essência de vida.

Considerar a monogamia como princípio estruturante do Direito das Famílias seria o mesmo que cercear a possibilidade de ser feliz daquele que pretende formar uma família composta por múltiplos membros, imprimindo um viés excludente totalmente diverso daquele pretendido pela teleologia constitucional.

Diante da celeuma de a monogamia ser ou não um princípio, cumpre analisar a natureza jurídica das normas, discorrendo, brevemente, sobre o papel das regras e princípios no sistema jurídico brasileiro.

Nas lições de Robert Alexy (2012) e Ronald Dworkin (2002), as normas jurídicas que compõem o Direito Contemporâneo manifestam-se por meio de regras e de princípios jurídicos, ou seja, o gênero "norma" abarca como espécies as regras (leis) e os princípios.

Trata-se da era da normatização dos princípios, em que as regras são classificadas como normas que descrevem determinado comportamento sem se ocupar com a finalidade dessas condutas, ao passo que os princípios seriam normas que estabelecem estados ideais e objetivos a serem atingidos (BARCELLOS, 2005).

Acentua Celso Antônio Bandeira de Mello que "princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas" (MELLO, 2004, p. 451).

Humberto Ávila, a seu turno, aduz que os princípios "não apenas explicitam valor, mas, indiretamente estabelecem espécies precisas de comportamento" (ÁVILA, 2013, p. 29), sendo "normas finalísticas que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários à sua realização" (ÁVILA, 2013, p. 98-99).

Nessa perspectiva, os princípios são fontes do direito, que possuem caráter de dever e de obrigação, proposições ideais que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico. Dotados de força normativa, são diretrizes centrais que embasam o direito e fornecem subsídios a sua correta interpretação e aplicação.

Pois bem.

Sendo o princípio jurídico um mandamento, uma norma que delimita comportamento, a imposição da monogamia vai de encontro aos princípios da pluralidade familiar e da autonomia privada, ferindo de morte a liberdade das pessoas de formar o desenvolvimento de sua personalidade, no modelo familiar que melhor lhe corresponda. O princípio, como dever-ser, obrigaria a conduta monogâmica a todos, inadmitindo juízo acerca da sua qualidade como meio de vida.

César Fiúza e Luciana Poli destacam que:

> Elevar a monogamia à categoria de princípio é perpetuar o que o texto constitucional não disse; é vendar os olhos para inúmeras realidades familiares; é perseguir resultados desastrosos; é negar o reconhecimento e proteção a diversos núcleos familiares (FIÚZA; POLI, 2016, p. 166).

E prosseguem os autores:

> Princípios têm conteúdo normativo; pertencem ao plano deôntico e possuem tônus de coercibilidade; importam um dever ser, que propõe uma avaliação de lícito ou ilícito. Pode-se impor a alguém a constituição de laços únicos de afeto? Deve-se abandonar conquistas históricas, como a atribuição de culpa na separação e seus nefastos efeitos? Seria matéria de Direito preconizar a imposição de um determinado estilo de vida ou limitar os elos afetivos? (FIÚZA; POLI, 2016, p. 166).

Nota-se que os questionamentos de César Fiúza e Luciana Poli são por demais pertinentes, uma vez que, considerar a monogamia como princípio jurídico seria, em última análise, a negativa de todas as conquistas históricas do Direito das Famílias, adquiridas à duras penas. Basta rememorar quantas pessoas, ao longo da história da humanidade, foram compelidas a formar uma família monogâmica, ligando-se a alguém que nada tinha a ver com a sua personalidade, em função de determinações morais, patrimoniais, religiosas e estatais.

Tal realidade se alterou e a liberdade de formar uma família se consubstancia, atualmente, em um direito individual, uma garantia constitucional de desenvolvimento da personalidade, no âmbito da melhor família escolhida pelo ser humano. Diante desse cenário, não é possível admitir retrocessos, com o objetivo de controlar a formação da entidade familiar conforme ditames religiosos e morais.

A monogamia é, na verdade, um estilo de vida, um valor que cabe juízo de qualidade de ser uma boa ou péssima opção de modo de viver. Lana e Rodrigues Júnior relatam que os valores se encontram no campo da axiologia e suas avaliações serão consideradas a partir do melhor e pior na visão de quem avalia (LANA; RODRIGUES, 2010).

Diferencia-se, destarte, princípio de valor. Princípio é dever-ser, preceito normativo obrigatório que determina um padrão de conduta a seu destinatário. Valor, a seu turno, relaciona-se a um padrão moral e social, geralmente, aceito ou mantido por determinado indivíduo, classe ou sociedade, o qual depende basicamente da cultura e da moral do ambiente onde estamos inseridos.

Seguindo essa linha de raciocínio, Easton e Hardy pontuam que:

> Os homens e as mulheres são induzidos a pensar que uma forma de relacionamento – casamento heterossexual monogâmico que dura pela vida toda – é a única correta. Espalhou-se a ideia de que a monogamia é natural e normal e, caso o desejo de alguém não se adéque a tal restrição, essa pessoa é qualificada como moralmente deficiente e psicologicamente perturbada, que vai de encontro à natureza (EASTON; HARDY, 2009, p. 13).

A noção de um relacionamento monogâmico por toda a vida, sem dúvida, está profundamente enraizada na cultura do ocidente, sobretudo, em função de influência religiosa cristã.

Afora isso, a monogamia, ao longo da história, desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, que pouco teve a ver com a afetividade, prestando-se a legitimar o exercício do poder paterno e a biparentalidade, como sendo o nítido triunfo da propriedade privada sobre a propriedade primitiva (ENGELS, 1984).

Abordando o aspecto existencial da monogamia, Luiza Helena Messias Soalheiro assevera que:

> A justificativa da monogamia para além do aspecto patrimonial – proteção da propriedade privada – surgiu também como meio de impedir desejos, ou melhor, utilizando da linguagem da Psicanálise, a monogamia foi imposta como forma de castração dos desejos e por via de consequência possibilitou a formação de uma sociedade culturalmente monogâmica.
> Tanto a monogamia como o incesto são interditos que viabilizaram a formação das organizações sociais, sendo formas de proibições primitivas que influenciaram na origem no nosso atual ordenamento jurídico.
> [...]
> Contudo, diante de uma fluidez nas relações humanas, de um direito de família pautado nos princípios da autonomia privada, na dignidade da pessoa humana, no pluralismo familiar, na isonomia das entidades familiares, adotar um valor como o correto para se constituir uma família, seria ir de encontro a um Estado Democrático de Direito. (SOALHEIRO, 2016).

Qualquer que tenha sido sua origem, a monogamia, de fato, reúne valores cuja finalidade sempre foi de controlar os impulsos sexuais humanos, para consequentemente, operar o controle da sua moral e do seu patrimônio.

Contudo, tal noção se mostra incabível no Direito das Famílias pós-moderno, revolucionado pela valorização da autonomia privada, liberdade e garantia de constituir uma família plural, afetiva e democrática.

Com efeito, a valorização constitucional da pessoa humana representa uma nova ordem de valores, que visa à promoção integral do indivíduo, dispondo de primazia em face da lei ou de qualquer outro valor contrário a tal teleologia.

O alicerce da dignidade é a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico no Brasil, razão pela qual não se denota possível controlar a vontade das pessoas, compelindo-as a formar família apenas pela forma monogâmica.

Renata Almeida e Walsir Rodrigues concluem: “portanto, a monogamia é valor moral que não alcança, por si, o status de princípio jurídico" (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 57).

Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk, em artigo “Famílias Simultâneas e Monogamia” defendido em Congresso do IBDFAM, sintetiza que:

> [...] tomar um princípio jurídico da monogamia como um “dever ser” imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade.
> Nada obstante sua inequívoca inserção histórico-sociológica como dado de longa duração - sob a perspectiva já explicitada - não se trata a monogamia de regra que possa ser imposta a todas as pessoas que, em suas múltiplas “morais”, podem reputar uma realidade familiar poligâmica como mais adequada às suas aspirações existenciais.
> Não se trata de criticar a orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica. Trata-se, sim, de criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistenciais materialmente livres (RUZYK, 2016, p. 05).

Pianovski Ruzyk, brilhantemente, expõe que, conquanto a monogamia tenha sido um padrão moral sociológica de longa permanência histórica, não tem natureza de princípio, razão porque descabe a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistenciais materialmente livres.

Aqui se encaixa a visão de Letícia Ferrarini, de que a monogamia refere-se a uma característica histórico-sociológica, reconhecida como padrão de conduta médio da família ocidental (FERRARINI, 2010), a qual não se constitui um princípio do Direito das famílias.

Não há, pois, embasamento jurídico para elevar a monogamia ao *status* de princípio constitucional, simplesmente, para deixar de emprestar efeitos jurídicos aos novos arranjos familiares simultâneos e poliafetivos.

Segundo Pianovski, nem mesmo o fato de ter sido instituído o impedimento da poligamia nas normas do casamento pode determinar a sua vinculação nos demais formatos familiares, para o autor:

> Um direito de família plural e democrático é compatível com uma regra de monogamia imposta sobre o casamento, como vedação a mais de uma relação matrimonializada. Pode não sê-lo, porém, como uma vedação apriorística e absoluta

> que abarque situações familiares de fato que possam demandar o jurídico para a proteção da dignidade e da liberdade de seus integrantes (RUZYK, 2016, p. 05).

O autor conclui que "não se pode afirmar, pois, que a monogamia seja um princípio do direito estatal de família, mas, sim, uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas – e, portanto, constituídas sob a chancela prévia do Estado" (RUZYK, 2016, p. 05).

Interessante essa noção de Ruzyk de que a monogamia não se vale como vedação absoluta em relação às situações familiares de fato, que possam demandar a proteção jurídica da dignidade e da liberdade de seus integrantes, como é o caso das relações poliafetivas.

Registrado o posicionamento desta pesquisadora, no sentido de definir a monogamia como um valor não impeditivo das novas conformações familiares, cabe, ainda, rechaçar o argumento de que a simples classificação da monogamia como princípío jurídico seria suficiente para excluir direitos de família a seus membros.

Pois bem.

No caso de colisões entre princípios, utiliza-se a ponderação[92], técnica que determina os graus de dimensões valorativas, afastando um princípio em detrimento do outro, no caso concreto. Por esse viés, não se analisaria a dimensão de validade do princípio da monogamia, apenas se afastaria o mesmo, em face de sopesamento de interesses concretos da pessoa humana.

Nessa senda, a carga valorativa do princípio da dignidade humana se mostra suficiente para legitimar a autonomia do indivíduo para constituir uma família não monogâmica, diversa da tradicional.

Rodrigo da Cunha Pereira, conquanto tenha defendido a monogamia como um princípio jurídico, em 2013, ao analisar a união poliafetiva entre três mulheres, registrada no 15.º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, em 2015, enfatizou que "a monogamia funciona como um ponto chave das conexões morais de determinada sociedade. Mas não pode ser uma regra ou princípio moralista, a ponto de inviabilizar direitos" (PEREIRA, 2015).

Prossegue Rodrigo da Cunha Pereira:

> O princípio da monogamia deve ser conjugado e ponderado com outros valores e princípios, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Por este motivo, todos

[92] Nos dizeres de Robert Alexy, "segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau dever ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro" (ALEXY, 2008, p.68).

> os direitos concedidos aos casais com união estável devem ser garantidos a essa união poliafetiva (PEREIRA, 2015).

Vê-se, pois, que, em face da proteção constitucional da dignidade humana, até mesmo o jurista que entende a monogamia como princípio jurídico, não nega a possibilidade de seu afastamento, como forma de garantir a individualidade e o direito de formar família não monogâmica.

Inobstante a sua inequívoca inserção histórico-sociológica, a monogamia não se sustenta como princípio estruturante do direito das famílias, mormente, porque tal imposição obstaria o livre exercício da autonomia privada dos indivíduos, ferindo de morte o direito individual de formar livremente uma família afetiva.

Pelo exposto, a monogamia é entendida, nesse estudo, como um estilo de vida, um valor que cabe juízo de qualidade de ser uma boa ou péssima opção de modo de viver, o qual não exclui a conformação de novos arranjos familiares não monogâmicos.

4.3 A não monogamia como hipótese de formação da família poliafetiva

A família poliafetiva é o núcleo não-monogâmico, em que as pessoas formam relacionamentos conjugais íntimos, consensuais e honestos, pautados na afetividade e no livre exercício da autonomia privada. Constitui-se em relações amorosas simultâneas entre três ou mais parceiros, originando daí a expressão poliamor – vários amores.

Amar duas ou mais pessoas é fácil e possível, difícil mesmo tem sido reconhecer direitos das famílias às entidades que se formam de forma não monogâmica, contrariando os preceitos religiosos da contraditória sociedade pós-contemporânea.

Maria Berenice Dias explicita a resistência em relação às relações não-monogâmicas:

> Todas as formas de amar que fogem do modelo convencional da heteronormatividade e da singularidade são alvo de danação religiosa e, via de conseqüência, da repulsa social e do silêncio do legislador. Ou o silêncio ou a expressa exclusão de direitos. Nada mais do que uma vã tentativa de condenar à invisibilidade formas de amor que se afaste do modelo monogâmico (DIAS, 2016, p. 143).

A família não monogâmica, por fugir do tradicional, sem dúvida, gera repulsa aos mais religiosos e conservadores. Todavia, em um país laico como o Brasil, não há como condenar os grupos poliafetivos à invisibilidade, somente porque a religião de alguns não concebe a evolução da humanidade[93]. As famílias poliamoristas existem e não podem ser deixadas à margem de proteção por parte do Estado, apenas para atender conceitos morais e religiosos dos conservadores.

Na perspectiva da psicanalista Giselle Câmara Groeninga, "Direitos Humanos e vida familiar" são temas fundamentais que se entrecruzam, ambos intimamente ligados à dignidade humana. Para ela, a família é um modelo de organização que apresenta a esfera:

> psíquica, dos afetos, dos sentimentos e dos pensamentos – a esfera do sujeito da psicologia, e também esfera metapsicológica – a da psicanálise a esfera do Sujeito do Desejo. É o mais subjetivo dos níveis. Ainda nesta esfera temos os exercícios das funções - paterna, materna, filial.
> [...] Há ainda a esfera econômica, e, finalmente a sociojurídica da repartição dos direitos e deveres – nível do sujeito do Direito (GROENINGA, 2003, p. 97).

Pela análise do sujeito de desejo e de direito, a autora persegue uma visão abrangente das relações intersubjetivas no âmbito familiar, de modo a utilizar a psicanálise para

[93] Segundo Marcelo Bittencourt, "a religiosidade faz com que pássaros pensem que voar é pecado".

compreender o sujeito e suas relações, buscando atingir a uma sociedade mais justa (GROENINGA, 2003, p. 96).

Giselle Groeninga conclui que a dignidade humana só será atendida se o sujeito de desejo for livre para formar sua família, sem qualquer interferência do Estado, defende que a subjetividade do ser humano deve ser considerada.

Seguindo essa linha, as pessoas que optam por constituir um vínculo familiar diferente do tradicional não podem ser excluídos ou discriminados, até porque, a manifestação de afeto pelo sujeito de desejos gera efeitos jurídicos que não podem ser ignorados.

Ressalta-se que esta pesquisadora acompanhou o desenrolar de quatro "famílias poli", por dois anos e meio, tempo suficiente para verificar que são entidades familiares como quaisquer outras, a diferença se limita à escolha pela não monogâmia.

Os optantes por este estilo de vida, contudo, acreditam que os relacionamentos poliafetivos são mais saudáveis, pois não há necessidade de traição. A despeito disso, pugnam pelo reconhecimento da relação familiar como meio de lhes garantir segurança jurídica. A convivência conjugal dos poliamoristas é pautada pelo respeito, honestidade, transparência e solidariedade, sendo certo que a manifestação do afeto familiar gera efeitos jurídicos, tais como numa relação tradicional monogâmica.

No entanto, a realidade das famílias poliafetivas não tem sido fácil. Vive-se, na pós-modernidade, tempos estranhos, época de intolerância e contradição de valores de forma geral. Segundo Semy Glanz:

> O termo pós-moderno significa a natureza da vida familiar atual contestada, ambivalente e indecisa. O pós-modernismo não é um novo estágio do desenvolvimento da família, mas a descrença nos estágios ordenados. Um movimento de recuo e de avanço, em que as pessoas recebem padrões antigos e tentam outros novos, tornando as famílias mais democráticas, mas a instabilidade tem sido maior que a democracia (GLANZ, 2005, p. 55).

A instabilidade é a pedra de toque da pós-modernidade. Prova disso é que, ora se defende com afinco a dignidade humana e a pluralidade familiar constitucional como cláusula inclusiva eudemonista do Direito das Famílias, e ora se lança um projeto de lei (Estatuto da Família - PL 6.583/2013), com caráter excludente, que considera como família apenas a entidade monogâmica formada por homem e mulher em matrimônio e união estável.

O desafio da pós-modernidade tem sido a instabilidade e a intolerância. Diante desse contexto, Cesar Fiúza e Luciana Poli apresentam a noção de "pânico moral", que bem explica a resistência aos arranjos não monogâmicos, senão vejamos:

> O pânico moral pode ser compreendido, numa acepção mais abrangente, como o consenso, partilhado por um número substancial de membros de uma sociedade, de que determinada categoria de indivíduos estaria ameaçando a estrutura social e a ordem moral. A partir dessa suposta ameaça, confabulam que seria necessário o fortalecimento do aparato de controle social, provocando a promulgação de novas leis, orientando a atuação estatal por políticas públicas capazes de imprimir hostilidade e condenação pública a determinado estilo de vida (GOODE; BEMYEHUDA, apud FIUZA; POLI; 2015, p. 162-163).

Esse estado de pânico, descrito pelos autores, é notório em relação às famílias poliafetivas, sobretudo, por ser considerada uma ameaça aos valores monogâmicos já consagrados e a ordem estereotipada pela mídia de massa, apoiada pelo Estado e, consequentemente, por seu aparato judicial (FIÚZA; POLI, 2015).

Os autores prosseguem trazendo as conclusões de Cohen e Thompson de que:

> As reações a comportamentos não convencionais quase sempre são marcados por julgamentos não realistas e imponderados a respeito das consequências coletivas de estilos de vida particulares. A reação social a um fenômeno aparentemente perigoso surge não tanto do perigo real, mas do temor de que ameace posições, interesses, ideologias e valores (GOODE; BEM-YEHUDA, 2003, p. 29-30). A propagação do sentimento de pânico suscita a necessidade de afirmação dos valores tradicionais, da ordem social idealizada e supostamente desejável (COHEN e THOMPSON, *apud* FIUZA; POLI; 2015, p. 163).

O fenômeno do “pânico moral” se mostra perigoso, pois a necessidade de afirmação de valores tradicionais e superados pela sociedade tem negado a noção da família plural, afetiva e instrumental, voltada ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem, independentemente de seu modo de constituição.

Diante da ótica humanista constitucional, não se mostra admissível o repúdio aos arranjos não monogâmicos apenas pelo fundamento em valores morais e religiosos. A monogamia, conforme já demonstrado, cuida-se de mero valor referência de algumas modalidades familiares já amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma livre condição de vida que não se mostra empecilho ao reconhecimento da família poliafetiva.

Nesse sentido, o “pânico moral” deve ser combatido, o fato de alguns não concordarem com o estilo de vida de outros, não é suficiente para negar direitos individuais de livre constituição de família. Deve ser respeitada a individualidade do ser humano, mesmo que o poliamor não siga a monogamia como modelo de felicidade (MINT, 2008).

O relacionamento poliafetivo, destarte, tem como objetivo a formação de uma única entidade familiar, com múltiplas relações afetivas, normalmente, permeado pelo

envolvimento simultâneo, profundo e de planejamento de longo prazo de mais de duas pessoas. Em outras palavras, três ou mais companheiros que mantém um relacionamento poliafetivo, tendem a formar uma família como outra qualquer, são pessoas que moram sob o mesmo teto, têm filhos, cachorro, passarinho, enfim, há nítido objetivo de formação de família – *affectio maritalis*.

Retomando a lição de Débora Anapol, os elementos de constituição do poliamor, descritos por Débora Anapol - a fidelidade e lealdade do relacionamento, a confiança, dignidade e respeito, o apoio mútuo; a comunicação e negociação, e, a não possessividade (ANAPOL, 2010) - são bastante para a formação da família poliafetiva, sobretudo, porque não há obrigatoriedade de se criar uma família apenas com base na monogamia.

De acordo com Rafael da Silva Santiago, "o não-reconhecimento do poliamor implica a adoção da monogamia como única prática relacional admitida pelo Direito e, em última análise, uma interferência estatal na autonomia dos indivíduos" (SANTIAGO, 2014, p. 171), algo impensável na hermenêutica constitucional atual.

Por sua vez, Ruzyk (2005, p. 98) destaca que "a monogamia é característica estrutural da família ocidental desde períodos bastante remotos", circunstância que implicou na naturalização do discurso monogâmico, deixando implícito que as outras formas de união seriam antinaturais. Tal discurso tem sido utilizado para marginalizar as relações poligamoristas, defendendo os juristas contrários, que a monogamia e a fidelidade seriam cerne da formação familiar.

Não há dúvidas de que o Brasil é um dos herdeiros ocidentais desse modelo religioso monogâmico. Contudo, a monogamia não pode ser considerada inerente ou natural do ser humano[94], tampouco se trata de um princípio constitucional que impõe um padrão de conduta obrigatório.

[94] Aqui cabe uma indagação tormentosa: O ser humano é naturalmente monogâmico?
A resposta é taxativa, não. De acordo com David Barash e Judith Eve Lipton (2001, p. 01), no intuito de manter um vínculo sexual e social com apenas um homem ou uma mulher, os praticantes da monogamia estão indo de encontro a manifestas inclinações evolucionárias de diversas criaturas, dentre as quais o ser humano. Isso porque há uma grande evidência de que os seres humanos não são naturalmente monogâmicos. Marianne Brandon, com base em pesquisas sobre os seres humanos, informa que, de cento e oitenta e cinco sociedades, apenas vinte e nove restringiram ou restringem formalmente seus membros à prática da monogamia. E, nas sociedades consideradas monogâmicas, casos de uniões paralelas ao matrimônio ocorrem de maneira regular. Além disso, mesmo o corpo humano oferece indicativos acerca dos nossos padrões de acasalamento natural: muitas das nossas características entram em conflito com as das espécies monogâmicas (BRANDON, 2010, p. 03). Antropólogos informam que apenas dezesseis por cento da sociedade mundial permanece praticando exclusivamente a monogamia. A maioria das pessoas em grande parte das sociedades não é sexualmente monogâmica. Nesse cenário, o divórcio parece ser um fenômeno que ultrapassa as culturas (BRANDON, 2010, p. 08-09). Desse modo, "[...] não há evidências vindas da Biologia ou da Antropologia de que a monogamia é natural ou normal para os humanos" (BRANDON, 2010, p. 03, tradução nossa).

Na verdade, a monogamia está mais para um fetiche[95], um mito que, de modo algum, é capaz de impedir a criação de entidades familiares formadas por mais de duas pessoas.

Ressalta-se, por oportuno, que a monogamia no Brasil nunca foi um padrão obrigatório. A análise da história da família permite a conclusão de que a prática da monogamia sempre deteve pesos diferentes para o homem e para a mulher, tendo havido uma diferenciação clara do que é moralmente aceito para cada um dos gêneros.

Conforme Carlos Eduardo Pianoviski Ruzyk (2005, p.98-99), a monogamia tradicional brasileira é, na prática, apenas para a mulher, pois somente a ela é rechaçada a possibilidade de ostentar uma relação poligâmica. O homem sempre praticou a Poligamia exógena - fora da conjugabilidade, de forma clandestina - recebendo, inclusive, o beneplácito da aceitação social. O viés da poligamia exógena tem origem patriarcalista e machista, no sentido que o chefe da casa era detentor de liberdade para fazer o quem quisesse com a sua sexualidade.

Portanto, a traição do homem foi aceita ao longo da sociedade e a monogamia surgiu apenas com o objetivo de controlar a mulher, a paternidade e o patrimônio. É possível notar, por conseguinte que é mais aceito ao homem a manutenção de outras conjugalidades fora do casamento, do que reconhecer direitos as conjugalidades exercidas simultaneamente de boa-fé, no mesmo núcleo familiar, como na "família poli" [96]. O que se configura se revela como hipocrisia.

Ainda pode-se dizer que, ao aceitar a traição, de forma pacífica, ter-se-ia uma relação de poliamor, em face do conhecimento de todos. Grande equívoco. Configuram-se, no caso da traição tolerada, duas famílias simultâneas e quanto à ciência de todos os participantes, esta se consubstancia apenas em sinais de tolerância e não de afetividade exigida no poliamor.

Neste momento, é necessária a abordagem da poligamia, pois, muitos doutrinadores se apegam a ela como subterfúgio para impedir o reconhecimento do poliamor. Todavia, tal argumento não tem qualquer sustentação jurídica.

Com efeito, a poligamia é um termo de origem grega, que significa muitos casamentos simultâneos, ocorre quando o homem possui casamento com várias mulheres, a poliginia, espécie mais comum na sociedade, bem como, quando a mulher se une a vários homens, hipótese muito menos comum, denominada poliandria.

Para certos autores, decididamente, a monogamia humana total seria uma imposição antinatural (RYAN; JETHÁ, 2010).

[95] Fetichismo, de forma geral, se relaciona com um culto, uma crença ou uma adoração.

[96] Apelido carinhoso concedido por esta pesquisadora à família poliafetiva.

No sistema da poligamia, todos os envolvidos sabem da circunstância em que estão imbuídos, tendo-se até mesmo a permissão de algumas religiões e da legislação de alguns países. No Islã, por exemplo, a poligamia é praticada há séculos, inclusive, pelo profeta Maomé, sendo até hoje adotada em países muçulmanos, nos termos do Alcorão, o Livro Sagrado, o qual permite que o homem tenha, no máximo, quatro esposas[97]. A poligamia também era permitida no Judaísmo, amparado pela lei Talmúdica, Abraão teve mais do que uma esposa, enquanto Salomão teve "setecentas esposas de sangue real e trezentas concubinas" (1º Reis 11:3)[98]. (CONRAD, 2003).

No Brasil, a poligamia ou a hipótese de mais de um casamento simultâneo é proibida e criminalizada, o art. 235 do Código Penal Brasileiro[99] contempla sanção para casos de bigamia e aquele que é casado e se casa com outra pessoa, concomitantemente, comete crime. Apesar disso, se não houver liame jurídico legal, ou seja, se inexistir um casamento de acordo com a lei, um homem pode ter mais do que uma mulher e uma mulher mais do que um homem, haja vista a descriminalização do adultério.

Em observância ao princípio da legalidade e taxatividade do tipo penal, a poligamia proveniente de dois casamentos seria considerada crime no Brasil, todavia, a poligamia fora do âmbito matrimonial não apresentaria qualquer conseqüência penal.

A poligamia não se confunde com o poliamor, pois, na poligamia, no seu sentido clássico, há a permissão para que uma pessoa se case, de forma subseqüente ou simultânea, com vários indivíduos. O poliamor, no entanto, é composto por um único núcleo familiar composto de vários membros, permeado pelo afeto e boa-fé, em que todos apresentam o

---

[97] E se receais que não podereis tratar com justiça os órfãos casai com as mulheres que vos parecerem boas para vós — duas, três ou quatro. E se receais que não podereis proceder com equidade com todas casai, então, com uma somente. (ALCORÃO, 4:3).

[98] 1º Reis - Capítulo 11
1Rs.11.1- Ora, o rei Salomão amou muitas mulheres estrangeiras, além da filha de Faraó: moabitas, amonitas, edomitas, sidónias e heteias,
1Rs.11.2- das nações de que o Senhor dissera aos filhos de Israel: Não ireis para elas, nem elas virão para vós; doutra maneira perverterão o vosso coração para seguirdes os seus deuses. A estas se apegou Salomão, levado pelo amor.
1Rs.11.3- Tinha ele setecentas mulheres, princesas, e trezentas concubinas; e suas mulheres lhe perverteram o coração.

[99] Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940
Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
Pena - reclusão, de dois a seis anos.
§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.
§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.
Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (BRASIL, 1940).

objetivo da busca da felicidade comum. A poligamia, por sua vez, pressupõe mais de um casamento concomitante, sendo patriarcalista[100] e machista, praticada fora da conjugabilidade, contrária ao viés democrático do poliamor, que aceita a liberação sexual da mulher, tão reprimida outrora.

Sendo assim, não há se falar em monogamia como modo obrigatório de viver em família, tampouco em utilizar-se da poligamia como impedimento para tutelar as relações poliafetivas.

Maria Berenice Dias defende a necessidade de tutela de "família poli", sobretudo, em face da observância da natureza privada dos novos relacionamentos afetivos da sociedade contemporânea, que precisam conviver harmonicamente com as diversidades. Fundamenta a jurista que "o novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade, e o eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família" (DIAS, 2007, p.41).

E arremata "não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar o direito de viver a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor" (DIAS, 2013, p. 54). O reconhecimento das famílias poliafetivas não gera prejuízo para o Estado, tampouco à sociedade.

Na verdade, quem efetivamente tem tomado prejuízo são os membros das famílias poliafetivas, pois, permanecendo á margem de regulamentação, não têm ideia de como seria a sucessão em caso de morte de um dos componentes, a filiação da prole gerada no seio familiar ou a dissolução parcial da união, em caso de dissidências.

Como se observa, inexistem motivos para se negar direitos às famílias poliafetivas, o Estado não pode intervir de forma a evitar o livre desenvolvimento humano em espaço familiar essencialmente privado, não há qualquer interesse da coletividade que justifique a proibição de regulamentação das famílias não-monogâmicas.

Nesse aspecto, Leonardo Barreto Moreira Alves reconhece que:

> [...] é no seu espaço privado – e somente nele – que o indivíduo pode alcançar com plenitude a realização da sua personalidade, desfrutar da sua intimidade, da sua privacidade, implementar, enfim, os seus direitos de personalidade. Exigir que o sujeito seja movido exclusivamente por interesses públicos, em detrimento dos seus anseios individuais, significa aceitar que a pessoa humana se torne autômata,

[100] Deborah Anapol distingue poliamor e poligamia, frisando o caráter patriarcal da poligamia, nos seguintes termos: "[...] Algumas pessoas ainda confundem poliamor com poligamia, a qual significa, tecnicamente, estar casado com mais de uma pessoa, independentemente do sexo, mas que implica, também, um estilo patriarcal de casamento, em que o homem tem mais de uma esposa e a mulher, monogâmica, tem o seu marido compartilhado" (ANAPOL, 2010, p. 02, tradução da autora)

> despersonalizada, ou até deixe de existir, eis que ela será reduzida a um mero instrumento da coletividade. (ALVES, 2010, p. 108).

Nesse sentido, reconhecer a família poliafetiva é medida necessária, sobretudo, com fundamento na cláusula familiar inclusiva, disposta no art. 226 da CR/88, a qual permite a formação de novos arranjos, que contenham a afetividade como seu elemento propulsor.

Além disso, por aplicação do princípio da intervenção estatal mínima nas relações familiares, cabe ao Estado garantir um espaço juridicamente seguro, para que os membros da família afetiva alcancem sua própria felicidade, seja por intermédio da monogamia, do poliamor ou de qualquer outro modelo de relacionamento íntimo.

Assim, levando a efeito que o principal objetivo da família é dar suporte emocional ao indivíduo, sendo um instrumento de livre desenvolvimento dos seus membros, a simples aplicação dos princípios da autonomia privada, dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); afetividade, pluralidade de entidade familiar é suficiente para legitimar o nascimento das famílias poliafetivas, devendo ser concedidos a elas as mesmas proteções estabelecidas para o casal hetero ou homossexual.

4.4 A validade da escritura pública de União Civil Poliafetiva

Demonstrou-se, ao longo deste estudo, que a elevação da dignidade humana a fundamento do Estado Democrático de Direito e a inserção da cláusula geral de inclusão familiar, no texto constitucional, promoveu um alargamento do conceito de família no Brasil, entidade que passou a albergar os vínculos diversos oriundos do envolvimento afetivo.

O afeto tornou-se um fato jurídico, a afetividade passou a merecedora de proteção constitucional, e, em função disso, a existência de um elo afetivo tem sido bastante para o reconhecimento de uma entidade familiar brasileira na pós-modernidade.

Nesse cenário, reconhecida a afetividade como elemento essencial da família e afastado o argumento de que a monogamia não se constitui um princípio estruturante do Direito das Famílias, mas tão somente um valor incapaz de obstar o reconhecimento da família poliafetiva, passa-se a demonstrar a viabilidade da escritura pública de União Estável, para conceder segurança jurídica aos seus membros.

Pois bem.

Destaca-se, inicialmente, que nem toda relação de poliamor será considerada uma família. O poliamor se constitui em relacionamentos em que não é relevante a monogamia, contudo, para ser compreendida como entidade familiar, a relação de poliamor precisa submeter-se a padrões mínimos, sem os quais não se poderia falar em família. Ou seja, deve haver coexistência de relações afetivas simultâneas e possivelmente sexuais, entre três ou mais indivíduos, no âmbito de uma única unidade familiar, onde todos os membros exercem a sua autonomia privada, exercitam a sua compersão, com o objetivo de constituir família.

O que se defende, destarte, é a poliafetividade como elemento conformador de um vínculo jurídico familiar não monogâmico, formado livremente por mais de três pessoas, que tem como objetivo constituir família.

Salienta-se, por oportuno, que, na espécie da polifidelidade - relação em que três ou mais pessoas convivem entre si, em relacionamento afetivo íntimo, sem se envolver com pessoas de fora do grupo -, fica evidente a configuração familiar, se respeitados os padrões constitucionais mínimos da família pós-moderna, um espaço de afetividade, ética e solidariedade. Segundo Rafael da Silva Santiago, neste caso da polifidelidade,

> Tem-se um verdadeiro casamento – ou união estável – só que com uma única diferença: o número de integrantes. Isso significa que o tratamento jurídico que deve ser conferido à polifidelidade é idêntico ao tratamento estabelecido às famílias oriundas do casamento, da união estável, monoparentais, recompostas, enfim, o mesmo tratamento deferido às demais entidades familiares reconhecidas pelo

> Direito, tendo como única diferença o número de integrantes (SANTIAGO, 2014, p. 175).

No poliamor aberto, por sua vez, aquele no qual os parceiros admitem a possibilidade de outros relacionamentos, sem limites, bem como no poliamor em redes de relacionamento, a configuração da família se torna mais complicada, de modo que o juiz deverá analisar as circunstâncias do caso concreto. Contudo, se evidenciado o afeto familiar - aquele qualificado pelo ânimo de constituir família, a organização familiar poderá ser reconhecida normalmente.

Prima facie, se a relação poliafetiva refletir um espaço plural, afetivo e democrático, próprio para promoção da dignidade humana de seus membros, a família poliafetiva estará configurada, havendo necessidade apenas de identificar os pressupostos para a realização da União Civil Múltipla - ânimo de constituir família (afetividade), estabilidade; continuidade; publicidade, nos termos do art. 1.723 do Código Civil.

O ânimo de constituir família se relaciona com a vontade de os companheiros viverem com o *intuito familae* e *affectio maritalis*, elemento distintivo entre a união estável, o namoro e o noivado. A estabilidade se liga à continuidade, sendo que a primeira se refere a uma duração prolongada no tempo, sem a exigência de tempo mínimo de convivência. A continuidade, por sua vez, refere-se ao convívio familiar e à solidez do vínculo afetivo. A convivência pública pressupõe notoriedade e publicidade da família, no meio social dos companheiros.

Todos esses requisitos são visíveis na família poliafetiva.

Note-se que a diversidade de sexos não foi elencada como um requisito, sobretudo, por ter sido afastada do direito das famílias pós-moderno, em face da decisão do STF, em 05/05/2011, no julgamento conjunto da Adin 4277 e ADPF 132, que reconheceu a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Na ocasião, restou atribuído interpretação conforme a Constituição da República de 1988, para excluir qualquer significado do art. 1.723 do CC/02 que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Desse modo, o STF, atendendo os anseios sociais, excluiu qualquer significado discriminatório ou impeditivo em relação ao reconhecimento da família homoafetiva e poliafetiva, não sendo mais pressuposto da união estável a diversidade de sexos.

Da mesma forma, não se mencionou o impedimento de “pessoa casada”, constante no art. 1.723, §1º do Código Civil, simplesmente, por entender que este não mais obsta a formação de uma família, prova disso, são os inúmeros núcleos familiares simultâneos existentes na pós-modernidade.

Quanto a esse aspecto, Maria Berenice Dias destaca que, “negar-lhe a existência, sob o fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal” (DIAS, 2013, p. 184).

Seguindo a mesma linha, Rafael da Silva Santiago explicita que o impedimento de “pessoa casada” não impede o poliamor:

> [...] mesmo com a existência do impedimento às pessoas casadas de formarem união estável e novos casamentos, o poliamor é capaz de dar origem a verdadeiras entidades familiares, que se fundam no afeto e são funcionalizadas à promoção e ao desenvolvimento da dignidade de seus integrantes: famílias que podem preencher os requisitos da união estável, bem como do casamento, e que geram efeitos pessoais e patrimoniais na esfera jurídica de cada um de seus membros, necessitando de regulação por parte do Direito.
> Diante do princípio da mínima intervenção, o Estado – e muito menos qualquer indivíduo ou setor da sociedade – não tem legitimidade para se imiscuir na família e impor que pessoas casadas não possam praticar o poliamor. Mesmo porque quem busca a felicidade e a promoção da personalidade é o seu praticante, e não o Poder Público (SANTIAGO, 2014, p. 193-194).

Portanto, defende-se que o ânimo de constituir família (afetividade), a estabilidade; a continuidade; a publicidade, nos termos do art. 1.723 do Código Civil são pressupostos suficientes para demonstrar a existência de uma união estável poliafetiva.

Afastados os argumentos supostamente impeditivos, de exigência de “diversidade de sexo” e de “pessoa casada”, passa-se a verificar outro ponto controverso que seria o dever de lealdade e fidelidade, no âmbito da “família poli”.

Para uma parcela significativa da doutrina, Gonçalves (2009), Farias e Rosenvald (2010), entre outros, a lealdade é gênero do qual a fidelidade seria espécie. A primeira é mais ampla que a segunda, pois é possível ser leal sem ser fiel, basta ser sincero e evidenciar uma traição consumada, por exemplo.

Paulo Lôbo pontua que o dever de fidelidade está descrito no art. 1.566 do Código Civil, exclusivamente, para o casamento, ao passo que o dever de lealdade seria inerente às uniões estáveis, nos termos do art. 1.724 do mesmo diploma legal. Defende o autor, que “os deveres de fidelidade recíproca e de vida em comum no domicílio conjugal não são exigíveis dos companheiros, em virtude das peculiaridades da união estável” (2009, p.158).

Corroborando o posicionamento de Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias entende que, entre companheiros, inexiste a obrigação de fidelidade, razão pela qual a ausência de exigência específica, nesse sentido, possibilitaria o reconhecimento de vínculos paralelos e poliafetivos. Afinal, "se os companheiros não têm o dever de serem fiéis nem de viverem

juntos, a mantença de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas." (DIAS, 2009, p. 169).

Ainda que assim não fosse, verifica-se que a fidelidade e lealdade têm caracteres próprios no poliamor. Retomando a lição de Débora Anapol, percussora no tema, o poliamor dispõe de elementos essenciais: **a fidelidade e lealdade do relacionamento**, no sentido que as promessas e acordos realizados em família devem ser cumpridos; **a confiança, dignidade e respeito**, pelos quais os parceiros de um membro do grupo devem ser aceitos como parte do relacionamento e não apenas tolerados; **o apoio mútuo**, em que cada parceiro deve apoiar e se abster de prejudicar o outro; **a comunicação e negociação**, mecanismos importantes para reparação de eventual violação do acordo firmado; e, por fim, **a não possessividade**, entendida como a ausência de ciúmes dos parceiros entre si (ANAPOL, 2010).

Constata-se a partir das lições de Anapol, especialista em Poliamor, que a fidelidade e lealdade do relacionamento poli são encaradas de forma ampla, no sentido que tudo o que foi previamente combinado entre os membros da família deve ser estritamente cumprido. Impera nesse relacionamento afetivo, **a boa-fé, a confiança, a transparência, a dignidade e o respeito** pelos parceiros, que devem ser aceitos pelo grupo como parte do relacionamento e não apenas tolerados.

Não se exige, pois, aquela fidelidade tradicional e hipócrita vivida nos relacionamentos monogâmicos, normalmente exigida apenas em relação à mulher. Imagine-se que absurdo seria não reconhecer uma família poliafetiva, simplesmente, pelo fato de a fidelidade monogâmica ser considerada absoluta para a constituição de família.

Há de se considerar que os deveres de fidelidade, respeito, amor, afeto, carinho, amizade e sexo são próprios da liberdade e da intimidade de cada ser humano, bem como de cada entidade familiar, ambiente estritamente privado, que não cabe intervenção estatal, simplesmente, por não haver interesse coletivo.

Como se vê, a formalização da família poliafetiva por meio do instituto da união estável é uma realidade, que não pode ser ignorada pela comunidade jurídica. Deve ser considerado que o direito não é estanque e a união estável, como qualquer instituto do direito, vem se adequando à evolução da humanidade.

Consoante Anderson Schreibe:

> A formação da união estável é, quase sempre, progressiva, de modo que não pode ser identificada em um momento singular, mas no crescente comprometimento dos envolvidos em um projeto comum, nascido, muitas vezes, de maneira inconsciente e silenciosa, mais na intimidade dos espíritos do que na solenidade das declarações (SCHREIBER, 2013, p. 302).

Portanto, sendo a união estável um instituto em constante evolução, resta evidenciada a possibilidade de configuração da união civil composta por múltiplos de parceiros, haja vista inexistir qualquer óbice constitucional ou legal. Claro que será necessário verificar os pressupostos da convivência pública, contínua e duradoura, fundada no *animus* de constituir família.

O que se pretende, neste estudo, é a aplicação da operabilidade da norma jurídica aos anseios de quem realmente necessita, ainda que seja uma minoria. Não há como esquecer que o Código Civil de 2.002 é regido pela Operabilidade, Eticidade, Sociabilidade.

Logo, a interpretação e aplicação da lei civil devem estar, necessariamente, em consonância com os princípios contemporâneos do Direito das Famílias, estes não só afastam as antinomias existentes, como também suprimem as lacunas e permitem uma aplicação justa do Direito.

Nesse passo, defende-se extensão dos efeitos da norma civil da união estável hetero e homoafetiva à família de múltiplos membros, sugerindo uma interpretação sensível à evolução social, orientada pela hermenêutica constitucional brasileira, noção bem explicada pelas palavras de Eduardo Bittar, em "O Direito na pós-modernidade", *in verbis*:

> O direito é também aquilo que se consagra por aplicação e concretização de suas regras, e não somente a existência de suas regras abstratas, o que permite dizer que o ato de julgamento implica, necessariamente, um ato de responsabilidade pelo outro, e, por isso, deve ser visto como um lugar do cuidado socialmente institucionalizado; assim, o lugar do julgamento deve estar revestido não somente do caráter do imperativo, do *nómos* masculino, mas também *diké* feminina, de uma lógica da sensibilidade para perceber e agir na medida da necessidade específica do caso concreto, com pesos e medidas.
> Por isso, é possível afirmar que a boa compreensão da arte de entender o direito implica enxergá-lo com singularidade carente de cuidado, a arte do feminino da justiça, atinente ao caso concreto, e, de outra parte, como universalidade normativa de regulação do comportamento social, atinente às regras sociais abstratas. Não se trata de pensá-las como antagônicas e muito menos de dissociá-las, mas de considerá-las partes integrantes das necessárias formas de atuação do direito, em toda a sua complexidade. Assim, justiça e direito não são termos excludentes, e sim carentes, entre si (BITTAR, 2009, p. 427).

Nota-se que Eduardo Bittar traz uma abordagem interessante sobre a ideal aplicação do direito, na pós-modernidade, apontando a necessidade de somar o caráter do imperativo, do *nómos* masculino à *diké* feminina, buscando uma lógica da sensibilidade para perceber e agir na medida da necessidade específica do caso concreto, com pesos e medidas, que concretizem os fundamentos da República Brasileira.

A sociedade pugna pela aplicação e concretização do direito, de forma dinâmica, sem medos, sem preconceitos sociais e religiosos. Seguindo essa lógica, mostra-se plenamente possível a extensão dos direitos da união estável - art. 1.723 do CC/02, às famílias poliafetivas, de modo a assegurar a concretização do direito fundamental de livre de constituição de família, espaço de autodeterminação protegido pela cláusula de inclusão eudemonista.

Com efeito, a norma constitucional de 1988 alterou a teleologia da família, sobretudo, quando abraçou um conceito de tipicidade aberta, diverso das Constituições anteriores, que deixavam à disposição da população apenas o casamento como hipótese institucional.

Rastreando os fatos sociais, o Estado de Direito Democrático, destinado a garantir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, reconheceu a existência de outras entidades familiares de forma exemplificativa – o casamento, a união estável e o núcleo monoparental, demonstrando claramente o intuito de proteger o livre desenvolvimento da personalidade humana, no âmbito da família plural. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ressaltam que:

> O conceito trazido no *caput* do art. 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 58).

Conclui-se, então, que, pela simples aplicação da cláusula de inclusão eudemonista disposta no art. 226 da CR/88, todo e qualquer núcleo familiar, pautado pela afetividade, continuidade, solidariedade e respeito, merece proteção do Estado.

Em respeito à norma constitucional, que empresta eficácia imediata ao sistema jurídico, deve prevalecer à interpretação de maior alcance, de modo a conferir eficácia à dignidade humana de cada um dos membros que integram a família, independente de sua forma de constituição. Sobre esse aspecto, Maria Berenice Dias pontua:

> O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado" (DIAS, 2016, p. 138).

A família de outrora, constituída apenas pelo casamento, cedeu espaço a todos aqueles agrupamentos oriundos das relações de afeto, estabilidade e ostensividade, de forma a respeitar a individualidade de cada um de seus integrantes. Paulo Luiz Netto Lôbo arremata:

> Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana (LÔBO, 2002, P. 46).

Partindo da premissa de que a família constitucionalizada e democrática tem a sua fundação sobre "os pilares da repersonalização, da pluralidade e do eudemonismo" (DIAS, 2016, p. 138), em última análise, todas as pessoas vinculadas por laços afetivos, solidariedade, respeito e permanência devem ser tutelados pelo Direito das Famílias, inclusive, a família poliafetiva.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu a pluralidade familiar, sem qualquer menção a hierarquia entre os modelos institucionalizados, determinou a promoção da dignidade de cada um de seus membros, independente do meio o qual estejam inseridos. Nessa perspectiva, os membros da família matrimonializada, monoparental e oriunda da união estável hetero e homoafetiva titularizam os mesmos direitos fundamentais que àqueles da família poliafetiva, razão porque não se mostra possível discriminá-los, negando-lhes tutela e proteção.

Evidenciou-se, portanto, que a interpretação conforme a Constituição é bastante para concluir que a união de mais de três pessoas, baseadas no livre exercício da autonomia privada, no afeto, cumplicidade, solidariedade, honestidade, dentre outros sentimentos beneficentes, cujos membros têm entre si o interesse de comunhão de vida, é uma entidade familiar, detentora de direitos igualitários àquelas constituídas por meio da união estável.

Reconhecida a natureza de família à união poliafetiva - composta por múltiplos de parceiros, fundada na convivência pública, contínua, duradoura, e com *animus* de constituir família - a sua formalização, por meio de escritura pública, é mera conseqüência.

Quanto ao regime de bens, defende-se a liberdade dos membros para, no ato do registro da escritura pública, decidir pelo regime de bens que melhor atenda a maioria, sendo esta, inclusive, apenas uma das cláusulas combinadas previamente entre os poliamoristas.

Diante dos argumentos expostos, fica perceptível que a negativa de direitos à família poliafetiva não é jurídica, mas sim moral, posicionamento que deve ser banido do Estado de Direito Democrático.

Demonstrada a possibilidade jurídica de formalizar as uniões estáveis poliafetivas, passa-se à análise da situação jurídica das uniões civis já realizadas no Brasil.

4.4.1 A situação jurídica das uniões civis poliafetivas realizadas no Brasil

Em 2012, “repercutiu como uma bomba”, o fato de o relacionamento afetivo de um homem com duas mulheres, que já viviam juntos na mesma casa há aproximadamente três anos em Tupã (SP), ter sido objeto de uma escritura pública de união estável poliafetiva. Muitos juristas entenderam que tal manifestação seria “nula, inexistente, imoral e indecente” (DIAS, 2016).

A tabeliã que procedeu a anotação pública, Dra. Cláudia do Nascimento Domingues, explicitou à época, que apenas documentou o que sempre existiu, sendo “a declaração é uma forma de garantir os direitos de família entre eles” (PUFF, 2012).

Cláudia contou como ocorreu o registro, destacando que o trio formado por um homem e duas mulheres vivia na mesma casa, dividia as contas, ou seja, mantinham uma relação pré-estabelecida de "lealdade e companheirismo" há mais de três anos no Rio de Janeiro.

O contato entre o trio e Cláudia se deu através do mundo acadêmico, amigos em comum com o orientador de doutorado da advogada na USP foram à ponte de comunicação até a tabeliã, que pesquisava o assunto. Sabedores de suas convicções jurídicas, o trio se dirigiu até Tupã para formalizar os termos do acordo de vontades denominado oficialmente de "escritura pública declaratória de união estável poliafetiva"(PUFF, 2012).

Segundo Cláudia do Nascimento Domingues, o documento apenas deixa claro a vontade das três pessoas de publicizar a família já existente, garantindo-lhes direitos, como pensão, regime de bens, filiação, condições para divórcio parcial, total e sucessão. Na concepção da tabeliã, a alteração do conceito de família é bastante para não excluir direitos nas relações poliafetivas e complementa: “Como não são casados, mas vivem juntos, existe uma união estável, onde são estabelecidas regras para estrutura familiar” (JUS BRASIL, 2016).

E arremata: “na minha visão, essa união poliafetiva não afeta o direito das outras pessoas". Cuida-se de um ato notorial normal, que apenas formaliza a união estável fática já existente (PUFF, 2012).

Com base nos fundamentos supramencionados, a tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues declarou, em outubro de 2016, no Congresso do IBDFAM, em Belo Horizonte, que já havia registrado seis uniões estáveis poliafetivas, fundada na interpretação constitucional do Direito de Família.

Quanto ao caso específico da união trisal registrada em Tupã, Maria Berenice Dias, brilhantemente, defendeu a validade da escritura pública registrada pela família poliafetiva, nos seguintes termos

> Desde que o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, evidenciou ser o afeto o elemento identificador da entidade familiar, passou-se a reconhecer que o conceito de família não pode ser engessada no modelo sacralizado do matrimônio. Apesar dos avanços, resistências ainda existem. Assim, **há que se reconhecer como transparente e honesta a instrumentalização levada a efeito, que traz a livre manifestação de vontade de todos, quanto aos efeitos da relação mantida a três**. Lealdade não lhes faltou ao formalizarem o desejo de ver partilhado, de forma igualitária, direitos e deveres mútuos, aos moldes da união estável, a evidenciar a postura ética dos firmatários. Não há como deixar de reconhecer a validade da escritura. Tivessem eles firmado dois ou três instrumentos declaratórios de uniões dúplices, a justiça não poderia eleger um dos relacionamentos como válido e negar a existência das demais manifestações. Não se poderia falar em adultério para reconhecer, por exemplo, a anulabilidade das doações promovidas pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (CC 550) ou a revogabilidade das transferências de bens feitas ao concubino (CC 1.642 V) (DIAS, 2016).

A relação poliafetiva em comento já era uma realidade social. *In casu*, o trio já se encontrava unido de forma pública, afetiva, duradoura, com intuito de constituição de família, circunstância que, por si só, já lhes garantiriam direitos de família.

Diante de tal contexto, o registro da união estável poliafetiva apenas declara direitos de família preexistentes, inexistindo qualquer argumento jurídico impeditivo para tal conformação familiar.

Seguindo a mesma perspectiva, foi formalizada a primeira união estável entre três mulheres, em 2015, pela tabeliã Fernanda de Freitas Leão, do 15º Ofício de Notas do Rio, localizado na Barra da Tijuca, que justifica:

> Não existe uma lei específica para esse trio, tampouco existe para o casal homoafetivo. Isso foi uma construção a partir da decisão do STF, que discriminou todo o fundamento e os princípios que reconheceram a união homoafetiva como digna de proteção jurídica. E qual foi essa base? O princípio da dignidade humana e de que o conceito de família é plural e aberto.

> Além disso, no civil, o que não está vedado, está permitido, explicou a tabeliã. (JUS BRASIL, 2016).

A esse respeito, manifestou-se o presidente do IBDFAM, Rodrigo Pereira:

> Essas três mulheres constituíram uma família. É diferente do que chamamos de família simultânea (casais homo ou heterossexuais). Há milhares de pessoas no Brasil que são casadas, mas têm outras famílias. Esses são núcleos familiares distintos. Essas uniões de três ou mais pessoas vivendo sob o mesmo teto nós estamos chamando de famílias poliafetivas (JUS BRASIL, 2016).

Certo é que para se resguardarem, além da união estável em si, as três mulheres fizeram testamentos patrimoniais e vitais, pois a próxima pretensão é gerar um filho por meio de inseminação artificial. Para tanto, a união civil poliafetiva foi acompanhada dos testamentos, que estabelecem a divisão de bens e, ainda, concedem às parceiras o poder de decisão em relação às questões médicas das três companheiras poli (JUS BRASIL, 2016).

Mostra-se urgente reconhecer direitos às famílias poliafetivas, segurança jurídica é o que se persegue. Não há como ignorar que, neste caso das três mulheres, por exemplo, o vínculo familiar trisal e a declaração de última vontade poderão ser discutidos no Judiciário, pelo argumento de inexistência de lei específica ou negação da entidade familiar.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias destaca a possibilidade da ocorrência da União Estável Poliafetiva alertando que a vã tentativa de alijar este tipo de relação do sistema jurídico não fará com que tais vínculos afetivos desapareçam da sociedade, uma vez que a existência dessas relações é um fato. A jurista arremata:

> Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido ou enriquecimento injustificável de um ou de mais de um frente aos outros partícipes da união. Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Sequer seria possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial (DIAS, 2016).

Incabível a negação de Direitos de Família aos núcleos conjugais poli, discriminando-os apenas em face da moral religiosa de parte população de um Estado Democrático de Direito laico. Moral e religião não podem atrapalhar a promoção da dignidade dos indivíduos que escolheram viver no âmbito de uma conjugalidade múltipla.

Seguindo essa perspectiva, uma vez notória a existência das famílias poliafetivas, cabe ao direito regulamentar seus efeitos jurídicos, principalmente, porque delas, na maioria das

vezes, sobrevém filhos, aquisição de patrimônio, enfim, direitos sucessórios, que não podem ser negados.

A propósito, esta pesquisadora, durante dois anos e meio, acompanhou uma família quatríade, de duas mulheres e dois homens, na qual as duas mulheres se encontram grávidas. A pretensão da família, além de todos os direitos já elencados, é de registrar a multiparentalidade dos filhos, ou seja, cada filho registrado com duas mães e dois pais. Todavia, não ignoram que as dificuldades serão muitas, ainda que o princípio do melhor interesse da criança fundamente a multiparentalidade, nesses casos.

Dar guarida jurídica à família poliafetiva é uma necessidade, sobretudo, como forma de reconhecer uma situação fática presente na atualidade. Conforme já frisado, a Constituição da República não hierarquizou um modelo de família em detrimento de outro, pelo contrário, reconheceu dignidade às pessoas qualquer organização familiar livremente escolhida.

Assim, levando a efeito a afetividade como elemento identificador da entidade familiar, descabe negar proteção jurídica às famílias provenientes da poliafetividade, sob pena de violação a dignidade dos seus membros e dos filhos porventura existentes, excluindo, com isso, todos os direitos no âmbito do direito de família e sucessório.

Por todo o exposto, considera-se viável a formalização da união civil poliafetiva, por meio de escritura pública, sendo o regime de bens decidido livremente entre aqueles previstos na lei civil - comunhão parcial, comunhão universal, separação de bens ou participação final dos aquestos.

Sendo a relação poliafetiva fundada no livre exercício da autonomia privada de seus membros, a escolha do regime de bens e as condições para uma eventual dissolução parcial em caso de dissidência, seriam apenas algumas cláusulas pré-determinadas.

A escritura pública de união estável poliafetiva, portanto, declara um vínculo familiar afetivo preexistente, garantindo segurança jurídica à conjugalidade múltipla.

4.4.2 Recente posicionamento do CNJ, em relação às escrituras públicas de união civil poliafetivas

Na contramão de tudo o que se defendeu neste estudo, a Corregedora-Geral de Justiça, Ministra Nancy Andrighi, em 13/04/2016, recomendou às serventias extrajudiciais de notas, que não realizem lavratura de novas escrituras declaratórias de uniões civis poliafetivas, até conclusão de pedido de providências instaurado sobre o tema no CNJ.

Em resistência as uniões poliafetivas registradas pelo Brasil afora, em janeiro de 2016, a Corregedoria Nacional de Justiça recebeu representação da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), pela qua, liminarmente, a entidade pediu a proibição de lavraturas de escrituras públicas de reconhecimento de uniões poliafetivas pelos cartórios de todo o país. No mérito, pugnou pela regulamentação da matéria.

A Associação Requerente argumentou que:

> foi noticiado, no Jornal Folha de São Paulo em 24/01/2016, "a lavratura de escrituras públicas de "uniões poliafetivas", em que foram outorgados e reciprocamente outorgantes um homem e duas mulheres, como também o foram três homens e duas mulheres, como, ainda, assim celebraram três mulheres" (Id 1914519).
> [...] que a atual tabeliã do 3º Tabelião de Notas da Comarca de São Vicente/SP, que também foi tabeliã do Cartório de Notas de Tupã/SP, afirmou "ter celebrado pelo menos oito escrituras de "união estável" entre três ou mais reciprocamente outorgantes e outorgados".

Assim, em face das notícias que revelaram registros de uniões estáveis entre três ou mais reciprocamente outorgantes e outorgados, a requerente sustentou a inconstitucionalidade da lavratura de escritura pública de união poliafetiva, fundamentando-se na falta de eficácia jurídica; na violação aos princípios familiares básicos, às regras constitucionais sobre família, à dignidade da pessoa humana; na violação das leis civis, da moral e bons costumes brasileiros.

A Associação de Direito de Família e Sucessões defende, ainda, que a expressão "união poliafetiva" é um engôdo, na medida em que se procura validar relacionamentos com formação poligâmica, sendo todas as tentativas de ampliação das entidades familiares para acolhimento da poligamia contrárias ao §3º do art. 226 da CR/88.

Diante de tais argumentos, requereu, liminarmente, a proibição da lavratura de escrituras públicas de "uniões poliafetivas" pelas serventias extrajudiciais do Brasil, e, no mérito, a regulamentação da questão pela Corregedoria Nacional de Justiça.

Em análise ao caso concreto, a ministra Nancy Andrighi, Corregedora Nacional de Justiça, decidiu:

> Relatado o processo, decide-se.
> Face aos elementos existentes nos autos, extrai-se a necessidade da prévia manifestação das Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo sobre os fatos e argumentos narrados na inicial.
> Forte nessas razões, DETERMINO a expedição de ofício às Corregedorias-Gerais da Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestem-se acerca dos fatos e fundamentos alegados na inicial, juntando aos autos documentação que porventura julgarem necessária.
> Intimem-se, ainda, as Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, para que informem às serventias extrajudiciais de Notas sob sua supervisão acerca da existência deste procedimento em tramitação na Corregedoria Nacional, e recomendem aos seus titulares que é conveniente aguardar a conclusão deste Pedido de Providências para lavrar novas escrituras declaratórias de "uniões poliafetivas".
> Intimem-se. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (CNJ. PP 1459-08.2016.2.00.0000. Relatora: Nancy Andrighi. Corregedora Nacional de Justiça. Brasília, 13 de abril de 2016)

A Ministra Relatora negou provimento à liminar, contudo, sugeriu aos cartórios que aguardassem a conclusão deste pedido de providências para lavrar novas escrituras declaratórias de uniões poliafetivas.

A Ministra Nancy Andrighi, em entrevista, esclareceu que não se trata de proibição, "essa é apenas uma sugestão aos tabelionatos, como medida de prudência, até que se discuta com profundidade esse tema tão complexo que extrapola os interesses das pessoas envolvidas na relação afetiva" (NOTÍCIAS CNJ, 2016).

Pois bem.

Como já se viu, exaustivamente, não há qualquer inconstitucionalidade na união civil poliafetiva, o registro em cartório representa apenas uma declaração de vontade que formaliza um núcleo afetivo existente faticamente, fundado no princípio da pluralidade familiar, isonomia, autonomia privada e no livre desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, no seio do vínculo familiar com múltiplos membros.

Espera-se, destarte, que o pedido de providência tenha o seu mérito rapidamente resolvido e que os direitos das famílias poliafetivas sejam, efetivamente, reconhecidos e garantidos pela sociedade.

O desafio da pós-modernidade é aprender a lidar com a democracia, pluralismo e instabilidade, de modo a respeitar a diversidade, sem obrigar o ser humano a viver conforme padrões previamente estereotipados.

Afinal, toda forma de afeto merece o respeito da sociedade.

4.5 A família poliafetiva e o casamento

Desmonstrada a viabilidade de formação da família poliafetiva, por meio de escritura pública de união estável, faz mister analisar a possibilidade de sua conversão em casamento.

Na realidade, discutir a possibilidade de casamento para as relações poliamorosas, após demonstrar a eficácia da união estável poliafetiva pode parecer inócuo, sobretudo, porque não há mais qualquer diferença na proteção que o Direito das Famílias confere à entidade familiar matrimonializada e à entidade familiar oriunda da união estável.

Tal ilação se relaciona com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário (RE) 878694 em que se discute a legitimidade do tratamento diferenciado dado a cônjuge e a companheiro, pelo artigo 1.790 do Código Civil, para fins de sucessão. No caso concreto, a decisão de primeira instância reconheceu ser a companheira de um homem falecido a herdeira universal dos bens do casal, dando tratamento igual ao instituto da união estável em relação ao casamento. O Tribunal de Justiça de Minas (TJ-MG), no entanto, reformou a decisão inicial, dando à mulher o direito a apenas um terço dos bens adquiridos de forma onerosa pelo casal, dividindo o restante com os três irmãos do falecido, por reconhecer a constitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02.

A defesa da viúva, por sua vez, interpôs recurso extraordinário ao Supremo, sob o argumento de que a Constituição Federal não diferenciou as famílias constituídas por união estável e por casamento, ficando certo que qualquer forma de constituição familiar tem a mesma proteção e garantia do Estado.

O relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, votou pela procedência do recurso, sugerindo que “no sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002” (BARROSO, 2016). Barroso ressaltou que, por meio das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, o legislador brasileiro estendeu aos companheiros os mesmos direitos do cônjuge, ou seja, com base no entendimento constitucional, ambos merecem a mesma proteção legal com relação aos direitos sucessórios.

Conquanto tenha sido suspenso o julgamento em agosto de 2016, pelo pedido de vista do ministro Dias Toffoli, acompanharam o relator os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, ou seja, a maioria já decidiu pela igualdade de direitos entre cônjuge e companheiro.

Diante de tal julgamento, ambas as entidades relacionais – casamento e união estável - são formadas por pessoas titulares dos mesmos direitos individuais e fundamentais, motivo

pelo qual não faz sentido tratá-los com diferença. Não se pode olvidar que o Estado deve tutelar os integrantes da família e não a sua conformação em si mesma.

Desse modo, o Poder Público deve garantir especial proteção a toda e qualquer espécie de família que apresenta como elemento propulsor o afeto, e não apenas aquelas consideradas instrumento de promoção dos padrões relacionais idealizados pela maioria da sociedade.

Nessa toada, entende-se plenamente possível um único casamento com múltiplas pessoas, desde que não haja vínculo matrimonial anterior válido, a fim de não se configurar o crime de bigamia.

Assim, resta à família poliafetiva a opção de se casar, ou se unir estavelmente, ou até mesmo, converter a união estável em casamento. Sobre este último, Cristiano Chaves e Rosenvald afirmam que "ao determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, o constituinte apenas tornou menos solene e complexo o matrimônio daqueles indivíduos que, em momento anterior, já conviviam maritalmente" (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 508).

Com efeito, a conversão da união estável em casamento tem sido entendida como sendo um conjunto de documentos que se presta apenas a formalizar o respeito e o afeto existente entre pessoas que vivem como se casados fossem.

A Constituição da República de 1988, com o intuito de promover a dignidade de seus administrados, impôs ao Estado a facilitação da conversão dessa organização familiar em casamento, valorizando a afetividade em detrimento das formalidades.

O casamento que antes era limitado aos casais heteroafetivos, hoje, já abarca os homoafetivos, sendo certo que os princípios constitucionais da pluralidade familiar, autonomia privada e isonomia são bastante para autorizar que a família poliafetiva também seja constituída por meio do casamento direto ou por conversão. Mais uma vez, percebe-se a influência da autodeterminação afetiva na formulação da disposição constitucional.

Conforme já dito, não se pode ignorar a realidade social. Mister afastar do Direito das Famílias, a moral, a religião e a hipocrisia, com o intuito de reconhecer direitos aos núcleos poliafetivos, tratando desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

Em última análise, o princípio da dignidade da pessoa humana denota igual dignidade para as pessoas, encontrando-se diretamente ligado a "legitimação social" de toda e qualquer espécie de família afetiva. "Representa, ainda, a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos" (PEREIRA, 2013b, p. 121).

Portanto, compete ao Estado garantir o direito fundamental das pessoas de formar uma família poliafetiva, seja pela união estável ou casamento, de modo a respeitar a liberdade e autodeterminação afetiva de seus membros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como propósito demonstrar a possibilidade de reconhecimento jurídico da família poliafetiva no Brasil, por meio da interpretação civil-constitucional do ordenamento jurídico vigente.

A importância deste estudo se evidencia, sobretudo, porque se defende a visibilização social dos vínculos de convivência com múltiplos membros, cujos direitos se encontram à margem de proteção estatal, segregados pelo preconceito religioso e discriminação social.

A relação poliafetiva se destacou na sociedade e no direito brasileiro quando se publicizou a formalização, no ano de 2012, de uma união trisal, por meio da lavratura de uma escritura pública declaratória de união estável, na cidade de Tupã, interior de São Paulo, pela qual os integrantes buscavam garantir direitos de família a duas mulheres e um homem, que já vivam juntos há algum tempo.

A família é base da sociedade, tudo começa e termina, em seu âmbito. Por ser a instituição jurídica mais próxima da natureza humana, núcleo básico estruturante de qualquer sociedade, transmuda-se, constantemente, de acordo com os instintos e interesses das pessoas que a compõem.

Seguindo essa perspectativa, não se mostra viável negar direitos fundamentais a sujeitos que constituem arranjos familiares fundados no afeto, no respeito mútuo, na confiança, na honestidade e na solidariedade. Os vínculos familiares poliamoristas apresentam repercussões jurídicas que não podem ser ignoradas pela comunidade do direito, as normas jurídicas devem ser interpretadas de modo a assegurar uma vida digna.

O instituto da família sofreu drásticas alterações em sua essência teleológica, nos últimos anos, e, para evidenciar o relevante processo de transformação, pelo qual passa o Direito das Famílias, evidenciou-se, inicialmente, a influência histórico-social-econômica sofrida pela família, desde os primórdios até os tempos pós-modernos. Pretendia-se verificar a origem da monogamia, a fim de desconstruir a tão defendida normatização.

Verificou-se que, no século XXI, a família recebe a denominação de pós-moderna, igualitária, democrática, pluralista, principalmente, em decorrência da valorização da pessoa humana, circunstância que permitiu o surgimento de arranjos alternativos de convivência em busca da felicidade.

Contudo, o caminho até esta realidade não foi simples. Demonstrou-se, no segundo capítulo, que a estrutura familiar passou por profundas transformações ao longo do tempo. Da

família romana, percebeu-se a autoridade presente no *pater familias*, tendo como ponto forte à submissão da esposa e dos filhos ao pai. Da família medieval, emergiu o caráter sacramental do casamento. Na Idade Moderna, o amor individual sugeria o casamento por amor, amor-paixão, com predomínio do erotismo na relação conjugal. Na pós-moderna, por fim, perpetuou-se a valorização da dignidade humana e as pessoas passam a formar família não mais por questões econômicas, mas sim por vontade livre, afeto e solidariedade.

Foram narrados diversos aspectos políticos, econômicos, tecnológicos e sociais, que abalaram, profundamente, a estrutura da família tradicional e patrimonial, restando patente a mudança de concepção, na qual o ser humano deixou de ser um simples objeto reprodutivo e econômico do Estado, para ser considerado sujeito de direito, que possui desejos tuteláveis, no âmbito familiar. Rastreando os anseios sociais, a Constituição da República de 1988 implantou um modelo plural, igualitário e a estrutura patriarcal se sucumbiu à família eudemonista, isonômica, solidária e afetiva, voltada para a proteção da pessoa humana. Com isso, a entidade familiar se transforma em instrumento de realização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes.

A despeito dos novos ares de inclusão eudemonista, as mudanças reclamadas pela sociedade não têm sido aceitas com facilidade. Os hodiernos modelos de família têm contado com a resistência daqueles que pretendem conservar os traços típicos da família anterior, quais sejam: o de controlar a sexualidade alheia e de preservar as instituições tradicionais – as relações heterossexuais monogâmicas.

Seguindo a linha conservadora, ainda se presencia operadores do direito ignorando a compreensão constitucionalizada do Direito das Famílias, exclusivamente, para fazer valer leis que restringem direitos individuais alheios, contudo, atendem à moral e religião próprias. Exemplo vivo de intervenção ilícita do Estado, na família, é o Projeto de Lei do Estatuto da Família – PL 6.583/2013, que limita o conceito de família às famílias monoparentais e às uniões monogâmicas entre homem e mulher, formadas pelo casamento e união estável, excluindo a maioria das espécies familiares existentes. Se tal aberração for aprovada, ficarão sem proteção jurídica as uniões constituídas por pessoas do mesmo sexo, as famílias anaparentais, adotivas, sobretudo, nesta última, porque ao empregar o termo “descendente”, o PL se refere unicamente a parentalidade biológica.

Não há como concordar com tal situação. O Estado não pode impor à sociedade uma única conformação familiar, entre homem e mulher, ignorando a hermenêutica constitucional inclusiva e eudemonista. O direito não pode se prestar a chancelar injustiças.

Historicamente, tem-se acompanhado o preconceito e a discriminação sofrida pelos arranjos familiares não tradicionais, retrato disso, são as famílias homoafetivas, que, por muito tempo, foram ignoradas pelos juristas ou tratadas como sociedade de fato – uma sociedade informal, sem qualquer dignidade.

Apenas, em 5 de maio de 2011, depois de recorrentes idas e vindas ao Judiciário, que sobreveio o reconhecimento da tutela do Direito das Famílias, ocasião em que o Brasil vivenciou um momento histórico, o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal. A partir daí a União Homoafetiva - formada por pessoas do mesmo sexo – foi, finalmente, reconhecida como uma entidade familiar, passando a ser possuidora de todos os direitos e deveres equiparados à união estável entre homem e mulher, consagrada no art. 226, §3º da Constituição da República Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Assim, é possível perceber que o legislador brasileiro, em face de preconceitos morais e religiosos, postergou ao máximo o trato do tema, tendo sido necessária à intervenção jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, para fazer valer o direito individual das pessoas do mesmo sexo de formarem livremente a sua família, garantia constitucional conquistada a duras penas, ameaçada, agora, pelo teor do PL 6.583/2013.

O projeto de lei do Estatuto da Família - PL 6.583/2013, destarte, se mostra uma clara reação preconceituosa do legislador contra a decisão judicial do STF, que reconheceu direitos individuais aos atores da família homoafetiva, em face da isonomia familiar. Tal projeto excludente nasceu dois anos depois da declaração de existência da união estável homoafetiva pela Corte Suprema do Brasil, constituindo-se clara afronta aos princípios constitucionais da dignidade humana, autonomia privada e pluralidade familiar, atraindo para a democracia pátria um retrocesso imensurável, que extinguiria o princípio da isonomia das famílias e motivaria a discriminação, sobretudo, por reservar benefícios para uns e segregar outros grupos familiares já existentes na sociedade, deixando-os a margem de regulamentação.

Afora isso, a incidência do princípio constitucional do não retrocesso social não valida o teor deste estranho projeto de lei, pois, se aprovado, o estatuto também teria como consequência a anulação de milhares de casamentos e uniões não previstas em lei, mas já reconhecidas pela Justiça, relegando as famílias homoafetivas, anaparentais, poliafetivas, dentre outras, já consagradas no meio social.

Não há como ficar inerte diante de tal ameaça, a isonomia familiar de direitos e deveres é uma conquista sem retorno. A inconstitucionalidade do PL 6.583/2013 se mostra gritante e precisa ser suscitada pela sociedade, sobretudo, porque os indivíduos que não pertencentes às “classes” protegidas pela nova lei, seriam excluídos e teriam tratamento

menos favorecido pelo simples fato de fazerem parte de uma minoria vulnerável aos olhos do legislador moral e religioso.

Inadmissível em um Estado laico, negar direitos fundamentais, em prol de uma moral religiosa, há tempos afastada do Estado Democrático de Direito.

Diante do cenário da pluralidade familiar, não pode o legislador retroceder, a fim de regular uma realidade ultrapassada, retrograda, preconceituosa, discriminatória e intolerante. A abordagem desse tema merece atenção da sociedade, devendo passar por uma discussão política, mas, principalmente, por uma análise jurídica que venha defender os direitos de todos os cidadãos, sem distinção gênero, credo ou religião.

A dificuldade de aceitação da família homoafetiva muito se parece com a saga vivida pela família poliafetiva, objeto deste estudo.

Conforme foi demonstrado, classificada como um novo fenômeno social, a família poliafetiva se caracteriza pelo vínculo jurídico conjugal não-monogâmico, pautado pela honestidade, transparência, solidariedade e afeto, em que três ou mais pessoas se juntam com o objetivo de construir família.

O assunto poliamor é árduo, mas a invisibilidade social não só atrasa a construção do bom direito, como, principalmente, exclui as garantias individuais dos integrantes da família poliafetiva, que se encontram no limbo jurídico, apenas pelo fato de incomodarem diretamente a moral e religião de parte do meio social.

Apresentou-se, nesse contexto, a filosofia do poliamor, sua origem e disseminação na década de 90, fenômeno pelo qual se permite uma relação com vários amores, ou seja, aceita a ideia de que uma pessoa pode amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Tratou-se do tema sob o prisma sociológico, da psicanálise e do direito, trabalhando com dados de trabalhos sociológicos para demonstrar o surgimento do poliamor, como uma reação às imposições históricas à sexualidade humana; perpassou-se pela psicanálise, com o objetivo de compreender o homem como sujeito de desejos que merece liberdade de escolha da sua própria família; por fim, cuidou-se dos efeitos jurídicos do poliamor que se transformou em poliafetividade – a família poliafetiva.

Importa esclarecer que nem toda relação de poliamor é família.

O Poliamor, nesse estudo, foi comprendido como sendo um relacionamento não monogâmico, em que três ou mais pessoas convivem amorosamente, de forma simultânea, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, tendo por base a lealdade, a honestidade, o amor e a ética (a boa-fé-objetiva). Há várias espécies de poliamor aberto e fechado, com objetivo sexual, assexual e familiar.

A poliafetividade, por seu turno, decorre da relação de conjugalidade poliamorista qualificada pelo objetivo claro de constituição de família, ou seja, relaciona-se com a entidade familiar formada de três ou mais pessoas, que manifestam livremente a sua vontade de constituir família, partilhando objetivos comuns, fundados na afetividade, boa-fé e solidariedade.

As definições expostas ensejam a conclusão de que nem toda relação de poliamor será apta a legitimar a constituição de uma família, por faltar-lhe a poliafetividade.

A poliafetividade, portanto, seria o importante elemento de constituição do vínculo convivencial não monogâmico.

Para embasar o reconhecimento jurídico da família poliafetiva, trabalhou-se a força normativa dos princípios da dignidade humana, da autonomia privada e da pluralidade familiar, os quais, *per si*, permitiriam a livre escolha da família que melhor corresponda ao indivíduo. Discorreu-se sobre o princípio constitucional do não retrocesso social, o qual, se analisado de forma ampla, veda a supressão ou a redução de direitos individuais fundamentais já conquistados, tais como a livre possibilidade de constituição familiar.

Além disso, restou evidente que pelo princípio da intervenção mínima do Estado, a atuação estatal, no âmbito da família, somente seria justificável para garantir a liberdade de autodeterminação dos entes da família, ou para buscar direitos fundamentais negados pelo Estado ou pelo particular. Filia-se à noção de que não cabe ao Estado escolher qual espécie de família merece proteção, segregando vínculos sociais já existentes.

Na sequência do estudo, demonstrou-se que, não obstante a afetividade seja reconhecida como elemento conformador dos vínculos contemporâneos, a família de múltiplos membros tem sido discriminada, principalmente, por aqueles que enaltecem a monogamia como um princípio obrigatório estruturante das relações familiares.

Não se concorda, contudo, com tal posicionamento. Conquanto a prática da monogamia ainda seja comum, não pode ser considerada como o único formato de constituição familiar da pós-modernidade, sendo o poliamor, dentre as possibilidades de transformação da intimidade, apenas uma das alternativas.

Em face de tal problemática, investigou-se a natureza jurídica da monogamia – princípio ou valor - concluindo-se pela tese de que a monogamia não se sustentaria como princípio estruturante do Direito das Famílias, sobretudo, por não ser considerada um “dever ser” imposto pelo Estado a todas as relações familiares.

Princípios são normas jurídicas que estabelecem estados ideais e objetivos a ser atingidos, seguindo essa linha, não há como entender que a monogamia seja um ideal obrigatório a todas as entidades familiares, tal imposição contrária a hermenêutica constitucional da pluralidade familiar, autonomia privada, ferindo de morte, a promoção da dignidade humana.

Ademais, classificar a monogamia como princípio implicaria em afirmar que a busca da felicidade conjugal só seria possível a dois. Ora, não há nada mais autoritário e intolerante do que tal afirmação, afinal, cada ser humano é único, detentor de subjetividade e individualidade constitucionalmente reconhecida, em pleno século XXI, se mostra inadimissível determinar o modo de viver de uma pessoa com base em padrões desejados pela maioria.

Somando-se a isso, descortinou-se que a monogamia não é, nem nunca foi, o único formato de família disponível na sociedade, os relacionamentos plurais não são novidade na história. A partir do estudo da evolução da família, percebeu-se que o relacionamento não monogâmico teve lugar nos primeiros agrupamentos humanos dos povos primitivos descritos por Engels.

Para enfrentar o fetiche da monogamia, o estudo histórico, muito relacionado com as conclusões de Engels, foi importante para evidenciar que se partiu do estado de promiscuidade, onde todos os homens se relacionavem livremente com todas as mulheres para uma longa fase de controle da sexualidade, sobretudo, da mulher.

A monogamia surgiu, inclusive, como instrumento de controle social, objetivando, sobretudo, a procriação, a garantia de paternidade incontestável, ditando, ainda, os efeitos sucessórios destinados aos filhos legítimos.

A monogamia, portanto, não nasceu do amor, mas sim da submissão de um sexo ao outro, estimulando-se, assim, um conflito entre os sexos, até então desconhecido.

Vale frisar que a monogamia era uma regra exclusiva para a mulher, o homem nunca foi monogâmico. Segundo Engels, o heterismo – as relações extraconjugais – sempre fizeram parte da história. A família monogâmica, na realidade, revestiu-se de disparidade de direitos entre homens e mulheres, a infidelidade era consentida apenas aos homens, ao passo que a mulher cabia rigorosa castidade.

Por todas estas circunstâncias, concluiu-se que a monogamia se refere a uma característica histórico-sociológica, reconhecida como padrão de conduta médio da família ocidental, uma forma de relacionamento, que propiciou a primeira opressão de classes da história, a opressão do sexo feminino pelo masculino, sendo obrigatória apenas para a mulher.

A monogamia também foi reforçada pelos preceitos da Igreja, que pretendia impor a moral religiosa, controlando, ao mesmo tempo, o patrimônio das famílias.

Diante de tal cenário, inobstante a sua inequívoca inserção histórico-sociológica como dado de longa duração, a monogamia não se sustenta como princípio estruturante da família, haja vista que tal imposição serviria de instrumento de exclusão de novos arranjos familiares, obstando o direito individual de formar livremente uma família afetiva.

Nesse passo, desenvolveu-se o conceito de que a monogamia seria um estilo de vida, um valor que cabe juízo de qualidade de ser uma boa ou péssima opção de modo de viver, uma livre condição daquele indivíduo que se relaciona com apenas um parceiro.

A família não monogâmica, por fugir do tradicional tem gerado repulsa aos mais religiosos e conservadores. Todavia, em um país laico como o Brasil, não há como condenar os grupos poliafetivos à invisibilidade, somente porque a religião de alguns não concebe a evolução da humanidade.

Não há embasamento jurídico, portanto, para elevar a monogamia ao *status* de princípio constitucional, simplesmente, para deixar de emprestar efeitos jurídicos aos novos arranjos familiares poliafetivos. As famílias poliafetivas existem e não podem ser deixados à margem de proteção por parte do Estado.

Vive-se em um mundo complexo e plural, onde cada um é feliz à sua maneira, cada um tem seu ponto de vista, cada pessoa tem a sua opinião. A pós-modernidade é marcada pela liberdade, mas também pela intolerância e discriminação.

Nesse sentido, identificou-se o “pânico moral” em relação às famílias poliafetivas, especialmente, por serem estas ameaças aos valores monogâmicos já consagrados e a ordem estereotipada pela mídia de massa, apoiada pelo Estado e, consequentemente, por seu aparato judicial.

Todavia, o fenômeno do “pânico moral” se mostra perigoso, pois a necessidade de afirmação de valores tradicionais e superados pela sociedade tem negado a noção da família plural, afetiva e instrumental, voltada ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem, independentemente de seu modo de constituição.

Diante da ótica humanista constitucional, não se mostra admissível o repúdio aos arranjos não monogâmicos apenas pelo fundamento em valores morais e religiosos. A monogamia é mero valor referência de algumas modalidades familiares já amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, uma livre condição de vida que não se mostra empecilho ao reconhecimento da família poliafetiva.

O “pânico moral”, pois, deve ser combatido e o fato de alguns condenarem o estilo de vida de outros, não se mostra suficiente para negar-lhes direitos individuais de livre constituição de família, devendo ser considerado a individualidade do ser humano, que não segue a monogamia como modelo de felicidade.

Em suma, demonstrou-se que o relacionamento de conjugalidade poliafetiva tem como objetivo a formação de uma única entidade familiar, composta de múltiplas relações afetivas, permeada pelo envolvimento simultâneo e profundo de mais de duas pessoas.

Em outras palavras, três ou mais companheiros que mantém um relacionamento poliafetivo formam uma família como outra qualquer, morando sob o mesmo teto, com filhos ou não, cachorro, passarinho, enfim, nítido objetivo de formação de família – *affectio maritalis*.

Assim, ficou claro que reconhecer a família poliafetiva é medida necessária, sobretudo, com fundamento na cláusula familiar inclusiva, disposta no art. 226 da CR/88, a qual permite a formação de novos arranjos, que contenham a afetividade e solidariedade como seus elementos propulsores. Evidenciou-se, ao longo deste estudo, que não há qualquer prejuízo em conceder direitos das famílias àqueles que têm em seu coração lugar para mais de um amor.

A negação da poliafetividade implica, essencialmente, na adoção da monogamia como única prática relacional admitida pelo Direito o que, em última análise, denotaria a interferência estatal na autonomia privada dos indivíduos.

Contudo, por aplicação do princípio da intervenção estatal mínima nas relações familiares, cumpre ao Estado garantir um espaço juridicamente seguro, para que os membros da família afetiva alcancem sua própria felicidade, seja por intermédio da monogamia, da poliafetividade ou de qualquer outro modelo de relacionamento íntimo existente.

Levando a efeito que o principal objetivo da família é dar suporte emocional aos indivíduos, como um instrumento de livre desenvolvimento dos seus membros, a simples aplicação dos princípios da autonomia privada, dignidade da pessoa humana, pluralidade de entidades familiares é suficiente para legitimar o reconhecimento jurídico das famílias poliafetivas.

Admitida a monogamia como um valor incapaz de obstar a formação de uma família, defendeu-se, em seguida, a interpretação da norma civil, conforme a Constituição, de modo a viabilizar a escritura pública de União Estável Poliafetiva.

Tal interpretação constitucional das normas civis implicaria em flexibilizar os requisitos previstos no art. 1723 do CC/02, sendo necessário apenas identificar ânimo de constituir família, a afetividade, a estabilidade; a continuidade e a publicidade do vínculo.

O STF, atendendo aos anseios sociais, já havia excluído qualquer significado discriminatório ou impeditivo em relação ao reconhecimento da família homoafetiva e poliafetiva, quando excluiu o pressuposto da diversidade de sexos para a configuração da união estável.

Da mesma forma, o impedimento de "pessoa casada", constante no art. 1.723, §1º do Código Civil, não obsta a formação de uma família, prova disso, são os inúmeros núcleos familiares simultâneos existentes na pós-modernidade, os quais são tidos, nesse estudo, como entidades familiares.

Por todos esses argumentos, a convivência pública, contínua e duradoura de múltiplos parceiros, fundada na afetividade e no *animus* de constituir família, é passível de registro público, na forma de União Estável Poliafetiva, sendo inadmissível qualquer proibição estatal nesse sentido.

Com efeito, a união estável vem se mostrando um instituto em constante evolução, e, nessa perspectiva, pretendeu-se a aplicação da operabilidade da norma jurídica aos anseios de quem realmente necessita, ainda que uma minoria. Vale rememorar que o Código Civil de 2.002 é regido pela Operabilidade, Eticidade, Sociabilidade.

Logo, a interpretação e a aplicação da lei civil devem estar, necessariamente, em consonância com os princípios contemporâneos do Direito das Famílias, especialmente, porque estes não só afastam as antinomias existentes, como também suprimem as lacunas, permitindo uma aplicação justa do Direito.

Não há como ignorar que a Constituição da República de 1988 estabeleceu a pluralidade familiar, sem qualquer menção a hierarquia entre os modelos institucionalizados, determinando a promoção da dignidade de cada um de seus membros, independente do meio o qual estejam inseridos. Diante de tal realidade, os membros família matrimonializada, monoparental e oriunda da união estável hetero e homoafetiva titularizam os mesmos direitos fundamentais que àqueles da família poliafetiva, razão porque não se mostra possível discriminá-los, negando-lhes tutela e proteção.

Defende-se, destarte, uma interpretação sensível da norma jurídica, orientada pela hermenêutica constitucional brasileira. Parafraseando Bittar, justiça e direito não são termos excludentes, mas sim, carentes entre si. Nesse sentido, enxergar o direito na sua singularidade é o principal desafio do jurista, na pós-modernidade.

A sociedade pugna pela aplicação e concretização do direito, de forma dinâmica, sem medos, sem preconceitos sociais e religiosos. Seguindo essa lógica, mostra-se plenamente possível a extensão dos direitos da união estável - art. 1.723 do CC/02, às famílias poliafetivas, de modo a assegurar a concretização do direito fundamental de livre de constituição de família, espaço de autodeterminação protegido pela cláusula de inclusão eudemonista.

Afora isso, cogitou-se também a hipótese do casamento como possibilidade para conformação da família poliafetiva, baseando-se, principalmente, na igualdade de direitos entre cônjuge e companheiro definida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 878694, em que se discute a legitimidade do tratamento diferenciado dado a cônjuge e a companheiro, pelo artigo 1.790 do CC/02, para fins de sucessão. No caso concreto, o relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, votou pela procedência do recurso, sugerindo que, por meio das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, o legislador brasileiro estendeu aos companheiros os mesmos direitos do cônjuge. Com base no entendimento constitucional, ambos merecem a mesma proteção legal com relação aos direitos sucessórios.

Conquanto tenha sido suspenso o julgamento em agosto de 2016, pelo pedido de vista do ministro Dias Toffoli, acompanharam o relator os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, ou seja, a maioria já decidiu pela igualdade de direitos entre cônjuge e companheiro.

Assim, tem-se por viável a ocorrência de um único casamento com múltiplas pessoas, desde que não haja vínculo matrimonial anterior válido, a fim de não se configurar o crime de bigamia. Deve ser considerado que ambas as entidades relacionais – casamento e união estável - são formadas por pessoas titulares dos mesmos direitos individuais e fundamentais, não fazendo qualquer sentido tratá-los com diferença.

Diante dos argumentos expendidos, resta ao Poder Público garantir especial proteção a toda e qualquer espécie de família que apresenta como elemento propulsor o afeto, e não apenas aquelas consideradas instrumento de promoção dos padrões relacionais idealizados pela maioria da sociedade. Conforme já frisado, o Estado deve tutelar os integrantes da família e não a sua conformação em si mesma.

Assim, resta à família poliafetiva a opção de se casar, ou se unir estavelmente, ou até mesmo, converter a união estável em casamento. A evolução da sociedade é inevitável e o direito não pode ignorar os interesses da minoria, afinal, toda a forma de afeto merece proteção do direito e não somente o afeto monogâmico.

Faz-se mister, portanto, interpretar a lei civil conforme a hermenêutica constitucional, de modo a promover a dignidade humana dos cidadãos que optam pela convivência não monogâmica.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRAHÃO, N. **Nossos símbolos.** Poliamores. Out. 2010. Disponível em: http://poliamores.blogspot.com.br/2010/06/nossos-simbolos.html. Acesso em 02 set 2016.

ALBUQUERQUE, Rachel. **O que moldou as famílias portuguesas desde 1864**. 2013. Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/estado-civil-os-numeros-dosultimos-147-anos-1584148?page=3#follow>. Acesso em: 21 set 2016.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord.); MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). **História da vida privada:**cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras,1997.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil:** famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da pessoa dignidade humana:** o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Jonas Figueiredo Alves. Abuso de direito no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família e dignidade humana**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A função social da família**. *In*: Revista IOB de direito de Família n. 39. Porto Alegre: Síntese, 2007.

AMARAL, Francisco. A eqüidade no Código Civil. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197-208.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANAPOL, Débora. **Polyamory:** The New Love without Limits. San Rafael, CA: IntiNet Resource Center, 1997.

ANAPOL, Débora. **Polyamory in the twenty-first century:** Love and intimacy with multiple partners. Lanham CA: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

ANDRADE, A. L. & Garcia, A. Atitudes e Crenças sobre o Amor: Versão Brasileira da Escala de Estilos de Amor. **Interpersona:** An International Journal on Personal Relationships, 3, 89 -102, 2009.

ANDRADE, André Gustavo de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Revista de Direito do Tribunal de Justiça**, Rio de Janeiro, n. 58, p. 35-39, jan./mar. 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978.

ARIÈS, Phillipe e DUBY, Georges. **História da Vida Privada**. v. 1: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 43-44.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 30.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

AZEVEDO, Àlvaro Villaça. **Estatuto de família de fato**. 2 ed. São Paulo: Ed. Jurídica Atlas, 2002.

BACH, J. Marcos. **O futuro da família:** tendências e perspectivas. Petrópolis: Vozes, 1983.

BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **The myth of monogamy:** fidelity and infidelity in animals and people. Nova Iorque: Henry Holt and Company, 2001.

BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **O mito da monogamia**. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARKER, Meg; LANGDRIDGE, Darren. Whatever happened to non-monogamies? Critical reflections on recent research and theory. **Sexualities**. Londres. v. 13. n. 6. p. 748-772. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>. Acesso em: 24 ago 2016.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003, p. 143-154.

BAUMAN, Zigmunt. **Amor Líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Título original: Liquid Love (on the Frailty of Human Bonds). Tradução e edição brasileira, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004.

BEMPARANÁ. **Poliamoristas dividem amor entre vários sem culpa**. Disponível em: http://www.bemparana.com.br/noticia/41655/poliamoristas-dividem-amor-entre-varios-sem-culpa. Acesso em 23 out. 2016.

BRANDALISE, Camila; ROCHA. **Será o fim do tabu da monogamia?** Disponível em: <http://istoe.com.br/380010_SERA+O+FIM+DO+TABU+DA+MONOGAMIA+/>. Acesso em 23 out. 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista sequência**. n. 57. p. 131-152. dez. 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade** (e reflexões Frankfurtianas). 2 ed. Revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BITTENCOURT. Edgard de Moura. **Concubinato.** 2ª ed. São Paulo: LEUD, 1980**.**

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, São Paulo: Campus, 1992.

BRANDALISE, Camila; ROCHA, Paula. **Será o fim do tabu da monogamia?** Revista IstoÉ. n. 2336, 29/08/2014. . Disponível em: <http://istoe.com.br/380010_SERA+O+FIM+DO+TABU+DA+MONOGAMIA+/>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRANDON, Marianne. **Monogamy:** the untold story. Santa Barbara: CA: Praeger, 2010

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 9, de 26 de junho de 1977.** Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/ constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010.** Dá nova redação ao do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/EMC/emc66.htm>. Acesso em: 02 ago 2016.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/200 6/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>. Acesso em: 03 jul 2016.

BRASIL. **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada (Estatuto da Mulher Casada). Disponível em: <http://www. dji.com.br/leis_ordinarias/1962-004121-emc/4121-62.html>. Acesso em: 07 jul 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 jun 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>. Acesso em: 02 mai 2016.

BRASIL. **Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal**, de 03 de abril de 1964. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro** – Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e extravagante. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. **Novo Código Civil:** Lei 10.406, de 10-01-2002. Curitiba: Juruá, 2002.

BRASIL. TJ/RS. 7ª Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70005246897**. Rel.: José Carlos Teixeira Giorgis. DJ 12/03/2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?código=99392&ano=2002>. Acesso em: 29 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1157273 / RN. Rel. Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. **DJe**: 07 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 07 jun. 2016.

BOURDIEU, Pierre. **A propos de la famille comme catégorie réalisée**. Persée Revues Scientifiques, v. 100, p. 32-36, 1993.

BURGUIÈRE, André e LEBRUN, François. As mil e uma famílias da Europa, in BURGUIÈRE, André e SEGALEN, Martine et al. (orgs.), **História da família**. vols. 3 e 4, Lisboa, Terramar, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família.** Recife: Ramiro M. Costa, 1986.

BURGUIÈRE, André e SEGALEN, Martine et al. (orgs.). **História da família**. Lisboa, Terramar, 1998.

CAENEGEM, Raoul C. Van. **Uma introdução histórica ao Direito Privado**. Tradução: Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 8ª ed., São Paulo: RT, 1995.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem**. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, R. F. **Ética Contemporânea**: os anos 60 e o projeto da psicologia humanista. EPITEMO-SOMÁTICA, 3, p. 242-260, 2006.

CARDOSO, Daniel. **Amando vári@s** – Individualização, redes, ética e poliamor. Tese (mestrado em ciências da comunicação), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade de Lisboa, 2010.

CARVALHO, Juliana Gomes de. **Sociedade de Afeto**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=367>. Acesso: 01 mar 2016.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Em: A era da informação: economia, sociedade e cultura. Vol. 02. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt. Editora Paz e Terra, São Paulo, 2010.

CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3092, 19 dez. 2011. Dispon'vel em: <http://jus.com.br/artigos/20672>. Acesso em: 08 jul 2016.

CHAVES, Marianna. **Uniões Paralelas**. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/artigos/495/Fam%C3%ADlias+Paralelas%22>. Acesso em: 31 jun 2016.

COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de direito privado.** Belo Horizonte: Líder, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8 ed. Editora Saraiva: Saão Paulo, 2013.

CONRAD, Philippe. História da Reconquista. Sintra: Publicações Europa - América, 2003.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**. Ijuí: Unijuí. 1999.

CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei:** o discurso antecede à história. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O Direito de Família no Projeto do Código Civil, In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA, Amaury de Almeida. O que é felicidade? Disponível em < http://www.o-que-e.com/o-que-e-felicidade/>. Acesso em 11 set 2016.

COSTA, Gley P. **O amor e seus labirintos**. Porto Alegre: Artmed, 2007. Livro Eletrônico.

COSTA, Iraci del Nero da. **A estrutura familial e domiciliar em Vila Rica no alvorecer do século XIX**. Revista da IEB, nº 79, 1971.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese n. 32, p. 20- 39, out. e nov. de 2005.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

CRETELLA JR, José. **Curso de Direito Romano**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRISAFULLI, Pedro Henrique de Assis. **O direito de família e a filosofia eudemonista**. Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Barbacena, 2011. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/viewFile/912/888.> Acesso em 11 set 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.
DANTAS, San Tiago. **Direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. atual. Por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro. Forense, 1991.

DANTAS, San Tiago. Rui Barbosa e o Código Civil, in San Tiago Dantas. **Dois momentos de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1949.

DIAS, Maria Berenice. **EC 66/10 – e agora?** *In*: IBDFAM – Instituto brasileiro de direito de família. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br >. Acesso em: 04 set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade .** O que diz a Justiça!: as pioneiras decis›es do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**.4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**.11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **O direito à felicidade**. Disponível em:< http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_direito_%E0_felicidade.pdf>. Acesso em 11 out 2016.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo código civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Poliafetividade, alguém duvida que existe?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_552)poliafetividade.pdf> Acesso em: 19 out 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional brasileira em frente aos casamentos homossexuais e poligâmicos. In: **Família e jurisdição** II. BASTOS, Eliane Ferreira; FERNANDADES DA LUZ, Antônio.(coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DONADEL, Adriane. Efeitos da Constitucionalização de Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). **Tendências constitucionais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

EASTON, Dossie; HARDY, Janet W. **The ethical slut: a practical guide to polyamory, open relationships and other adventures**. 2. ed. New York: Celestial Arts, 2009.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da família, da propriedade Privada e do Estado: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan**. 16. ed. Rio de janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Ed. Civilização Brasileira, RJ, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família***:* Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 p.11.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro:Renovar, 2003

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio:** Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Família.Vol. 06. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERES - CARNEIRO, T. Arranjos amorosos contemporâneos: Sexualidade, fidelidade e dinheiro na vivência da conjugalidade. In T. Feres Carneiro (Org.), **Casal e família:** Conjugalidade, parentalidade e psicoterapia, 83 - 107. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos:** pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**, São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Jussara; RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaico. In: **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de direito de família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). São Paulo: IOB Thomson, 2006.

FERREIRA, N. M. **Paz e Amor na Era de Aquário**: A Contracultura nos Estados Unidos. Cadernos de Pesquisa do CDHIS, 33, 68 – 74, 2005.

FILARDI, Luiz Antônio. **Curso de Direito Romano**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

FISHER, Helen E. **Anatomía del amor**: historia natural de la monogamia, el adulterio y el divorcio. Tradução de Alicia Plante. Barcelona: Editorial Anagrama, 1992.

FISHER, Helen E. The new monogamy to the past. **The futurist**. Bethesda. v. 44. n. 6. p. 26-28. nov./dez. 2010.

FIUZA, César. **Direito civil – curso completo**. 12. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIÚZA, CESAR; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o Direito Fundamental à família. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 151 - 180, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730 >. Acesso em 12 out 2016.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade** - Vol. l- "A vontade de Saber". Rio de Janeiro: Graal. 1977.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes, 1978.

FOUCAULT, Michel e FARGE, Arlette. **Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastile**. Paris, Gallimard, 1982.

FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima. Monoparentalidade e biodireito. In: **Afeto, família e ética e o novo código civil**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo horizonte: Del Rey, 2004

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala, formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal**. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1969.

FREYRE, Gilberto. **A mulher e o homem. In Sobrados e Mucambos, decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano**. Coleção Intérpretes do Brasil, vol. 2. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 4.ed.rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O que se entende por poliamorismo?** *In*: Curso Luiz Flávio Gomes. Curso: Intensivo Regular. Matéria: Direito de família - parte II. Conteúdo: Concubinato consentido. Data da aula: 03 jul. 2008. VIDEO. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/publichtml/article.php?story= 20080728100506138>. Acesso: em 25 out. 2016.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: A contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p. 134-142, 2º sem. 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios juridicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Dignidade Humana (no Biodireito). **In Dicionário de Princípios Jurídicos**. Org. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataorka e Flávio Galdino. Elieser Editora: São Paulo, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família.** 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais**,** 2001, p. 28/30.

GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contrat entre l'homme et La femme? Quelques points à travers l'histoire em occident. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs). **La contractualisation de la famille**. Paris: Economica, 2001.

GLANZ, Semy. **A família mutante**. Sociologia e direito comparado, Rio de Janeiro : Renovar, 2005

GIBBON, Edward. **Declínio e queda do Império Romano.** Edição abreviada. São Paulo: Companhia da Letras: Círculo do Livro, 1989.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade:** Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: UNESP. 1993.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. São Paulo: Unesp, 1997.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. **Seleções Jurídicas.** São Paulo. Jul. 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOLDENBERG, J. L., LANDAU, M. J., Pyszczynski, T., COX, C. R., GREENBERG, J., Solomon, S., (2003). Gender - typical responses to sexual and emotional infidelity as a function of mortality salience induced self - esteem striving. **Personality and Social Psychology Bulletin**, 29, 1585-1595.

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

GOLDENBERG, Mirian. **Porque homens e mulheres traem?** Rio de Janeiro: Best bolso., 2010

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro, Forense. 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2009.

GROENINGRA, Giselle Câmara. A função do afeto nos "contratos" familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil**. Volume 7. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFam, 2004.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. GROENINGA, Giselle Câmara (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago Editora. 2003.

GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HEERS, Jaques. **História medieval**. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1991

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia.** 2ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

HESPANHA, António Manuel.. **Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX.** Separata de Vértice**.** Coimbra, n° 340 e 341-342, p. 3-45, 1972.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A cláusula de “melhores esforços” nos contratos. In: **Novo Código Civil – interfaces do Ordenamento Jurídico.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil:** estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, v. I, p. 7-17, abr./jun., 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Anais do V congresso brasileiro de direito de família. Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB/Thompson, 2006.

HORTAL, Jesús. **O que Deus uniu: lições de direito matrimonial canônico**. 6 ed. São Paulo: edições Loyola, 2006.

IMA, João Pedro da Silva Rio. A positivação do direito à busca da felicidade na Constituição brasileira. A felicidade como direito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, v 16, n. 2843, 14 abr. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18903/a-positivacao-do-direito-abusca-da-felicidade-na-constituicao-brasileira> . Acesso em 17 set. 2016.

IMBASCIATI, Antônio. **Afeto e Representação: para uma psicanálise dos processos cognitivos**. Trad. por RESENDE, Neide Luiza de. São Paulo: Editora 34, 1998.

INWOOD, B. (Org.). **Os Estóicos**. Trad.: Paulo F. T. Ferreira. São Paulo: Odysseus, 2006.

IRVINE, W. B. **A guide to the good life: the ancient art of Stoic Joy**. NY: Oxford University Press, 2009.

KLESSE, Christian. **Notions of love in polyamory:** elements in a discourse on multiple loving. Laboratorium, 3, 4–25, 2011.

KLESSE, Christian. **Polyamory and its ‘others’**: Contesting the terms of non- monogamy. Sexualities. Londres, v 9, 565–583, 2006.

KUSANO, Susileine. **Da família anaparental:** do reconhecimento como entidade familiar. Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia — Campus de Cacoal. [S. l.]: 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559 >. Acesso em: 4 de set de 2016.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LANA, Fernanda Campos de Cerqueira; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O direito e a falta de afeto nas relações paterno filiais In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Civil**: Atualidades IV - teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família:** origem e evolução do casamento. Vol. I. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

LÉVI-STRAUSS, Claude; GOUGH, Kathleen; SPIRO, Melford. **A família: origem e evolução**. Porto Alegre: Rosa dos Ventos, 1980.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e História. In: **Os Pensadores**, v. L, São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios Fundamentais do Direito Civil Atual. In: FIUZA, César (Coord.) et al. **Direito Civil: Atualidades**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Cap.13, p. 241-258.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda. Arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo**. Edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Best Seller, 2007.

LINS, Regina **Navarro. Na maioria dos casamentos observa-se o conflito entre a diminuição do desejo e o aumento da ternura**. Disponível em: < http://reginanavarro.blogosfera.uol.com.br/> Acesso em 18 out 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução Mário Villela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. v. 78. Brasília: Senado Federal, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n.24, jun/jul., 2004, p. 08.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil**: **atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.197-217.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Congresso Brasileiro de Direito de Família, IV: **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: **JusNavigandi**, Teresina, ano 6, n. 53,, jan. 2002. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/2552>. Acesso em 27 mar. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: **II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2000, p. 245-254.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOMBARDIA, Pedro. **Lições de direito canônico**. São Paulo: edições Loyola, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. **Revista da Escola da Magistratura - nº 13/2011**. Disponível em: http://www.escoladamagistratura.org.br/images/stories/pdf/Revista/revista13.pdf#page=12. Acesso em 25 mar 2016.

LUZ, Vlademar P. da. **Curso de Direito de Família.** Caxias do Sul: Mundo Jurídico, 1996.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. **Revista trimestral de direito civil**, v.46, p. 3-51, abr./jul. 2011.

MADALENO, Rolf. **A União Ins(Estável): Relações Paralelas**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Rolf_uniaoestavel.doc>. Acesso em: 07 fev 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALINOSKI, Jocemar; SILVA, Sincley da. Felicidade: o bem supremo, no livro I da obra: **Ética a Nicômano de Aristóteles**. 2010. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/069e4.pdf >. Acesso em 17 set 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias amor e bioética**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MANRIQUE, Ricardo. Nuevas formas familiares- demografía y derecho de família. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARCASSA, Luciana. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado** – Friedrich Engels – Disponível em:

http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/educ/article/viewFile/2178/2074. Acesso em: 07 set 2016.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MARX, Karl.; ENGELS, Frederick. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Global, 1990.

MARX; ENGELS; E LÊNIN. **Sobre a Mulher**. Global editora, S.P., 1980.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: **Família e solidariedade: teoria e prática no direito de família**. PEREIRA, Rodrigo da cunha (Coord). Rio de Janeiro: IBDFAM- Lumen Juris, 2008

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, ano 2. jan/mar 1978.

MAUSS, M. Uma categoria do espírito humano. A noção de pessoa. A noção do eu. In: **Sociologia e Antropologia.** São Paulo: Cosac & Naify. 2004

MAZEAUD, H.; CHABAS, F. **Leçons de droit civil**. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1976. t. I et II.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: ed. Renovar. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p .451.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. Malheiros Editores, 2003.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. 3ª Reimpressão. **Da boa-fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2007.

MINT, Pepper. Polyamory is not about the sex, except when it is « freaksexual. Obtido Dezembro 6, 2008. Disponível em: <http://freaksexual.wordpress.com/2008/01/31/polyamory-is-not-about-the-sex-except-when-it-is/ > Acesso em: 13 out 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1.

MIZRAHI, Maurício Luis. **Família, matrimonio y divórcio**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

MORAES, Maria Celina B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo**. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional. 1ª edição. Rio de Janeiro. ed. Renovar. 2010.

MORAES, Noely Montes *et al*. **É possível amar duas pessoas ao mesmo tempo?** São Paulo: Musa, 2005.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família evolução no direito brasileiro. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do Direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, vol.16. n.45 São Paulo, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEUMANN, Juarez Rosales. **Do casamento ao concubinato**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto. 2002. p. 101.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Martin Claret – Coleção Obra Prima: São Paulo,1996.

NODARI, Paulo César. A ética aristotélica. In: **Síntese Nova Fase**. Belo Horizonte: UFMG, v. 24, n. 78, 1997, p. 383-410.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil.** São Paulo: Método, 2003, p. 24.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar**: família, filhos e desafios [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <http://books.scielo.org>.Acesso em 02 set 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052>. Acesso em: 07 set 2016.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias**: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. 2. Ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Direito de Família. 16.ed. ver. E atual. Por Tânia da Silva Pereira. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Apud PONZONI, Laura de Toledo. **Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em: 07 nov. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 05.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana:** anais do V congresso brasileiro de direito de família, São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Tradução de Paulo Neves. *In*:**Veja 25 anos**: Reflexões para o futuro. edição 1306 São Paulo: Abril, 1993.

PESSOA, Eduardo. **História do Direito Romano**. São Paulo: Habeas Editora, 2001.

PESSOA, Maurício. O casamento no direito civil constitucional. In: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa de Andrade (orgs). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas e monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**: anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 193-221.

PILÃO, A.C. **Poliamor:** um estudo sobre conjugalidade, identidade e gênero. Dissertação. PPGSA, UFRJ, 2012.

PILÃO, Antônio Cerdeira. GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e Monogamia: Construindo diferenças e hierarquias. **Revista Ártemis**, Edição V. 13; jan-jul, 2012.

PINHEIRO, Raphael Fernando. A positivação da felicidade como direito fundamental: o Projeto de Emenda Constitucional n. 19/10. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11701&revista_caderno=9>. Acesso em out 2016.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PRIORE, Mary del. **Histórias e conversas de mulher**. 1 ed. São Paulo: Planeta, 2013.

PRIORE, Mary del. Ritos da vida privada. **In História da vida privada**: cotidiano e vida privada na América portuguesa. SP: Cia. das Letras, 1997.

PUFF, Jeferson. **Estamos documentando o que sempre existiu. BBC Brasil.** São Paulo Publicado em 28 de agosto, 2012. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828_ping_uniao_poliafetiva_jp> Disponível em 20 nov 2016.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: RT, 2003.

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

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Editora RT, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REFLEXÕES SOBRE O POLIAMOR!Disponível em: < http://estapafurdiapilheria.typepad.com/blog/2007/12/reflex%C3%B5es-sobre-o-poliamor.html>. Acesso em 18 out 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TRF 4ª Região. Apelação Cível nº 0015231-45.2010.404.9999/RS. Relator: Juiz Federal Guilherme Pinho Machado. Órgão Julgador: 5ª Turma do TRF 4ª Região. Publicado: 28/01/2011.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Os princípios constitucionais e o novo Código Civil**. Revista da EMERJ, v. 6, p. 73-93, 2003.

RODOTÀ, Stefano. Lo specchio di Stendhal: Riflessioni sulla riflessioni dei privatisti. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano 15, Napoli: Ed. Jovene, 1997.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil Famílias**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Famílias Simultâneas e Monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Dignidade Humana**. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo. IOB Thomson, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil:** parte geral. v. 12. 8ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil:** direito de família. v. 6. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

ROLIM, **Luiz Antonio. Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). **Tendências constitucionais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de derecho de família:** la nueva teoria institucional y jurídica de la família. TOMO I. Lima: Gaceta jurídica: 2013.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROUSELLE, Aline. **Sexualidade e amor no mundo antigo**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 61.

RUST, P. C. Monogamy and Polyamory: Relationship Issues for Bisexuals, in B. A. Firestein (ed.) **Bisexuality**, pp. 53–83. London: Sage, 1996.

RUZIK. Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas:** da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RYAN, C., JETHÁ, C. **Sex at dawn**. New York: Harper Collins, 2010.

SAMARA, Eni de Mesquita. O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade). **Revista Psicologia USP,** v. 13, n. 2, São Paulo, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/53500/57500>. Acesso em: 19 set 2016.

SANDA, Samuel Magoji. **Ensaio sobre a família pós-moderna**. 2007. 114 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O Mito da monogamia à luz do Direito Civil constitucional:** a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor. 2014. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Orientador: Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima, Brasília, 2014.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARTI, Cynthia Andersen. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. **A família contemporânea em debate**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 39-50

SCARDUA, Angelita Viana Corrêa. **Eudaimonia.** Disponível em < https://angelitascardua.wordpress.com/2008/10/30/eudaimonia/>. Acesso em 11 set 2016.

SCHOFIELD, M. Ética estóica. In: INWOOD, B. (Org.). **Os Estóicos**. Trad.: Paulo F. T. Ferreira. São Paulo: Odysseus, 2006. p. 259-284.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico.

SCHREIBER, Anderson. O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Dignidade Humana**. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo. IOB Thomson, 2006

SÊNECA, L. A. **Da vida feliz** (De vida beata). 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
SEGURADO, Milton. **O Direito no Brasil**. São Paulo: José Bushatshy/Edusp, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28º edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2007.

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

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. "União poliafetiva" é um estelionato jurídico. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/uniao-poliafetiva-e-um-estelionato-juridico-migalhas-e-arpensp/>. Acesso em 20 nov 2016.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro. Método, 2010.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. Família paralela: uma análise à luz do pluralismo familiar. In**: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13308&revista_caderno=14 >. Acesso em 13 out 2016.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro** Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf. Acesso em 20 set 2016.

STACEY, Judith. **In the Name of the family:** Rethinking Family Values in the Postmodern Age, Boston: Beacon Press, 1996.

STOLZE, Pablo. Direitos da(o) amante. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11500>. Acesso em: 11 out. 2016.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2013

SURGIK, Aloísio. **Temas críticos do direito à luz das fontes.** Curitiba: Livros HDV, 1986.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. 2. ed. Fortaleza: Editora FA7, 2003.

TARTUCE, Flávio. O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Revista Consulex** nº. 378, Ano XVI, Brasília, DF. 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família.** Disponível em: http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia. Acesso em 18 out 2016.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1986, 8 dez. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12050>. Acesso em: 9 out. 2016.

TARTUCE, Flávio, e Simão, José Fernando. **Direito Civil - Direito de Família**. Vol. 5. 2a ed. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A disciplina jurídica da autoridade parental no direito civil contemporâneo.** 2004. Dissertação – Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. O **direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo. Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões**. Porto Alegre, n.10. p. 39. jun/jul. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.115-130.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TIEZZI, Beatriz Ciabatari Simões Silvestrini; GESSE, Eduardo. Apontamentos do direito de família. [S. l.]: 2010. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2071/2243>. Acesso em: 22 de dezembro de 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual, O Novo Direito Civil, ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2008.

UZIEL, Ana Paula; MELLO, Luiz; GROSSI, Miriam Pillar. Conjugalidades e parentalidades de gays, lésbicas e transgêneros no Brasil. **Estudos Feministas**, v. 14, p. 481-487, 2006.

VAINFAS, Ronaldo (direção). **Dicionário do Brasil colonial**, 1500-1808. RJ: Ed. Objetiva, 2000.

VAINFAS, Ronaldo (direção). **Dicionário do Brasil imperial**, 1822-1889. RJ: Ed. Objetiva, 2002.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados**: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

VASCONCELOS, Abílio Soares de. **Por que casou? casou por quê?** Rio de Janeiro: Maanaim, 2002.

VASCONCELOS, Abílio Soares de. **Direito matrimonial comparado:** canônico - civil. Rio de Janeiro: Maanaim, 2007.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais.** São Paulo: Editora Método, 2008.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado** – Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003, V-XVII.

VIDA POLIAMOR: **tudo o que você queria saber sobre o poliamor/compersão**. Disponível em < https://vidapoliamor.wordpress.com/compersao/>. Acesso em 18 out 2016.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Disponível em: <http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf > Acesso em: 02 jun 2016.

VON DER WEID, O. **Adultério consentido: Gênero, corpo e sexualidade na prática do swing**. Dissertação. PPGSA, UFRJ, 2008.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** O Novo Direito de Família. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência**. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). Direitos de família e do menor. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 83.

WEITZMAN, G., DAVIDSON, J., & PHILLIPS, Jr., R. A. **What psychology professionals should know about polyamory**. New York: National Coalition for a Sexual Freedom Inc, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos "Novos"Direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os "novos"direitos no Brasil:** natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.