

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

GABRIELA GOEDERT

**UNIÕES POLIAFETIVAS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO COMO ENTIDADE
FAMILIAR**

**Florianópolis
2016**

GABRIELA GOEDERT

**UNIÕES POLIAFETIVAS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO COMO ENTIDADE
FAMILIAR**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. Renata Raupp Gomes

Florianópolis

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Unões Poliafetivas: reconhecimento jurídico como unidade familiar**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Gabriela Goedert, defendido em 08/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

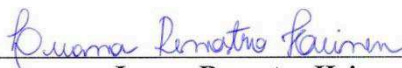
Florianópolis, 08 de Novembro de 2016



Renata Raupp Gomes
Professor Orientador



Mikhail Vieira De Lorenzi Cancelier
Membro de Banca



Luana Renostro Heinen
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Gabriela Goedert
RG: 5.210.968
CPF: 093.357.979.95
Matrícula: 11203044
Título do TCC: Uniões Poliafetivas: reconhecimento jurídico como unidade familiar
Orientador(a): Renata Raupp Gomes

Eu, Gabriela Goedert, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 08 de mês de 2016.



Gabriela Goedert

Aos meus pais, Guido e Luciane, por me proporcionarem uma família;

Aos meus irmãos, Thais, João Vitor e Ana Beatriz, por completarem à mim e nossa família;

Aos meus amigos maravilhosos, por serem minha segunda família;

À minha orientadora, por me apresentar o incrível mundo do Direito de Família.

Amar alguém só pode fazer bem
Não há como fazer mal a ninguém
Mesmo quando existe um outro alguém
Mesmo quando isso não convém

Amar alguém e outro alguém também
É coisa que acontece sem razão
Embora soma cause divisão
Amar alguém só pode fazer bem

[...]

Amar alguém não tem explicação
Não há como conter o furacão
Amores vão embora
Amores vêm
Não se decide amar e nem a quem
Amar alguém só pode fazer bem
Seja só uma pessoa ou um harém
Se não existe algoz e nem refém
Amar alguém e outro alguém também

Amar alguém só pode fazer bem
Amar alguém só pode fazer bem
Amar alguém só pode fazer bem
Amar alguém só pode fazer bem
Amar alguém

(Marisa Monte – Amar Alguém)

RESUMO

A presente pesquisa tem como propósito analisar a possibilidade de se conceder reconhecimento jurídico às uniões poliafetivas ou poliamorosas. Utiliza-se o método de abordagem indutivo, o método de procedimento o monográfico e a técnica de pesquisa indireta, através de pesquisa bibliográfica e documental. Inicialmente busca-se apresentar a evolução da entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, quais as bases para a conceituação da família nos dias atuais. No mesmo capítulo, ainda, trata-se dos princípios orientadores do Direito de Família. Em seguida, analisa-se a natureza jurídica, se pública ou privada, da matéria familiar, para depois tratar da intervenção mínima do Estado na família ou Direito de Família Mínimo e do direito da autodeterminação das famílias. Ainda, procura-se conceituar o poliamor, seus modelos e princípios, para em derradeiro, analisar o reconhecimento jurídico da unidade poliafetiva, tendo em vista, concordância com os princípios constitucionais. Por fim, discorre-se acerca das escrituras públicas de declaração de uniões poliafetivas, bem como, a recente recomendação do CNJ para suspender os futuros registros.

Palavras-chave: União Poliafetiva. Poliamor. Reconhecimento jurídico. Princípios Constitucionais. Unidade familiar.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	10
2.1 Aspectos históricos: a evolução da família brasileira até Constituição Federal de 1988	10
2.2 A família pós-Constituição Federativa de 88	13
2.3 Os princípios do Direito de Família	19
2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	20
2.3.2 Princípio da liberdade nas relações de família	22
2.3.3 Princípio da igualdade e respeito às diferenças	23
2.3.4 Princípio da solidariedade familiar	25
2.3.5 Princípio da pluralidade das formas de família	26
2.3.6 Princípio da afetividade	28
2.3.7 Seria a monogamia um princípio do Direito de Família?	30
3 A AUTONOMIA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO DAS FAMÍLIAS	35
3.1 Direito de família: natureza pública ou privada?	35
3.2 A Intervenção mínima do Estado nas relações familiares: A autonomia privada no Direito de Família.	38
3.3 O direito à autodeterminação na composição das famílias	44
3.3.1 A pluralidade das manifestações afetivas	48
3.3.2 Intimidade na vida afetiva	50
3.3.3 A ausência de modelos jurídicos de família pré-concebidos	52
4 O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR	54
4.1 Poliamor: conceito e características	54
4.1.1 Princípios do poliamor	59
4.1.2 Modelos de poliamor	61
4.2 Reconhecimento Jurídico das Uniões poliafetivas	62
4.3 A relação poliamorosa compreendida como entidade familiar	77
4.4 Poligamia e o crime de Bigamia	81
4.5 As uniões poliafetivas e o registro público nos cartórios	85
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

É pressuposto da sociedade sua constante mudança e evolução, assim, sendo a família a sua base, nada mais natural que a referida entidade sofra, também, constantes transformações. Entretanto, muitas vezes, essas modificações não são acompanhadas de análise pelo Direito ou admitidas por certos setores sociais. Seja por desconhecimento, conservadorismo ou preconceito, ocorre que, diversas situações sociais fáticas são ignoradas pelo Direito e pelo Poder Público, resultando na não proteção de direitos inerentes aos seres humanos.

Assim como, as uniões estáveis entre pessoas de sexo diferentes, mais antigamente, e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, mais recentemente, são unidades poliafetivas ou poliamorosas que ocupam o local de desprezo estatal e jurídico nos dias atuais. Essas uniões, caracterizadas pela relação afetiva entre três ou mais pessoas, apesar de ignoradas, são reais e se verificam nas recentes tentativas e concretizações de registro de união poliafetiva nos cartórios.

Nesse sentido, no primeiro capítulo do presente trabalho tratar-se-á das revoluções pelas quais passaram a unidade familiar na sociedade brasileira e que repercutiram no direito pátrio, principalmente no que diz respeito à concepção de família, após a Constituição Federal de 1988. O referido diploma, além de introduzir uma concepção aberta e plural de família, também estabeleceu seus princípios orientadores, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da solidariedade familiar, da igualdade, do pluralismo das entidades familiares e, principalmente, orientou o reconhecimento familiar em razão do princípio da afetividade.

O debate acerca das uniões poliamorosas repercute diretamente no âmbito mais sagrado e valorizado pelas pessoas, a família. Nesse viés, será explorado no segundo capítulo, qual a natureza jurídica do direito de família, ou seja, se a relação de família compreende-se dentro do ramo público ou privado. Isto porque, esta discussão repercute no grau de intervenção estatal que deve ser admitido nas relações familiares, bem como, na prerrogativa de seus integrantes autodeterminarem ou autocomporem conforme sua livre vontade, afim de exercerem sua plena dignidade. É necessário ultrapassar os obstáculos que podem impedir ou dificultar o alcance da satisfação e felicidade dos integrantes de uma família.

Enfim, será objeto do capítulo terceiro desta pesquisa, a tentativa de estabelecer um conceito para estas uniões, diferenciando o poliamor das relações paralelas. Se buscará, também, determinar as principais características da relação poliamorosa, bem como, quais os modelos mais comuns e princípios que norteiam a união tema do trabalho. É imprescindível, ainda, discorrer acerca dos pilares constitucionais brasileiros que possibilitam o reconhecimento do poliamor como formador de unidades familiares. Nesse ínterim, não pode-se ignorar os assuntos mais controversos que norteiam as relações poliamorosas, quais sejam a poligamia e o crime de bigamia.

Por fim, ainda no último capítulo, tratar-se-á dos registros públicos declaratórios de uniões poliamorosas, que atualmente veem recebendo atenção da mídia e de juristas, bem como, o posicionamento, a favor e contrário, em relação à concessão de validade e efeitos aos referidos registros. Ainda, será objeto de análise a recente recomendação do Conselho Nacional de Justiça, que recomendou a suspensão de novos registros de uniões poliamorosas.

2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Aspectos históricos: a evolução da família brasileira até Constituição Federal de 1988

As diversas concepções de família perpetuadas no decorrer de nossa história sempre estiveram atreladas a adaptação do homem às necessidades sociais prementes de cada momento histórico. Sendo assim, a entidade familiar é compreendida, historicamente, como respostas temporais e espaciais que objetivam atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 41).

Paulo Lôbo (2011, p. 40) assevera que a evolução da noção de família no Brasil foi influenciada por modelos sociais, morais e religiosos dominantes em determinados períodos da sociedade. Nesse sentido, três grandes momentos históricos influenciam as concepções da família brasileira.

No primeiro momento histórico se observa a família brasileira extremamente influenciada pelo Direito religioso ou canônico. Esta concepção perdurou os períodos da Colônia ao Império (1500-1889) e caracterizou-se pelo predomínio da família patriarcal. Para o Direito Canônico, o casamento era um acordo de vontades, entendido como um sacramento e tinha por máxima o dogma religioso “o que Deus uniu o homem não separa” (GARCIA, 2003, p. 64). Naturalmente, os canonistas eram contrários ao divórcio, isto é, a dissolução do casamento era veementemente desencorajada, considerando o instituto contrário à própria índole da família.

Sobre o assunto, ainda, assevera Garcia (2003, p. 67):

Tudo o que se relacionasse ao casamento, desde sua celebração até sua nulidade, seria de competência da Igreja sendo o casamento caracterizado como “*ato solene, sacramental, submetido à jurisdição eclesiástica, indissolúvel, monogâmico e heterossexual*”, devendo ser precedido de publicidade, sendo permitido aos nubentes a coabitação apenas após terem recebido a bênção nupcial.

Esse modelo, caracterizado pelo Estado abrindo mão da regulação da vida privada de seus cidadãos em detrimento da vontade religiosa, não alterou-se com a proclamação da Independência, mesmo tendo a Constituição de 1824 sido inspirado por ideais iluministas e liberais inaugurados pela Revolução Francesa. Sendo que, mesmo com a determinação da Constituição Imperial que fosse editado um Código Civil, que poderia resultar no início de

uma concepção laica do Direito de Família, este nunca se consumou, permanecendo, portando, a ideia de família atrelada ao regramento religioso (LÔBO, 2011, p. 41).

O segundo período que demarcou grandes mudanças na concepção de família foi o chamado Direito de Família Laico. Teve como marcos delimitadores o advento da República (1889) e a Constituição de 1988, onde se observou a progressiva redução do modelo patriarcal e a desvinculação da Igreja em relação ao Estado.

Paulo Lôbo (2011, p.42) informa que com a Proclamação da República ocorreu a subtração da competência do Direito Canônico sobre as relações familiares, principalmente o casamento, que tornou-se laico. O matrimônio religioso deixou de possuir quaisquer efeitos civis, estando explícito na Constituição de 1891, em seu artigo 72 § 4º, que “a República só conhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

Ao longo do século XX, até à Constituição de 1988, houve a progressiva redução do “*quantum* despótico” no direito de família brasileiro, ou das desigualdades que ele consagrava. A família patriarcal perdeu gradativamente sua consistência, na medida em que feneciam seus sustentáculos, a saber, o poder marital, o pátrio poder, a desigualdade entre os filhos, a exclusividade do matrimônio e o requisito de legitimidade (LÔBO, 2011, p.43).

Foi neste contexto histórico que o primeiro Código Civil pátrio, publicado em 1916, foi elaborado. Como esclarece Garcia (2003, p. 78-79), apesar das sutis evoluções em relação à concepção de família, a referida codificação foi elaborada sob uma visão rural, individualista e patriarcal. O sistema jurídico tradicional adotado pela referida codificação, perpetuava a ideia da desigualdade entre homem e mulher nas relações familiares, bem como, as diferenças de estatuto pessoal dos cônjuges no casamento e na sociedade conjugal. A legitimidade da entidade familiar apenas era reconhecida através do matrimônio, devendo homem e mulher, estando livres e desimpedidos, declararem solenemente sua vontade de casarem e constituir família.

Informa o autor (GARCIA, 2003, p. 79-80) que o Código Civil de 1916 estabeleceu o parâmetro para a família legítima, sendo que, ao considerar ilegítima a família convencional, refletia os objetivos e ideais dos grupos sociais dominantes naquele tempo e espaço. O referido diploma outorgava ao homem a posição de chefe de família, impunha à mulher casada a condição de relativamente incapaz, exigia a autorização expressa do marido para que a mulher exercesse qualquer profissão, além de considerar “família” somente a matrimonializada. Ainda, tratou de regular a filiação e as relações de parentescos, estabelecendo categorias e diferenciações entre filhos havidos dentro do casamento (legítimos) e os havidos “fora do casamento” (ilegítimos).

Nesse sentido, a codificação de 1916 absteve-se de qualquer menção acerca da família natural, conhecida atualmente como união estável ou família convencional, assim como, ignorou qualquer outra forma de constituição de entidades familiares.

Farias e Rosenvald (2013, p. 40) lecionam que as relações familiares tinham:

Como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, decorrente das influências da Revolução Francesa sobre o Código Civil brasileiro de 1916. Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra *'até que a morte nos separe'* admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento.

Entretanto, apesar da concepção não inclusiva introduzida pela Codificação de 1916, no decorrer do século XX grandes mudanças caracterizaram o avanço no Direito de família. Paulo Lôbo (2011, p. 20) destaca, principalmente, dois fatores essenciais ao desaparecimento da família patriarcal e evolução do conceito da família na sociedade contemporânea, primeiramente seria a urbanização acelerada do século XX ocorridas no país e, depois, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, que revolucionou o papel até então destinado à mulher no âmbito doméstico.

Durante este período ocorreram algumas mudanças legislativas, devendo-se destaque a três grandes leis, que resultaram na progressiva derrocada do modelo patriarcal de família. Em primeiro lugar, a Lei nº 883/49, que dispunha acerca do reconhecimento dos filhos ilegítimos, foi importante pois, garantiu-lhes direitos, até então, negados (LÔBO, 2011, p.43). Conforme esclarece Garcia (2003, p. 82), a referida lei além de permitir o reconhecimento, também autorizou a investigação de paternidade do filho adulterino, sendo este direito estendido a todos os casos de dissolução de sociedade conjugal (e não apenas para os casos de separação formalizada).

Ainda, a Lei nº 4.121/62, também conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, entre outros avanços, retirou a mulher casada da condição de relativamente incapaz, passando a ser reconhecidos seus direitos em igualdade ao do marido. E, por fim, a Lei 6.515/77, a dita Lei do Divórcio, permitiu aos casais já separados o divórcio, garantindo a estes o direito de reconstituírem suas vidas, além de ampliar a igualdade de direitos entre os filhos havidos dentro e fora do casamento (LÔBO, 2011, p.43).

Sem dúvida a Lei que mais alterou as previsões do Código Civil foi a nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, tendo regulado os casos de dissolubilidade da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivo processo; lei essa que aboliu a palavra desquite, substituindo-o por separação judicial; modificou o regime de bens entre os cônjuges para comunhão parcial, não tendo dispensado o contrato antenupcial. Além disso, estabeleceu que os filhos, mesmo os nascidos de casamento nulo não putativo são considerados legítimos, atribuindo igualdade no direito à

herança, entre filhos de qualquer condição, entre outras modificações. (GARCIA, 2003, p. 83)

Os avanços legislativos citados não foram capazes de se adequarem, entretanto, às necessidades que o Direito de Família já demandava em termos de reconhecimento de entidades familiares, bem como, em relação a concessão de garantias e proteção a todos os membros de qualquer família. É com a Constituição Federal de 1988, marco do terceiro período histórico de mudança na concepção de família, que se verifica verdadeiro avanço em termos de solidariedade e igualdade jurídica no âmbito familiar brasileiro.

2.2 A família pós-Constituição Federativa de 1988

Toda a legislação anterior à Carta Magna de 1988 compreendia a família como e somente a que se originava pelo casamento, visando a perpetuação da espécie e acumulação de patrimônio, assim como, sua posterior transmissão aos herdeiros. Pouco pensava-se em afeto, ética, solidariedade, realização pessoal e preservação da dignidade dos membros nas relações conjugais.

Constitucionalmente, a família apenas recebeu real atenção e preocupação com a Constituição Federal de 1988. A primeira Constituição Brasileira, de 1824, não fez qualquer menção à entidade familiar, sendo que a segunda, datada de 1891, apenas se limitava a reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir família. A Constituição de 1934 preocupou-se somente com o casamento, legitimando apenas a família matrimonializada e não permitindo a sua dissolução. Sendo que, todas as Constituições seguintes, de 1937, 1946, 1967, 1969, praticamente em nada evoluíram em relação ao conceito de família, protegendo somente a família legítima e o casamento regularmente celebrado (TERCIOTI, 2011, p. 4-7).

A oitava - e atual - Constituição Federativa é datada de 1988 e foi, sem dúvida, a lei que mais revolucionou o Direito de Família, buscando se aproximar à realidade e necessidade social. O Direito de família e a concepção de família passaram a ter por base a igualdade, solidariedade, a afetividade e o desenvolvimento da pessoa humana (TERCIOTI, 2011, p. 7).

Farias e Rosendal (2013, p. 83) observam que os artigos 226 a 230 – que versam acerca “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso” – da Constituição da República vigente conduz ao raciocínio de que “a milenar proteção da família como

instituição, unidade de produção, de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros”. Ainda dissertam que, uma vez:

Superada a percepção de família como unidade produtiva e reprodutiva, pregada pelo Código Civil de 1916, a partir dos valores predominantes daquela época, descortinam-se novos contornos para o Direito das Famílias, fundamentalmente a partir da Lex Mater de 88, que está cimentada a partir de valores sociais e humanizadores, especialmente a dignidade humana, a solidariedade social e a igualdade substancial.

[...]

A entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade da pessoa humana e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 83)

A Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição de 1988, demonstrou maior preocupação em regular os aspectos pessoais das relações familiares do que os aspectos patrimoniais. O fortalecimento da família como união de afetos, a igualdade entre homem e mulher, a proteção da privacidade da família, a proteção estatal das famílias carentes, a paternidade responsável, a integridade física e moral dos membros da família, a vida comunitária, o regime legal das uniões estáveis, a igualdade dos filhos de qualquer origem, a facilidade legal para adoção, entre outros, foram temas abordados pelo constituinte em clara referência as demandas e alterações sociais (LÔBO, 2011, p. 19-20).

A família tradicional, que até então, se caracterizava pelo viés patrimonial e pela multiplicidade de laços individuais passa a fundar-se na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se comprometem mutualmente em uma comunidade de vida. A família constitucional pós-1988 é compreendida como o espaço de realização pessoal afetiva, onde o interesse patrimonial não é mais o objetivo principal de sua instituição. Sendo que, a repersonalização de suas relações revitaliza as unidades familiares, em seus mais variados tipos ou arranjos (LÔBO, 2011, p. 27)

Nesse contexto, nota-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro normas revolucionárias em relação à família. Proclamou em definitivo o fim da discriminação das entidades não matrimoniais, que passaram a receber o mesmo tratamento jurídico dado às constituídas pelo casamento (art. 226, *caput*); concedeu igualdade de direitos e deveres aos homens e mulheres (§ 5º do art. 226) e reconheceu a legitimidade da união estável (§ 3º do art. 226); além de, no art. 227, § 6, garantir aos filhos, sejam de origem biológica ou não biológica, matrimonial ou não, direitos e tratamentos igualitários (LÔBO, 2011, p. 44).

A CRFB/88 introduziu no sistema jurídico pátrio um novo conceito de família, bem como, conferiu legitimidade a novas estruturas familiares. Assevera Maria Berenice Dias (2015, p. 36) que:

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família e emprestou juridicidade ao relacionamento fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com os seus filhos. Agora, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.

Sendo assim, Constituição Federal passou a reconhecer expressamente situações latentes na sociedade brasileira, quais sejam, a existência de entidades familiares plurais (MOSCHETTA, 2009, p. 39). A união estável e a família monoparental passaram a compor o núcleo constitucional de família, juntamente à família matrimonial. É o observado no art. 226 §§ 1º, 3º e 4º da Constituição Federal.

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

[...]

§ 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.

O reconhecimento da união estável como unidade familiar teve o intuito de conceder garantias àqueles que mutuamente convencionaram viver em conjunto, isto é, manter vida em comum, tendo por base o amor, respeito, afeto e preocupação recíproca. Ou seja, legitimou os casais que, sem necessitarem se unir em matrimônio, optaram em partilhar uma vida e constituir família. Indo em encontro às novas diretrizes e princípios constitucionais pós-1988, norteadores do direito de família.

Da mesma maneira, a legitimidade conferida às famílias monoparentais, independente do motivo de sua instituição, seja em virtude do abandono por um dos pais, da viuvez, da separação, do divórcio, da adoção por pessoa solteira, da inseminação artificial por mulher solteira, amenizou o preconceito e a marginalização conferido ao modelo de família não biparental, ao mesmo tempo que trouxe à tona um fenômeno que explicita a coexistência de diversos modelos de famílias, até mesmo modelos, ainda, não reconhecidos constitucionalmente (MOSCHETTA, 2009, p. 48).

Neste ínterim, a constatação de que família não é somente a constituída através do matrimônio, importa concluir que o art. 226 da Carta Magna traz um rol meramente exemplificativo, abarcando em seu bojo tantas quantas forem as formas de convivência em família. A Constituição Federal de 1988 buscava apenas explicitar as entidades familiares mais evidenciadas no cenário brasileiro, isto porque a concepção de família pós-1988 caracteriza-se pelo repúdio à rigidez, ao engessamento e ao conservadorismo.

A partir do momento em que a família deixa de ser unicamente espaço matrimonial e procriacional e transmuda-se para ser um ambiente de afeto e realização pessoal, surgem inúmeras representações sociais, que são acolhidas pela Carta Magna no art. 226: casamento, união estável e qualquer dos pais que viva com seus descendentes. No entanto, existem outros arranjos, quais sejam: dois irmãos vivendo juntos, um avô ou avó com seu neto e as relações homoafetivas. (MOSCHETTA, 2009, p. 49).

Completam Farias e Rosendal (2013, p. 84) que “o conceito trazido no *caput* do artigo 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira *cláusula geral de inclusão*”. Assim, estão admitidas no Direito das Famílias todas as unidades familiares formadas por pessoas humanas e baseadas no afeto, ética e solidariedade recíproca, mencionadas ou não pelo comando do artigo 226 da CRFB/88. Deste modo, os autores concluem que é o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que irão determinar os diversos tipos de famílias, sendo que, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, sem quaisquer distinções, proteção legal.

Por fim, após a Constituição Federal de 1988 foram editados alguns diplomas importantes, merecendo destaque o atual Código Civil de 2002, a Lei nº 11.340 de 2006 (a conhecida Lei Maria da Penha) e a Lei nº 12.010 de 2009 (também chamada de a Nova Lei da Adoção).

Cabe destacar de início que o Código Civil 2002, codificação vigente atualmente, já nasceu atrasado e em desacordo aos avanços constitucionais trazidos à legislação brasileira em 1988. Isto porque, a citada lei é resultado de um projeto iniciado em 1975, ou seja, anterior à atual Constituição e, conseqüentemente, não incluía em seu escopo original as progressistas concepções em relação ao Direito de Família. Como afirma Maria Berenice Dias (2015, p. 33), por esse motivo o Código Civil já nasceu velho, entrando no ordenamento pátrio em total descompasso com o sistema jurídico. Completa a autora:

Daí o sem-número de emendas que sofreu. Inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Sua desordem estrutural decorre da inclusão, na fase final de sua elaboração, de regras de direito material previstas na legislação extravagante. Ou seja, o Código Civil já nasceu velho.

O Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados: operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional.

Enquanto a Constituição Federal de 1988 buscou, de certa forma, representar a realidade social brasileira ao instaurar a igualdade entre o homem e a mulher e ampliar o conceito de família, o Código Civil manteve-se atrasado quanto a esses aspectos. Dias (2015, p. 32) afirma que as modificações trazidas pelo CRFB/88 “acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Como lembra Luiz Edson Fachin, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família”.

Percebe-se o mencionado atraso quando observado alguns resquícios da concepção conservadora de família e da defesa do patrimônio nas: causas suspensivas do casamento, em razão da possível confusão patrimonial; na obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens para aqueles com mais de 70 anos que queiram se unir em matrimônio, haja vista, a presunção de incapacidade de gestão do próprio patrimônio; ainda, em relação à família, o Código Civil apenas faz menção ao casamento e união estável, não incluindo a família monoparental, expressamente reconhecida pela Constituição de 1988.

A Lei 11.340 de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha, avança ainda mais que a própria Carta Magna quanto ao reconhecimento de família. Em seu art. 5º da referida lei dispõe que:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Conclui-se que é compreendida como família todas as uniões, independente de orientação sexual, provenientes sejam de laços naturais ou por afinidade, formada por pessoas que são ou se consideram aparentados. A lei é tão inovadora que consegue abarcar em seu conceito todas as unidades familiares constituídas e, que assim permanecem, em virtude do

afeto, do ânimo de ser membro daquele núcleo, observando não somente as famílias legalmente reconhecidas, mas também toda família socioafetivas.

A Lei Nacional da Adoção, lei nº 12.010 de 2009, que empresta redação ao parágrafo único do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, também institui novas unidades familiares que ultrapassam o rol exposto na Carta Federal de 1988. Reconhece, o referido artigo, como unidade familiar aquelas formadas por parentes próximos, com a qual a criança mantenha vínculo de afinidade e afetividade, sendo estas denominadas “famílias ampliadas”.

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Relevante última menção quanto às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Apesar do descaso constitucional, atualmente tais uniões receberam atenção e foram reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132. O reconhecimento como unidade familiar e a proteção constitucional no sentido de garantir os mesmos direitos concedidos às uniões estáveis heterossexuais, estenderam-se a todas as uniões estáveis homoafetivas, tendo em vista, a eficácia erga omnes e efeito vinculante das supracitadas decisões. Rolf Madaleno (2013, p. 5) versa acerca do assunto:

E, notadamente, depois da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal face à ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.277/09 e à ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132/08, que, por votação unânime, julgou procedente a ação, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, para dar ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição Federal, e dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida como sinônimo perfeito de "família".

Com isso, nota-se que é a família que molda a sociedade, cabendo ao legislador e aplicador do direito se adaptarem às mudanças sociais que constantemente influenciem às novas concepções de família. É importante ressaltar que sendo a unidade familiar o núcleo mais íntimo do ser humano, deve-se respeito e reconhecimento a todos que voluntariamente optem por viver em família, sendo esta todo e qualquer ambiente fundado em afeto, solidariedade, lealdade, confiança, amor e respeito.

A Constituição Federal de 1988 buscou regular os núcleos familiares mais latentes na sociedade, sendo que, para isso instituiu princípios constitucionais afim de legitimá-los e protegê-los legalmente.

2.3 Os princípios do Direito de Família

Diante de todas as alterações históricas, culturais e sociais retratadas, é possível afirmar que vigora um novo Direito de Família, balizado por princípios constitucionais encartados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Apesar da habitual compreensão acerca da superior hierarquia da norma constitucional, a qual condiciona todo o texto normativo infraconstitucional, não se pode ignorar o histórico desprezo dos intérpretes e aplicadores do Direito à norma constitucional, resultado, principalmente, da neutralidade das Constituições anteriores à 1988 e do positivismo jurídico que muito influenciou o sistema brasileiro (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 76).

Em passado não muito distante, a operação hermenêutica encontrava-se invertida. A Constituição era tida apenas como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido pelas leis e pelos códigos. Imaginava-se que o destinatário do texto constitucional era o legislador ordinário. Tal tornava o civilista refém da legislação infraconstitucional, sem se sentir vinculado aos preceitos constitucionais, não podendo reinterpretar e visitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição (DIAS, 2015, p. 40).

De maneira quase natural os primados constitucionais incorporam-se à prática jurídica pós-1988, adquirindo força normativa e sendo alçados ao centro do sistema jurídico pátrio, passando a ser fundamento e filtro de toda legislação infraconstitucional. A esse respeito, Maria Berenice Dias (2015, p. 39) afirma que os princípios constitucionais deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa, tonando-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça.

Com isso, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas (historicamente tratadas exclusivamente no Código Civil de 1916 – de feição nitidamente patrimonialista) para o Texto Constitucional. Assume a Carta Magna um verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites do Direito Civil, inclusive no que concerne à proteção dos núcleos familiares. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 77).

Os princípios constituem proposições genéricas que servem de base à organização de um ordenamento jurídico, sendo importantíssimo ao estudo do Direito. Esses conferem

coerência e unidade ao sistema jurídico, objetivando uma harmonia entre todos os diplomas legais brasileiros.

Considerando que o Direito Constitucional pós-1988 buscou privilegiar as necessidades humanas reais e concretas, ao cuidar dos direitos individuais e sociais, afastando-se do histórico caráter neutro e indiferente que buscava deter-se apenas da organização política do Estado, se verifica imprescindível analisar a principiologia do Direito de Família constitucionalmente tutelado. O princípio da interpretação conforme a Constituição é “uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da Lei Maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações Jurídicas” (DIAS, 2015, p. 39).

Cumprir lembrar que as normas de Direito de Família – regras de direito privado - devem estar em consonância à legalidade constitucional. Ressalta Farias e Rosenvald (2013, p. 81) que é necessário elencar os princípios vitais e fundamentais do Direito de família sem os quais não é possível se aproximar de um direito justo. Esses princípios buscam assento em uma hermenêutica constitucional que traduz, por sua vez, o mais cristalino espírito de uma ordem civil, isto é, de um Direito Civil-Constitucional.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é princípio fundante do Estado Democrático de Direito, constando no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. A Constituição introduziu no ordenamento pátrio a concepção de satisfação e realização pessoal em detrimento à valorização do patrimônio, sendo assim, é natural entendermos a proteção da dignidade humana como objetivo máximo a ser resguardado pela sociedade.

Trata-se de um princípio tão importante que é entendido como valor nuclear da ordem constitucional, haja vista, representar a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social. A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial, essencialmente pertencente a todas os seres humanos, como membros iguais do gênero humano, que traduz um dever comum de respeito, proteção e intocabilidade (DIAS, 2015, p. 44).

Kant (1986 apud LÔBO, 2011, p. 60) ao versar acerca da dignidade da pessoa humana, estabelece que a dignidade está acima de qualquer preço, não admitindo ser substituída por qualquer outra coisa equivalente. Diz o filósofo que “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

O princípio da dignidade da pessoa humana detém um caráter intersubjetivo e relacional, evidenciando a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade humana. Nesse contexto, encontra-se a família, como espaço de convivência comunitária por excelência, estabelecendo condições e possibilidades da realização de vida digna, em comunhão com seus outros membros e respeito recíproco de suas dignidades como pais, filhos, cônjuges, companheiros, parentes, crianças, idosos. (LÔBO, 2011, p. 61-62). Sendo assim, o referido princípio se traduz na base da comunidade familiar, seja ela biológica ou socioafetiva, visando garantir a afetividade entre seus membros, bem como, seu pleno desenvolvimento e sua realização pessoal.

A família, antes da Constituição Federal de 1988, mantinha suas raízes patriarcais, concedendo plena cidadania ao “chefe” da família e negando a mesma prerrogativa aos demais membros. Ao observar os direitos (ou desigualdade de direitos) conferidos às mulheres e filhos antes do referido diploma é possível afirmar que as citadas figuras pouco tinham suas dignidades preservadas e protegidas. Nesse sentido, destaca Maria Berenice (2015, p. 45) que:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

O direito de família está intimamente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana. Especificamente, no direito de família o princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise, garantir a igual dignidade de tratamento, direitos e prerrogativas a todas as entidades familiares, sem distinção. Sendo assim, considera-se indigno, por exemplo, o tratamento diferenciado às diversas formas de organização familiares (DIAS, 2015, p. 45).

Por fim, a dignidade da pessoa humana tem na família a base apropriada para seu florescimento. A família encontra-se especialmente protegida pela Constituição, pouco importando sua origem, isto porque, deve-se compreender que o ambiente familiar possibilita e desenvolve as mais relevantes qualidades das pessoas humanas, quais sejam, afeto, solidariedade, união, respeito, confiança e o amor.

2.3.2 Princípio da liberdade nas relações de família

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 3º, inciso I, introduz no ordenamento pátrio, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Sendo assim, a garantia da liberdade é uma concepção intrínseca e basilar da sociedade atual, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

No âmbito familiar, Paulo Lôbo (2011, p. 69-70) afirma que a garantia da liberdade se traduz no poder de escolha ou autonomia de constituir, realizar ou extinguir a unidade familiar, sem imposição ou restrição externa de parentes, sociedade ou da legislação. Ainda, o princípio ora discutido garante a livre aquisição, administração e planejamento do patrimônio familiar; a liberdade na adoção de modelos educacionais, de valores culturais e religiosos; a livre formação dos filhos, respeitadas suas dignidades; a liberdade de agir, respeitando a integridade física, moral e mental da pessoa. Ainda, o autor estabelece que foi somente com a Constituição de 1988 que retirou-se definitivamente das sombras da exclusão e dos impedimentos legais as entidades não formadas pelo casamento e os filhos ilegítimos, isto é, a liberdade de cada indivíduo optar pelo projeto de vida familiar que mais lhe agrade.

Maria Berenice Dias (2015, p. 46) destaca que:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja o sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal.

Enfim, a liberdade garantida constitucionalmente se realiza na livre oportunidade de constituir, manter e extinguir a unidade familiar, no direito ao planejamento familiar, sem interferências públicas ou privadas, que é de livre decisão do casal (art. 226, § 7º, da Constituição), na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar garantindo uma organização familiar mais democrática, participativa e solidária. Nesse

ínterim, o princípio da liberdade é garantidor da permanente constituição e reinvenção da família, sendo que, tendo a família se desvinculado de suas funções tradicionais, não faz sentido que o Poder Público tenha interesse em regular deveres que restrinjam profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral (LÔBO, 2011, p. 70).

Cabe, por fim, destacar que o Código Civil refere-se ao princípio da liberdade nas relações familiares ao garantir o direito de escolha da constituição da unidade familiar (casamento, união estável, monoparental, homoafetiva, poliafetiva entre outras), sendo vetada a intervenção de pessoa pública ou privada (CC, art. 1.513); ainda, quando observa a livre-decisão acerca do planejamento familiar (CC, art. 1.565, § 2º), cabendo a intervenção estatal afim de propiciar recursos educacionais e informações científicas; na opção pelo regime matrimonial (CC, art. 1.639) e sua alteração no curso do casamento (CC, art. 1.639, § 2º); na opção de escolha entre divórcio judicial ou extrajudicial, presentes os pressupostos de lei (MADALENO, 2013, p. 93).

Destarte, é importante ressaltar que o princípio da liberdade está intimamente relacionado aos demais princípios que norteiam o direito das famílias, principalmente, o princípio da igualdade, que é analisado a seguir.

2.3.3 Princípio da igualdade e respeito às diferenças

Entre todos os ramos do Direito, o Direito de Família talvez tenha sido o que mais foi impactado pelo princípio da igualdade. Como já explanado, a unidade familiar sempre foi um espaço marcado por desigualdades. O homem assumia um papel de protagonista enquanto à mulher eram negados direitos fundamentais; o reconhecimento como unidade familiar era concedida apenas à família matrimonial; e, ainda, aos filhos não gerados sob o vínculo matrimonial era outorgado o rótulo de “ilegítimos”.

Somente com a Carta Constitucional de 1988 que a igualdade entre os membros familiares foi estabelecida como um direito máximo a ser garantido pelo Estado. A isonomia, além de já prevista no preâmbulo na Carta Magna, também se verifica no seu art. 5º que proclama “que todos são iguais perante a lei”, bem como, se observa no inciso I do mesmo artigo quando afirma que homens e a mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Especialmente quanto às relações familiares, Lôbo (2011, p. 66) ressalta que a Constituição se preocupou em extinguir três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: a desigualdade entre os cônjuges, entre os filhos e entre as entidades familiares. O autor completa:

O simples enunciado do § 5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. [...]. O § 6º do art. 227, por sua vez, introduziu a máxima igualdade entre os filhos, “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção”, em todas as relações jurídicas [...]. O *caput* do art. 226 tutela e protege a família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento.

A Carta Magna equiparou os cônjuges e companheiros entre si, os companheiros em relação aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além de igualar, ainda, os não-biológicos em relação aos biológicos. Deixou de existir a legitimidade familiar como categoria jurídica, já que apenas estabelecia um critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, “o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade do que qualquer outro” (LÔBO, 2011, p. 66).

No mesmo sentido, Rolf Madeleno (2013, p. 47) afirma que a revolução surgida com a CRFB/88 retirou de sua gênese o aspecto autoritário da prevalência da função masculina quando se preocupou em extinguir as relações de subordinação até então existentes entre os integrantes do grupo familiar. Ideia que se afasta das antigas exigências de ordem pública, onde o legislador outorgava uma única concepção coercitiva de sexualidade, de matrimônio e de relações baseadas na noção de submissão e de dependência da mulher. A citada revolução ocorrida no Direito de Família resultou profundas incursões em relação a proteção da união estável, da equiparação entre os cônjuges, entre si, e em relação aos companheiros e de facilitação da dissolução da entidade familiar.

Cabe ressaltar que o princípio da igualdade sustenta a igualdade formal e substancial entre os membros familiares, não permitindo que ocorra qualquer tratamento discriminatório entre gêneros sexuais. Porém, deve-se respeitar as diferenças sociais, econômicas e psicológicas existentes entre os gêneros. A isonomia não pode ignorar as diferenças culturais e naturais existentes entre pessoas, bem como, entre as entidades familiares.

Como informa Lôbo (2011, p. 67), homens e mulheres são diferentes; pais e filhos são diferentes; crianças, adultos e idosos são diferentes; a família matrimonial, a união

estável, a família monoparental e as demais famílias são diferentes. Entretanto, tais diferenças não podem autorizar um tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que diz respeito a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada ente familiar. As diferenças e igualdades nas relações familiares resultam na compreensão de que não há qualquer justificativa jurídico-constitucional para distinção ou hierarquização de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, porém, é necessário entender e respeitar que todas são diferentes, não se podendo outorgar um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, tendo em vista a natureza de livre constituição da primeira.

Assim, completa Maria Berenice (DIAS, 2015, p.48), que a desigualdade de gêneros foi banida, bem como, as distâncias entre homens e mulheres vêm diminuindo - depois de séculos de tratamento discriminatório. “A igualdade, porém, não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignoradas pelo direito. O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre os sexos dentro do princípio da igualdade”.

2.3.4 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar, assim como o princípio da liberdade, encontra respaldo na Constituição Federal de 1988 no art. 3º, inciso I. É objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária. No capítulo destinada à família, a Constituição impõe à sociedade, ao Estado e à família, tendo em vista o referido princípio, o dever de proteção do grupo familiar (art. 226, CF), de proteção da criança e do adolescente (art. 227, CF) e de proteção aos idosos (art. 230).

O citado princípio tem origem nos vínculos afetivos, dispondo de acentuado conteúdo ético pois, compreende em seu significado as noções de fraternidade e reciprocidade. Nesse sentido, Lôbo (2011, p. 62) afirma que a solidariedade se projetou para o mundo jurídico como um vínculo racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que resulta em uma oferta de auxílio, apoiando-se na semelhança de interesses e objetivos, de maneira a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.

A solidariedade no âmbito familiar compreende a mútua ajuda, assistência e apoio entre os entes de uma unidade familiar, seja moral ou material. O referido princípio é oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, pois estes vínculos só se sustentam e se

desenvolvem em um espaço recíproco de compreensão e cooperação, onde os membros se ajudam mutuamente sempre que se fizer necessário. (MADALENO, 2013, p. 93)

No Código Civil percebe-se a influência do princípio da solidariedade, assim como, nota-se a importância conferida pelo legislador ao referido princípio, estabelecendo, também, a solidariedade como uma das bases da constituição das famílias. O art. 1.513, do CC, dispõe que a comunhão de vida instituída pela família apoia-se na cooperação entre seus integrantes; segundo o art. 1.618, da mesma codificação, o instituto da adoção resulta do sentimento de solidariedade; o art. 1.630 esclarece que o poder familiar deve ser exercido no interesse dos filhos; os artigos 1.566 e 1.567 estabelecem que a direção da família, bem como, a assistência moral e material entre cônjuges e companheiros são deveres revestidos de solidariedade; o art. 1.568 dispõe que os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos, para o sustento da família; os artigos 1.640 e 1.725 estabelecem o regime de comunhão parcial de bens, tanto no matrimônio, quanto na união estável, como o regime a ser adotado (caso não haja convenção diversa), não sendo necessária a comprovação de participação do outro cônjuge na aquisição dos bens; por fim, a prestação de alimentos, disposta no art. 1.694, que é garantida aos parentes, cônjuge ou companheiro decorre da solidariedade entre os entes familiares.

Destarte, cabe ressaltar que nos tribunais brasileiros, a aplicação do princípio da solidariedade avança no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de manter vivo o vínculo afetivo com as crianças e adolescentes, uma vez que, “no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados” (LÔBO, 2011, p. 65).

2.3.5 Princípio da pluralidade das formas de família

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento pátrio novos contornos e concepções acerca das estruturas familiares. Ao deixar de garantir proteção constitucional apenas à família matrimonial, passando a reconhecer a união estável e a família monoparental como unidades familiares e, com isso, ampliando o conceito de família, garantiu a todas as unidades familiares não decorrentes do matrimônio direitos e garantias igualitárias. Com isso, a Carta Magna retirou da margem da lei, famílias que já existiam, mas que, até então, não eram protegidas juridicamente.

Sobre o tema, Farias e Rosenvald (2013, p. 88) averbam que

O legislador constituinte apenas normatizou o que já apresentava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento uma solenidade, uma convenção social, adaptando assim o direito aos anseios e às necessidades da sociedade. Assim, passou a receber proteção estatal, como reza o art. 226 da Constituição Federal, não somente a família originada através do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável e a família monoparental.

Sendo assim, o princípio do pluralismo das entidades familiares deve ser compreendido como o reconhecimento estatal da existência de várias possibilidades de arranjos familiares. De maneira que, excluir do âmbito de proteção jurisdicional unidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que resultam no comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial significa, simplesmente, permitir o enriquecimento injustificado e ser conivente com a injustiça (DIAS, 2015, p. 49).

Rolf Madaleno (2013, p. 98) destaca que durante muito tempo travou-se nos tribunais brasileiros constantes discussões acerca do reconhecimento das relações homossexuais como entidades familiares, muito embora tenha quem defenda ser muito mais amplo e variadíssimo o quadro de modalidades familiares existente na sociedade atual. Afirma o autor, não ser mais admissível negar o reconhecimento de unidade familiar à união estável homoafetiva, principalmente tendo em vista o pronunciamento do STF com o julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277, bem como, a qualquer entidade familiar “não tradicional”, que se compõe por elos de afeto.

Dúvida inexistente de que uma relação contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo poderá produzir efeitos no âmbito do Direito das Famílias, seja na esfera pessoal ou existencial. Trata-se de simples projeção do princípio da pluralidade das entidades familiares, reconhecendo que a sua base fundante é a mesma das relações heteroafetivas, como o casamento e a união estável (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 89).

Por fim, é importante notar que a Constituição Federal de 1988 buscou com a ampliação do leque de entidades familiares, garantir proteção àqueles que, fora das concepções tradicionais, viviam em família. A Constituição introduziu a família monoparental e a convencional em seu rol de maneira exemplificativa, apenas. Isto porque, no direito de família contemporâneo regido pelo afeto, ética, amor, solidariedade, satisfação pessoal e, principalmente, a vontade livre e desimpedida de constituir família é, simplesmente, um contrassenso engessar o direito e às famílias aos modelos descritos na Constituição. O direito da família, principalmente, vive em constantes mudanças e evoluções, sendo inútil ao direito,

como reflexo dos anseios e necessidades sociais, entender como taxativo o rol estabelecido pela Carta Magna, além de ser revestido de puro preconceito.

2.3.6 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade, apesar de não expresso na Carta Magna de 1988, é, sem dúvida, fundamento do Direito de Família atual que preza pelos vínculos socioafetivos e pela vontade livre e consciente de comunhão de vida, em face da preponderância dos vínculos patrimoniais ou biológicos de outrora. Nesse sentido, como bem observa Lôbo (2011, p. 70) uma das grandes evoluções dentro das famílias, introduzida pela Constituição de 1998, foi o reconhecimento da natureza cultural das famílias e não, exclusivamente, biológica.

A família, como já visto, perdeu sua característica patrimonialista e desigual, sendo orientada pela realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros, assim, não é mais possível mais se falar em modelo único de família. É nesse contexto que a afetividade nasce no âmbito jurídico, objetivando explicar as relações familiares atuais (DIAS, 2015, p. 53).

O âmbito familiar, ao ser dispensado de suas funções econômicas, religiosas, educacional e assistencial, tende a ser cada vez mais um ambiente propício para o despontar da afetividade, sendo decisivo para que homens e mulheres cresçam psicologicamente sadios, com autoestima e passíveis de desenvolver sua identidade (SANTIAGO, 2014, p. 47).

A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares (LÔBO, 2011, p. 73).

Nos tempos atuais, o afeto é a mola propulsora das relações familiares e interpessoais, movidas pelo sentimento e pelo amor, objetivando dar sentido e dignidade à vida humana. A afetividade deve ser a constante dos vínculos de filiação e parentesco, variando somente, no caso concreto, sua intensidade e especificações. Nesse viés, vale observar que não há sobreposição dos vínculos sanguíneos em relação aos afetivos, podendo até mesmo, prevalecerem estes sobre aqueles. O afeto resulta da liberdade e convivência do casal entre si, com seus filhos, entre parentes, sendo necessário apenas que o ambiente familiar oportunize a todo indivíduo criar laços e afeiçoar-se uns aos outros (MADELENO, 2013, p. 98-99).

O princípio da afetividade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, isto porque, propicia a comunhão de vida de um grupo unido voluntariamente e, que assim permanece, em virtude dos laços afetivos. Lôbo (2011, p. 71) diz que o princípio em tela faz nascer a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do grande sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pela prevalência de interesses patrimoniais. “É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares”.

Maria Berenice Dias (2015, p. 52) afirma que o Estado se incube de obrigações com seus cidadãos, de maneira que elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Essas obrigações traduzem-se no compromisso de assegurar a manifestação do afeto, cabendo ao próprio Estado a obrigação principal de possibilitar a existência dos vínculos de afetividade, bem como, garantir a todos a liberdade de manter tais vínculos, seja com quem for. O direito ao afeto está intimamente relacionado ao direito fundamental à felicidade, cabendo ao Estado não interferir - nem dificultar - na busca, daquilo que motiva a vida dos seus membros, que é a felicidade. E mais, deve o Estado criar instrumentos que contribuam para que as pessoas alcancem a felicidade, sempre considerando o que é importante para a comunidade e para o indivíduo.

Cabe, então, compreender que a organização familiar, ao ultrapassar suas funções tradicionais, reencontrou-se no princípio da afetividade, isto é, na comunhão de afeto, sendo pouco relevante o modelo adotado ou se seus integrantes optarem por seguir um padrão de “família” comumente praticado pela sociedade (SANTIAGO, 2014, p. 46).

Ainda, destaca Santiago (2014, p. 47) que:

Os vínculos de afetividade projetam-se no âmbito jurídico como a essência das relações familiares. O afeto consubstancia a diferença que define a entidade familiar. Representa o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diário, como decorrência de uma origem comum ou em razão de um destino comum que faz unir suas vidas de forma íntima, gerando efeitos patrimoniais e morais.

Em outras palavras, o que identifica a família, atualmente, não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de natureza sexual. [...] O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo [...].

Por fim, Rafael da Silva Santiago (2014, p. 48-50) ainda informa que, apesar de o princípio da afetividade ser um dos mais novos princípios norteadores das relações familiares, é a base fundamental do Direito de família. A afetividade, em conjunto com os demais princípios, fez florescer uma nova compreensão para o Direito de Família, edificando novos

paradigmas no sistema jurídico brasileiro que impulsionam a dignidade e a personalidade dos entes familiares, bem como, a valorização do afeto, a priorização de sua autodeterminação afetiva e a garantia da igualdade e da liberdade de instituir família, que passa, portanto, a merecer uma especial tutela estatal.

2.3.7 Seria a monogamia um princípio do Direito de Família?

A monogamia não consta expressamente na Constituição Federal de 1988 como princípio norteador do Direito de Família. Apesar desse fator, é inegável sua defesa como princípio pela nossa ordem jurídica, encontrando certo apoio na legislação infraconstitucional e na própria sociedade, cuja orientação religiosa induz a esse entendimento (SANTIAGO, 2014, p. 69).

Entretanto, cabe tecer alguns comentários acerca do assunto¹. No entendimento de Rafael da Silva Santiago (2014, p. 69), a ideia de que a monogamia se enquadraria num princípio do Direito de Família seria um dogma, “uma verdade proclamada à priori”, que tem por base o senso comum dos juristas e que necessita de construções argumentativas para legitimar-se. Afirma, ainda, o autor:

É preciso se desvencilhar dessa concepção clássica e inquestionável da monogamia, sob pena de se admitir a exclusão de sujeitos de direitos fundamentais da devida proteção que o Direito deve-lhes assegurar, instrumentalizando a entidade familiar à promoção de valores ultrapassados, cuja rigidez diz respeito a setores preconceituosos da sociedade, que não refletem a tábua axiológica estabelecida pela Constituição de 1988.

¹ Cumpre destacar que Friedrich Engels, em sua obra “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado” busca estabelecer a origem histórica da monogamia. Diz o autor (1984, p. 31-36) que em uma época primitiva, imperava no seio da tribo o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente à todos os homens, assim como, cada homem a todas às mulheres. Posteriormente, descobriu-se que a referida prática não conduzia a um estado de promiscuidade dos sexos, mas sim, a um matrimônio em grupos. Tal fato retrata que a monogamia não se trata de um fator inerente à sociedade e que existiram modelos de matrimônios peculiares na história da humanidade. Afirma, ainda, Engels (1984, p. 62-66) que a passagem ao período monogâmico tem o condão de assegurar a fidelidade da mulher e, conseqüentemente, a paternidade dos filhos. De maneira que a monogamia está fundada no predomínio do homem e tem por finalidade a procriação dos filhos, cuja paternidade seria indiscutível, sendo este fator exigido já que os filhos um dia tomariam posse dos bens de seu pai. Deste modo, nota-se que a família monogâmica não resultou do amor sexual individual, eram somente casamentos de convivência, baseados em condições econômicas, não naturais e, concretamente, no triunfo da propriedade privada sob a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente. “A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a 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. [...] o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino” (ENGELS, 1984, p. 70-71). Enfim, afirma o autor (1984, p. 82) que a monogamia nasceu da concentração de riquezas nas mesmas mãos – de um homem – e do desejo de transmitir essas riquezas aos seus filhos, através da herança, excluídos os filhos de qualquer outro. Por isso se fazia necessário a monogamia da mulher, mas não a do marido, tanto que a monogamia daquela nunca constitui empecilho à poligamia deste, oculta ou descarada.

Cumpra, inicialmente, quando trata-se acerca da monogamia estabelecer um paralelo entre a concepção de princípio e valor. Princípio reflete o dever de adotar comportamentos necessários à realização de certo estado de coisas que se deseja promover, impondo um “dever ser”. Os princípios, assim como, as normas, obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual alcance, a assumir determinado comportamento que consubstancia expectativas gerais (SANTIAGO, 2014, p. 91-92).

Porém, mais importante nesse momento é caracterizar os valores. Estes traduzem a “ciência dos juízos, da apreciação, da estimação que o ser humano dá aos bens e a tudo aquilo que lhe rodeia”. Nesse sentido, todo indivíduo possui uma escala de apreciação própria, isto é, possui sua escala valorativa, onde cada qual aprecia em graus diferentes a realidade que o cerca, conferindo valores maiores ou menores aos bens e às pessoas. Significa dizer que o domínio dos valores pressupõe a escolha de um caminho, a atribuição de um qualificativo, uma seletividade, ou seja, uma tomada de posição, estando estas a cargo das meras preferências e escolhas pessoais (SANTIAGO, 2014, p. 90).

Os valores não implicam num “dever-ser”, mas resultam numa escolha “do que é melhor”. Quando há uma colisão entre valores, a solução não preceitua o que é devido, mas indica apenas o que melhor é apreciado por aquele que faz a opção. Os valores possuem natureza meramente axiológica, em contraponto aos princípios que possuem caráter deontológico.

Os princípios relacionam-se aos valores porquanto o estabelecimento de fins implica uma qualificação positiva de um estado de coisas que se deseja promover. Entretanto, afastam-se dos valores por se situarem na dimensão deontológica e, por conseguinte, estipularem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas. (SANTIAGO, 2014, p. 91).

Dando continuidade, é necessário antes de buscar-se estabelecer a monogamia como valor ou princípio, realizar uma análise jurídica acerca da fidelidade. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 105) discutir sobre a exigência – ou não – da adoção do sistema monogâmico pelo sistema pátrio implica em debater sobre a fidelidade conjugal. Afirma o autor, que a fidelidade é um **valor** juridicamente tutelado, devendo ser entendida como um dever legal decorrente do casamento ou união estável, como observa-se nos dispositivos 1.566 e 1.724, do Código Civil.

“Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

[...]”

“Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Porém, embora a fidelidade seja um dever conjugal, não é possível concluir que a monogamia, apesar de ser uma nota característica do sistema brasileiro, enquadre-se em princípio norteador do direito de família constitucional, sendo a fidelidade e a monogamia, na verdade e apenas, um padrão valorativo. Nesse contexto, o Estado, observando seu dever de intervenção mínima nas relações familiares, não poderia sob quaisquer pretextos impor, coercitivamente, a todos os casais, a estrita observância da fidelidade recíproca (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 105).

A atuação estatal não poderia invadir essa esfera de intimidade, pois, em uma relação de afeto, são os protagonistas que devem estabelecer as regras aceitáveis de convivência, desde que não violem a sua dignidade, nem interesses de terceiros.

Qual é a legitimidade que o Estado tem para dizer quando alguém deve ser perdoado ou se alguma conduta deve ser aceita?

O que dizer, por exemplo, do casal que vive em poliamorismo? (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 106)

No mesmo sentido, na concepção de Maria Berenice Dias (2015, p. 42), a monogamia não deve ser considerada um princípio constitucional do Direito de Família, mas, no máximo, uma regra moral. Ainda que a legislação pátria recrimine quem não observa o dever de fidelidade, a própria lei tolera a traição, ao não permitir que os filhos sejam discriminados de qualquer maneira, mesmo quando nascidos de relações adúlteras ou incestuosas, de maneira que não é possível admitir a monogamia como princípio constitucional.

A monogamia - que é monogamia só para a mulher – não foi instituída em favor do amor. Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. Serve muito mais a questões patrimoniais, sucessórias e econômicas. Embora a unicongualidade disponha de valor jurídico, não passa de um sistema de regras morais. De qualquer modo, seria irreal negar que a sociedade ocidental contemporânea é, efetivamente, centrada em um modelo familiar monogâmico, mas não cabe ao Estado, em efetivo desvio funcional, se apropriar deste lugar de interdição (DIAS, 2015, p. 42).

É inegável que o Direito depende de valores, tendo em vista, que as normas são estabelecidas com bases nestes. Entretanto, a monogamia, quando compreendida como um princípio, reflete uma ideia atrasada da família. Na concepção de família anterior à 1988, a unidade familiar se destacava como um núcleo de produção e conservação do patrimônio, sendo necessário à sociedade que a família fosse una. Os membros da família se auto-sustentavam à medida que a mesma tivesse unidade, motivo pelo qual não se poderiam admitir situações capazes de interferir na convivência entre seus membros (SANTIAGO, 2014, p. 89).

Entretanto, considerando o avanço constitucional em relação à família, é arcaico mantermos a mesma diretriz, até mesmo em relação aos valores que orientam as normas jurídicas pátrias. A Constituição de 1988, trouxe novos dispositivos, novos princípios e novos valores à ordem jurídica brasileira. Sendo assim, a monogamia, que nada mais é que um valor, encontra-se ultrapassada visto o paradigma das famílias atuais, vindo a ser substituída por valores como o da satisfação pessoal, a busca da felicidade, bem como, a liberdade de autodeterminação de suas famílias.

Diante do exposto, cumpre concluir que a monogamia é um vetor axiológico, meramente um valor, que depende da preferência e juízo pessoal de cada indivíduo, não podendo assumir qualquer pretensão de obrigatoriedade geral. Compreender a monogamia como princípio, seria desrespeitar a constitucionalização do Direito de Família e não considerar a dignidade da pessoa humana como fundamento máximo da sociedade. Seria desconsiderar o reconhecimento constitucional do princípio da pluralidade das relações familiares, bem como, o entendimento de que a família funciona ao desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros. Enfim, resultaria no descarte de toda a evolução do Direito de Família pós-moderno (SANTIAGO, 2014, p. 96-97).

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 106) afirmam que a monogamia deve ser encarada, no máximo, como nota característica do ordenamento pátrio, jamais como princípio orientador do sistema jurídico, isto porque, dada a forte carga normativa que detém um princípio é prudente evitar essa classificação. Embora a fidelidade e a monogamia sejam consagradas valores juridicamente tutelados, ressaltam os autores, não se trata de um aspecto comportamental absoluto e inalterável pela vontade das partes, nem que pode ser imposto pelo Estado.

Rafael da Silva Santiago (2014, p. 97) conclui brilhantemente

O raciocínio é simples: por meio de um exercício hermenêutico subversivo e flagrantemente inconstitucional, extrai-se a monogamia a partir da interpretação de dispositivos legais que já nasceram ultrapassados, qualificando-a como princípio. Como o princípio é dotado de força normativa, isto é, impõe um verdadeiro dever ser, situando-se no plano deontológico, qualquer relacionamento íntimo, sexual e/ou amoroso que contrarie os preceitos monogâmicos contraria, em verdade, um dever-ser reconhecido pelo Direito brasileiro, violando a normatividade da monogamia enquanto princípio do Direito de Família.

Esse é um raciocínio preconceituoso, inconstitucional e que não encontra fundamento frente ao atual cenário do Direito de Família e à tábua axiológica estabelecida pela Constituição de 1988.

Por fim, a outorga da monogamia como princípio norteador do direito de família, fundado tão somente na leitura de um texto legal que exterioriza o dever de fidelidade e

exclusividade conjugal, sem qualquer respaldo constitucional, reflete, “uma simplicidade hermenêutica temerária, que nega proteção normativa a sujeitos de direitos fundamentais” (SANTIAGO, 2014, p. 98).

3 A AUTONOMIA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO DAS FAMÍLIAS

3.1 Direito de família: natureza pública ou privada?

Há certa discussão, no direito, acerca da dicotomia direito público e privado, pois se considera que esta diferenciação seria desnecessária, tendo em vista, as transformações as quais o Direito foi submetido em razão do Estado Social tornando, conseqüentemente, ultrapassada a ideologia individualista característica do Estado Liberal. O Estado Social, no qual se baseia o direito brasileiro atual, tem por natureza as interferências recíprocas entre o público e privado, sendo inaplicável ao direito a pretendida separação Estado/Indivíduo defendida pelo Estado Liberal. A exclusiva autonomia dos indivíduos passou a ser objeto de intervenção legislativa, judicial e administrativa, principalmente em razão da constitucionalização dos antigos direitos privados (LÔBO, 2011, p. 44-45).

Sendo assim, a intervenção estatal em institutos considerados exclusivamente de Direito Privado, em maior ou menor grau, tornou-se comum. Entretanto, não retirou, por exemplo, do Direito Civil – direito privado, por excelência – a sua natureza privada. Nesse viés, é imprescindível reconhecer a natureza privada do Direito Civil e, assim, do Direito de Família, sobretudo para que sirva de freio à interferência estatal nas relações familiares (PEREIRA, 2004, p. 109).

Paulo Lôbo (2011, p. 45) informa que apesar da relevante discussão acima apresentada, “a dicotomia direito público e privado mudou de natureza e permaneceu com função prático-operacional, jamais substituída por outro modelo mais convincente. À falta deste, segue sua trajetória, facilitando a comunicação jurídica”. E, completa, ao afirmar que o critério para delimitação da natureza pública ou privada do Estado liberal, que seria a total exclusão de intervenção estatal nas relações privadas, passou a ser substituída pelo critério da igualdade ou desigualdade na relação jurídica. Nesse sentido, cabe concluir que o direito terá natureza pública quando uma relação entre partes for juridicamente desigual em relação à pessoa privada e o Estado; enquanto, o direito terá natureza privada, se a relação jurídica, independentemente do grau de intervenção do Estado ou da limitação da autonomia das partes, for realizada entre pessoas privadas ou destas com o Estado, quando este não estiver investido de seu império, isto é, estiverem em pé de igualdade.

Assim, o Direito de Família é definitivamente um ramo do direito privado, ou melhor, nada é mais privado que o Direito de Família, mesmo que algumas de suas normas resultem da interferência estatal ou reduzam sua autonomia. A relação familiar versa acerca de interesses particulares e por essa razão faz parte da estrutura do Direito Civil, sendo que o interesse desse ramo do direito diz respeito, fundamentalmente, à liberdade e vontade da pessoa humana. Por esse motivo, detêm as relações familiares o caráter privado destinando-se a tutela do ser, em seus mais diversos interesses morais e materiais (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 52).

O direito de família é visceralmente composto de direitos pessoais, ainda que a patrimonialização fomentada pelo individualismo liberal se lhos toldasse, em sua trajetória histórica. A realização da pessoa humana e de sua dignidade no ambiente familiar é sua finalidade. Nada é mais privado que a vida familiar.

O direito de família todavia não pertence ao direito público, mas ao direito privado: assim, pelo tipo de relações que compreende, relativamente aos aspectos e setores mais reservados e íntimos, 'mais privado', se assim se pode dizer, da pessoa na comunidade familiar [...] (LÓBO, 2011, p. 46).

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2015, p. 34-35) afirma que é impossível conceber algo mais privado, mais profundamente humano que a família, onde o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. A intenção de classificar o direito de família como ramo público representa um contrassenso na medida que possibilita um nível de intervenção estatal intolerável na vida íntima.

Como visto, a discussão acerca da natureza do Direito de Família paira sob o intervencionismo estatal na regulação das famílias. Essa atuação é questionada em razão do comprometimento do Poder Público em garantir e proteger a família, bem como, coordenar as relações entre seus membros, conforme dever estabelecido em preceitos e princípios constitucionais. Com isso, é inegável que restam presentes no Direito de Família normas imperativas ou cogentes, isto é, normas inderrogáveis e que incidem independente da vontade das partes, não podendo ser descumpridas nem repactuadas. São regras que não se sujeitam à vontade das partes, chamadas de normas de ordem pública, entendidas por regularem o interesse geral, priorizando o interesse da coletividade em razão à escolha do indivíduo, daí o caráter publicista (DIAS, 2015, p. 34).

Nesse viés, vê-se o motivo por qual busca-se equivocadamente afirmar a natureza pública das normas de direito de família, pois apesar de tutelar a vontade privada das partes, sofre de interseções e limitações de ordem pública, propiciadas pela natureza indisponível e personalíssima de algumas de suas normas jurídicas, principalmente quanto às normas que dizem respeito às relações familiares existenciais. Sendo assim, certas normas de Direito de

Família apresentam-se como irrenunciáveis, intransmissíveis, inusucapíveis, inalienáveis, imprescritíveis, não incidem a decadência e não admitem o estabelecimento de termo ou condição (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 53).

Em síntese apertada: apesar de encartada, topologicamente, na seara do direito privado (e, por conseguinte, submetida à autonomia privada, norteadora das relações entre particulares), a norma jurídica (princípios e regras) de Direito das Famílias pode, eventualmente, se apresentar cogente e de ordem pública, quando disser respeito a situações existenciais. É o exemplo dos institutos relativos à filiação e ao bem de família (direito social à moradia). Considerada a peculiar natureza que adquirem as normas familiares nas relações existenciais, vislumbra-se uma certa mitigação da autonomia privada (princípio norteador do Direito Civil como um todo), embora não integralmente (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 53).

Assim, apesar da aproximação do Direito de Família ao direito público, permanece aquele como um ramo do direito privado, haja vista que está disciplinado num dos mais importantes setores do Direito Civil, além de não regular diretamente uma relação entre o Estado e o particular. As relações jurídicas referentes ao âmbito familiar restringem-se, exclusivamente, às pessoas físicas, não obrigando o ente estatal a solucionar os litígios provenientes destas relações. A obrigação de proteção às entidades familiares, à prole, aos menores, ao casamento, aos regimes de bens não vai além da mera tutela, não acarretando ao Estado a responsabilidade direta na observância ou não das normas correspondentes pelos cônjuges ou mais sujeitos da relação jurídica (RIZZARDO, 2011, p. 5).

No mesmo sentido, versa Paulo Lôbo (2011, p. 45):

O direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública. Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si. Não lhe retira essa natureza o fato de ser o ramo do direito civil em que é menor a autonomia privada e em que é marcante a intervenção legislativa. Diz-se que 'as situações sociais típicas ou os supostos institucionais do direito civil são, precisamente, a pessoa, a família e o patrimônio'.

Ainda, Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 209) corrobora o entendimento de que as regras que regem o Direito de Família são normas de Direito Privado, haja vista que os interesses tutelados são predominantemente individuais, versando-se, portanto, de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo. Sendo que, os interesses da família e dos indivíduos que à compõem, não devem sofrer a intervenção direta e ostensiva do Estado, a quem cabe somente tutelá-los. Deve-se atentar que o dever de tutelar não pode se confundir com o poder de fiscalizar e controlar as relações familiares, de maneira que restrinja sua autônoma privada e limite a vontade e liberdade de seus membros.

Por fim, Maria Berenice Dias (2015, p. 35) informa que atualmente o direito caminha da direção de reduzir a atuação interventiva do Estado nas relações interpessoais. A esfera privada das relações conjugais avança cada vez mais no sentido de repudiar a interferência estatal, considerando que não cabe ao Estado o poder de controlar as formas de constituição das famílias, pois essas são plurais. A aceitação das mais diversas formas de entidades familiares pela sociedade reflete a liberdade dos sujeitos de constituírem suas famílias nos moldes – ou sem moldes pré-estabelecidos – que lhes convier, dentro do exercício de sua liberdade.

3.2 A Intervenção mínima do Estado nas relações familiares: A autonomia privada no Direito de Família.

O debate sobre a intervenção do Estado nas relações de família é de suma importância e relevância considerando o cenário atual de constitucionalização do direito privado, a proteção constitucional destinada à pessoa humana e a recente questão das novas composições de famílias – famílias plurais – tendo, por propósito derradeiro a garantia e valorização da autônima privada dentro da jurisdição familiar.

Conforme visto, o Direito de Família contemporâneo é definido como um ramo do direito privado e, sendo assim, privadas são as relações jurídicas decorrentes do âmbito familiar, que se submetem ao exercício da autonomia privada dos indivíduos. Nesse sentido, qualquer intervenção estatal na família somente será legítima e justificável se tiver por fundamento a proteção dos sujeitos de direito que não se encontram em pé de igualdade aos demais sujeitos da relação familiar, como é o caso, por exemplo, da criança, do adolescente e dos idosos. Isto é, somente cabe ao Estado interferir nas relações privadas, especificamente nas relações de família, afim de assegurar garantias mínimas e fundamentais aos membros dessas relações (FARIAS; ROSELVALD, 2013, p. 157-158)

Em verdade, o Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros – como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc –, e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada dos mesmos, o desenvolvimento da sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo afetivo.

Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família. (ALVES, 2014, p. 141-142).

A constitucionalização dos direitos privados, introduzida pela Constituição Federal de 1988, fez com que os até então pilares do Direito Civil, a propriedade e o contrato, entrassem em choque com as novas ideias constitucionais. As regras e institutos do Direito Civil sofreram mudanças no sentido de se despatrimonializarem, ao mesmo tempo em que foi dada ênfase à proteção da dignidade da pessoa humana, que resultou no entendimento da dignidade como elemento central do indivíduo e conseqüentemente das relações jurídicas. Com a preponderância da dignidade da pessoa humana, o campo de aplicação da autonomia privada, característico das relações civilistas, ampliou-se, recaindo também sob as relações familiares. No âmbito familiar, cabe aos seus membros estabelecer um regramento próprio de convivência, sendo que, é a partir desta órbita interna da família que surgem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, quanto os seus membros individualmente (PEREIRA, 2004, p. 110).

É sob esse novo aspecto do direito privado que a família atual assume um novo papel, não admitindo mais a ingerência estatal, sobretudo sob questões que dizem respeito à intimidade de seus integrantes. A propagação da interferência mínima do Estado nas relações privadas resultou num processo de privatização das relações familiares, sendo este processo reconhecido como a *privatização do Estado e desinstitucionalização da família*² (PEREIRA, 2004, p. 111).

Na medida que a unidade familiar deixou de ser entendida como base do Estado passando a representar o ambiente de consagrações pessoais e existências, manifestou-se uma tendência do homem moderno de privatizar suas relações amorosas, conjugais ou afetivas, de forma a não mais admitir que sua esfera privada esteja sob o crivo do Estado, da sociedade, e, portanto, do direito. Atualmente, a unidade familiar e seus membros buscam a autonomia, liberdade e menos intervenção estatal na vida íntima, já que, historicamente, o que nota-se, é uma legislação provedora de desigualdades e menos emancipadora (LÔBO, 2011, p. 20).

No mesmo sentido assevera Rolf Madaleno (2013, p. 91) que o Estado-juiz sempre interferiu com maior ênfase no Direito de Família e, portanto, na dinâmica familiar,

² “Num mesmo arco, duas pontas de análise ligam o núcleo deste trabalho: de um lado, a denominada privatização do Estado, e de outro, a desinstitucionalização da família. Quanto à primeira, tem-se que a nova vestimenta do liberalismo se mostra, na teoria política, como ‘fator do Estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário). Quanto à segunda, leva-se em conta que a família ‘perdeu suas funções públicas e passou a ter apenas funções privadas, deixando de ser uma instituição para chegar à informalidade’ (FACHIN, 1996 *apud* PEREIRA, 2004, P. 111).

impondo freios e restrições a sua liberdade e a suas regras, mirando sempre a defesa da célula familiar, valor maior a justificar, falsamente, a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federativa de 1988 elevou a preservação da dignidade da pessoa humana, em contraposição aos interesses patrimoniais dos indivíduos e, nesse viés evolutivo, o Código Civil de 2002 modificou seus conceitos e institutos no sentido a operar a despatrimonialização das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas conexões jurídicas.

Leonardo Barreto Moreira Alves (2009, p. 135) afirma que:

É com fundamento nesta concepção que o Estado reconhece como entidade familiar agrupamentos formados sem vínculos jurídicos formais, sem uma solenidade oficial, ou seja, as famílias de fato, cujo exemplo mais marcante é a união estável (artigo 226, § 3º, da Constituição Federal).

Com a proteção constitucional dedicada à pessoa humana observou-se uma limitação da presença do Estado nas relações de família, devendo ser respeitada a liberdade dos componentes dos núcleos familiares. Significa dizer que os membros do grupo familiar podem, livremente, tocar seus projetos de vida, sendo ilegítima a interferência estatal quando a família é gerida por pessoas livres e iguais, somente sendo justificável a interferência do Poder Público para garantir, justamente, o exercício dessa liberdade. Trata-se da afirmação da autonomia privada no Direito de Família (FARIAS; ROSELVALD, 2013, p. 158)

Nesse sentido, a intervenção estatal jamais poderia influir, por exemplo, na formação das estruturas familiares. Não se poderia admitir que o Estado pudesse moldar ou deixar de reconhecer, através de concepções apriorísticas, determinados núcleos familiares. Ao Estado não caberia intervir no âmbito do Direito de Família a ponto de aniquilar sua base socioafetiva e deixar de aplicar princípios constitucionais, dentre eles o da afetividade, que tem por um de seus fundamentos a negação desse tipo de agressão estatal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 53).

Assim, a família deve ser compreendida como uma entidade democrática, aberta, plural, que busque promover a dignidade dos seus membros, de maneira que é inegável que a incidência da autonomia privada no âmbito familiar deve ser uma regra geral. Considerando esta autonomia, cabe ao núcleo familiar ser o âmbito ideal para que cada indivíduo cultive e desenvolva suas relações afetivas da maneira que mais bem lhe interessar (ALVES, 2009, p. 138-139). Completa o autor:

Isso significa, também como regra geral, que o Estado não deve ingerir no âmbito familiar, devendo ser reservado espaço íntimo para que seus próprios componentes, por meio do afeto, busquem a felicidade própria, desenvolvam a sua personalidade, e, por consequência, fomentem a satisfação uns dos outros. Nesse sentido, lembre-

se mais uma vez que a família dos dias de hoje, por envolver relações afetivas, é muito mais uma entidade de fato do que uma instituição jurídica de monopólio do Estado, como outrora era tratada.

Assim, não pode o Estado pretender sufocar as relações familiares, devendo permitir o exercício da liberdade afetiva por parte dos seus membros [...].

A atuação do Estado no âmbito das famílias deve respeitar a intrínseca concepção privatista desse espaço, de maneira que mantenha incólume a autonomia, isto é, a liberdade de autodeterminação afetiva de cada pessoa humana, permitindo e garantindo a busca da realização plena e da felicidade dos membros do núcleo familiar. É imprescindível reconhecer a suplantação definitiva da ingerência do Poder Público sobre os aspectos mais íntimos e personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito aos titulares de suas vontades. Ao Estado incube ir se retirando de um espaço que “sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 158-159).

É na conjuntura descrita acima que o artigo 226, *caput*, da Carta Magna – “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” – ganha destaque. A família idealizada constitucionalmente é a base da sociedade, não do Estado e, por esse motivo, goza de especial proteção e não monopólio de regulamentação por parte do Poder Público (ALVES, 2009, p. 134).

O mencionado dispositivo estabeleceu, sem margens a questionamentos, a abrangência da atuação do ente público, cabendo a este assumir a posição de “Estado-protetor” e não de “Estado-interventor”. Com isso, nota-se que a Carta Magna buscou unificar a liberdade garantida a cada indivíduo ao importante papel assumido pela família, tanto em nossa sociedade, quanto para o Estado. Ao garantir, no art. 5º, a liberdade entre o rol de direitos e garantias dos indivíduos, a CRFB/88 conferiu autonomia ao núcleo familiar, bem como, assegurou que se mantivesse como célula mantedora da sociedade democrática. Esta é a função com a qual o Estado deve se interessar em regular (PEREIRA, 2004, p. 112).

Alude acerca do tema Leonardo Alves (2009, p. 142) que:

Quando assim atua, o Estado evidencia a sua faceta de *Estado protetor-provedor-assistencialista*, sendo tal atuação altamente positiva. Em verdade, “[...] compete ao Estado a garantia do desenvolvimento integral da família [...] (FARIA, 2007, p. 64). Aliás, é essa a interpretação que deve ser dada ao mandamento constitucional estampado no artigo 226, *caput*, ao garantir à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. A título de ilustração, é o que ocorre nas hipóteses de imposição do dever alimentar entre membros de uma mesma família (em respeito ao princípio da solidariedade familiar) e de proteção integral conferida à criança e ao adolescente (em respeito à especial condição de pessoas em desenvolvimento).

Entretanto, se a intervenção estatal alcança o âmago familiar, violando seus direitos fundamentais, interferindo no seu projeto pessoal, assim como, de seus membros, termina por assumir o papel de *Estado protetor-repressor*. Esta atuação é indevida, típica do período do Código Civil de 1916, que tinham por objetivo manter o vínculo matrimonial a qualquer custo, dificultando o pleno desenvolvimento da personalidade dos membros familiares, como era o caso da exigência em demonstrar a culpa para que fosse permitida a separação judicial (ALVES, 2009, 142-143).

Nota-se a intervenção negativa pelo Poder Público quando este, ao mesmo tempo que garante a mutabilidade e livre estipulação do regime de bens do casamento no art. 1.639, *caput* e § 2º do Código Civil de 2002, estabelece a obrigatoriedade de adoção do regime de separação obrigatória de bens àqueles que contraírem matrimônio após os 70 (setenta) anos (art. 1.641, II, CC/02). Ainda, percebe-se a intervenção negativa quando o art. 1.707, da mesma codificação, veda a renúncia ao direito de prestação de alimentos entre cônjuges (proibição que já havia sido afastada anteriormente ao Código Civil de 2002, considerando notória construção doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista os princípios da igualdade, da independência e da autonomia privada dos membros da família, maiores e capazes). Ou, ainda, quando apesar de o CC/02 proibir a interferência do Estado na comunhão da vida do casal, determina, contraditoriamente, o dever matrimonial de coabitação (art. 1.566, II, CC/02) e exige a manutenção de relacionamento sexual durante a convivência no lar comum (PEREIRA, 2004, p. 113-114).

Como citado no parágrafo anterior, o Código Civil de 2002 proíbe a qualquer pessoa, seja de Direito Público ou Privado, interferir na comunhão de vida familiar. Diz o artigo 1.513 da referida codificação:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

É importante perceber que o dispositivo atenta ao fato de que não é somente o ente público, mas também qualquer pessoa de direito privado, que está impedida de interferir na comunhão de vida instituída pela família. Portanto, a proteção à privacidade da família é máxima, permitindo exceções somente se a intervenção estatal objetivar tutelar direitos fundamentais dos membros familiares e desde que autorizada expressamente na constituição. Caso contrário, a liberdade afetiva, ou em outras palavras, a liberdade de comunhão plena de vida deve prevalecer (ALVES, 2009, p. 144).

Destaca-se que o conteúdo do artigo 1.513 do CC/2002 possui estreita correspondência no artigo 226, § 7º da Constituição Federal, quanto ao tratamento jurídico dispensado ao planejamento familiar. Percebe-se, ainda, que o dispositivo Constitucional é quase inteiramente reproduzido no próprio Código Civil, em seu artigo 1.565, § 2º. Dispõe os artigos:

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

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Os dispositivos transcritos acima representam com excelência a aplicação do Direito de Família Mínimo, estabelecendo que não deve o Estado intervir no planejamento familiar, sendo este de livre decisão dos cônjuges, traduzindo-se na mais clara manifestação da autonomia privada. A intervenção é admitida se, e somente, para sustentar e manter o núcleo familiar, ou seja, propiciar recursos educacionais e científicos para que a família exerça sua autonomia (ALVES, 2009, p. 145).

Por fim, não é possível deixar de fazer referência a Nova Lei da Adoção (Lei nº 12.010 de 2009), que ao modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), passa a reconhecer expressamente que ao Estado cabe intervir minimamente nas relações familiares, ou seja, somente quando sua ação for indispensável à garantia dos direitos das crianças e adolescentes (ALVES, 2009, p. 146). Diz, o artigo 100, parágrafo único, inciso VII da citada lei, em sintonia ao artigo 1.513 do CC/02, que:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

Assim, nota-se que é com base em uma hermenêutica comprometida com os princípios fundamentais do Direito de Família – principalmente, o da autonomia privada – e

com os demais dispositivos da nossa legislação, especialmente o artigo 1.513 do Código Civil que se buscará a resolução de conflitos e interpretar dispositivos legais que revelem um aparente conflito entre o direito à autonomia e a liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, que se consubstancia na atuação do Estado apenas como protetor. É importante ressaltar que a intervenção mínima no direito de família reflete-se na desconsideração de qualquer atuação estatal que coloque o sujeito em posição de indignidade e o sujeito a posição de objeto da relação ou gozo de outrem sem o seu consentimento (PEREIRA, 2004, p. 116).

Enfim, nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 31), é indispensável estabelecer o limite para a intervenção do direito na organização da vida familiar, pois uma norma jamais pode resultar em prejuízos à liberdade do “ser” sujeito. Percebe-se que o âmbito privado das relações conjugais começa a repudiar a interferência demasiada do poder público. É preciso redesenhar, redimensionar o papel do Estado, na busca por implementar, na prática, a participação mínima de sua faceta interventora na família. É necessário compreender que o Direito de Família evoluiu e evolui constantemente pois, é assim que se efetiva a construção e aplicação de uma nova cultura jurídica, que permite reconhecer proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações, sendo que a manutenção do afeto deve ser sua maior preocupação.

3.3 O direito à autodeterminação na composição das famílias

Entende-se por “autodeterminação” o poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, que tem por base a abertura do homem para o mundo. O alcance da autodeterminação dos indivíduos estaria na prerrogativa de cada pessoa gerir livremente a sua esfera de interesses – nota-se aí a presença do princípio da liberdade, umbilicalmente relacionado à prerrogativa da autodeterminação – guiando sua vida de acordo com suas preferências. O referido conceito encontra respaldo constitucional na medida em garante a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), sob a ótica do personalismo-social submetido ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana. Ademais, a autodeterminação dos indivíduos englobaria a autonomia privada das pessoas, refletindo-se nas suas escolhas individuais no que diz respeito, dentre outros, a sua ideologia, partido político, religião, orientação sexual (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 126-127) e, também, escolha do modelo familiar.

Os tempos pós-modernos exigem do jurista uma posição a esse respeito. Conforme Erik Jayme (1999, p. 29), “dentre os valores básicos da pós-modernidade destaca-se o reconhecimento do pluralismo, da pluralidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser (*die Absage na universelle Ansprüche eigener Anschauungen*). Isto pode ser dito de forma mais radical: é a aceitação do não conciliável”. Abre-se, por conseguinte, o necessário ambiente para a superação de uma visão ultrapassada de idealismo, que contaminou o pensamento jurídico em parte do século XX, bem assim a colocação de um novo enfoque ao também incompatível racionalismo de matiz jusnatural (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 127).

Quanto à autodeterminação para a constituição das famílias, especificamente, cumpre estabelecer relação com o exposto acima, isto porque, se a autodeterminação é a mais livre manifestação – princípio da liberdade – da dignidade da pessoa humana, é necessário a análise destes princípios sob a ótica familiar.

Como já analisado em momento anterior, a dignidade da pessoa humana garante ao indivíduo o direito de formar sua família, sendo sua formação tão importante que é considerada a base da sociedade. Pode-se afirmar, portanto, que a própria existência social do indivíduo funda-se na concepção inicial de que toda pessoa tem uma família ou deveria tê-la. Dessa forma, garantir ao cidadão o direito de constituir sua família está intrínseco ao entendimento contemporâneo de dignidade da pessoa humana e, sendo assim, merece reconhecimento estatal e jurídico qualquer ato do indivíduo que objetive exercer sua dignidade de maneira plena. Nota-se que a própria Constituição Federal, em seu art. 226, reconhece a importância de se garantir que a pessoa esteja em família, de maneira que incluiu a União Estável e da Família Monoparental, além do Casamento, em seu rol (exemplificativo) de entidades familiares (OLIVEIRA, 2010, p. 40-41).

Ademais, o dispositivo retromencionado, evidencia, ainda, a presença do elemento liberdade na autodeterminação das famílias. O art. 226, *caput*, buscou disciplinar somente que a família é base da sociedade e que recebe especial proteção do Estado, não estabelecendo, portanto, delimitação terminológica quanto ao que venha a ser considerado família, pelo contrário, apenas elencou, exemplificativamente, certas formas de família latentes na sociedade. Procurou o legislador estabelecer que toda reunião de pessoas, ligadas por vínculos, sejam sanguíneos, jurídicos ou afetivos, que livremente partilham uma comunhão de vida são família e, assim, detêm direitos e merecem proteção como qualquer unidade familiar (OLIVEIRA, 2010, p. 41).

Acredita-se restar claro que a família não se constitui de um modelo único, sendo consequência dos arranjos sócio-culturais de cada período. Assim, a entidade familiar pode ser instituída pelas mais diversas variantes, pelo par matrimonializado ou não, com ou sem

filhos, com um único ascendente ou sem a presença de ascendente hierárquico, pelo par do mesmo sexo (OLIVEIRA, 2010, p. 46) e por três ou mais integrantes.

Nesse sentido, é fácil o entendimento de que os laços jurídicos apenas refletem um fenômeno social, e que, portanto, a família é fato e não norma. Dessa forma, a determinação da família não depende de uma regra jurídica, mas sim da simples existência no mundo dos fatos pois, o reconhecimento do núcleo familiar dá-se pela presença da afetividade entre os integrantes, que partilham de uma comunhão de vida, exercendo sua liberdade, na efetiva busca pelo mais pleno exercício de sua dignidade (OLIVEIRA, 2010, p. 43). Por isso é possível falar em autodeterminação do núcleo familiar.

Assim, ao negar reconhecimento às famílias poliafetivas, o Estado e o Poder Judiciário ferem o direito de cada indivíduo a sua autodeterminação e, conseqüentemente, atinge a dignidade e liberdade desses indivíduos ao não lhes permitirem constituir suas famílias. Como qualquer união entre pessoas (seja estável ou casamento), a união poliafetiva tem por base a afetividade, a estabilidade e a publicidade. A mudança, em relação as famílias mais “tradicionais”, está somente na quantidade de sujeitos envolvidos na relação principal, sendo que, quanto a este aspecto cabe aos sujeitos protagonistas da relação sua determinação. A quantidade de pessoas a figurarem uma relação poliafetiva diz respeito ao âmbito da autodeterminação da pessoa, bastando que a unidade familiar plúrima seja caracterizada pelo afeto, liberdade, igualdade, respeito, companheirismo, vontade de viver em família, ou seja, todos os fatores que fazem uma família ser reconhecida na sociedade contemporânea e não patrimonialista.

Dessa maneira, o não reconhecimento de determinados núcleos familiares pelo Estado e Direito orientam os sujeitos sob bases absolutas e excludentes, restringindo-lhes as possibilidades de realização por não se enquadrarem nos padrões de “normalidade” pré-estabelecidos. Esta normalização importa na legitimação daqueles que vivem sob o vínculo monogâmico e heterossexual e na restrição dos direitos dos indivíduos considerados desviantes. Dessa forma, aos “desviantes” lhes é negado o exercício de se autodeterminarem, sob pena de seus atos serem considerados inexistentes ou, quando reconhecidos, que o sejam somente pelo prisma do Direito Empresarial e não pelo Direito das Famílias e das Sucessões (DOMITH, 2014, p. 14-15).

Nesse sentido, deve a família ser compreendida como o espaço de autoconstituição coexistencial, não cabendo ao Estado, Direito ou sociedade estabelecer como essa auto-constituição será desenvolvida. Esta determinação é prerrogativa dos membros da

unidade familiar. Em que pese o dispositivo 1.513 do Código Civil estabelecer ser vedado a qualquer pessoa de direito (público ou privado) interferir na comunhão de vida instituída pela família, “o próprio Estado interfere, mesmo que indiretamente, ao não reconhecer direitos a certos tipos de entidades familiares” (DOMITH, 2014, p. 15).

Assim, observa-se que autodeterminação do indivíduo, embora direito personalíssimo, está envolta de desconhecimento, preconceito, intolerância. Quanto mais a pessoa busca afirmar sua personalidade, mais se vê lutando contra modelos de comportamento e valores impostos, resultando na extinção absoluta de sua individualidade e na relativização dos seus valores (MALUF, 2010, p. 74-75).

Como afirma Adriana Maluf (2010, 76-80), o direito de autodeterminação está relacionado com a individualidade de cada pessoa, assim como, o direito à diferença, considerando peculiaridades privadas estabelecidas “desde as intrínsecas características biológicas até o estabelecimento de estilos de vida ou padrões de comportamento não predominantes”. O direito da personalidade se traduz nas emanações mais íntimas da pessoa, permitindo a elucidação dos seus valores mais íntimos, a sua maneira particular de existir, suas crenças e seus valores, sua forma de se demonstrar na sociedade em que vive, possibilitando a sua autodeterminação e o exercício de sua individualidade.

A composição das entidades familiares não é definida pelo direito, mas sim, pelas pessoas se relacionando, em virtude das escolhas de seus projetos comuns de vida. Cabe ao direito apenas reconhecer essa condição, ou seja, reconhecer a autonomia privada afetiva que cada indivíduo tem para (auto)determinar a forma como vai conviver com os outros – podendo o Estado intervir apenas para que danos não sejam causados, entre os parceiros ou à terceiros. Deve-se reconhecer que são as próprias pessoas (em casais ou não) que constroem suas regras quanto à convivência, patrimônio e o conteúdo de relação, sendo estas, matérias exclusivas dos membros familiares, que encontram-se no papel de seu próprio legislador (NAMUR, 2012, 148-149).

Alude Laira Domith (2014, p. 16-17) sobre o assunto:

Portanto, sendo a família um fenômeno social, não cabe ao Direito dizer como este fenômeno deve surgir, mas atentar-se para suas formas de aparição e configuração para que garanta os direitos de seus membros de forma a promover e a proteger sua dignidade.

“O direito de livremente formar a família é, portanto, potestativo. Ou seja, não está sujeito à violabilidade, apenas ao controle formal. Para o Estado deve bastar a família formal, isto é, que haja a família, porém não como ela se organiza materialmente”. (BRAGA, 2012, p. 115). Tal fato é expressão da democracia, que não significa que a minoria deve sucumbir ao *modus vivendi* da maioria. A

democracia só se efetiva à medida em que haja espaço para o outro, espaço para a diferença.

Afim de aprofundar o tema discutido, Samir Namur estabelece os alicerces para o exercício da plena autonomia privada na constituição da família e, portando, se alcance a prerrogativa familiar de autodeterminação. Esses serão os pontos discutidos a seguir.

3.3.1 A pluralidade das manifestações afetivas

Corolário de um direito civil estruturado na modernidade, pela burguesia, fiel ao liberalismo e à necessidade de proteger o patrimônio e garantir segurança jurídica, a regulação da família por muito tempo acompanhou a noção de taxatividade de suas regras, fruto da concepção taxativa dos direitos reais, ou seja, das formas de apropriação dos bens – a terra, inicialmente -, que motivaram a classe política no século XIX. Assim, tendo em vista essa necessidade de garantir uma forma juridicamente segura, burocrática e pública, a família e sua regulação teve com regra geral, até 1988, o casamento civil como forma única de constituição familiar (NAMUR, 2012, p. 150).

Quase como uma concessão social, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a família constituída de situações análogas ao matrimônio, isto é, as uniões estáveis, formadas por casais heterossexuais, monogâmicos e sem parentesco próximo. Apesar do avanço constitucional, inclusive com a recente legitimidade conferida às uniões homoafetivas, é inegável que a concepção apriorística no direito, especificamente em relação ao direito de família, reside sob a permanência de um sistema de constituição da família taxativo (NAMUR, 2012, p. 150-151).

Ainda que a Constituição prime pela liberdade e pela dignidade [...], a estruturação da família de modo taxativo pela legislação infraconstitucional judicializa a vida do indivíduo, que só atrai efeitos jurídicos para a sua manifestação afetiva se buscá-los nas vias tortuosas do Poder Judiciário. Assim, aqueles que querem constituir uma família em seu sentido jurídico (e, portanto, ter um regime de bens e, principalmente, tutela para a solidariedade que entre si é criada, com direito a alimentos e sucessão *mortis causa* dos bens) devem enquadrar-se na moldura pré-fixada: monogamia e ausência de parentesco basicamente (NAMUR, 2012, p. 151).

Assim, esta ideia apriorística modelar deve ser reafirmada e reinterpretada nos moldes estabelecidos pela CRFB/88 e com base nos atuais avanços legislativos e jurisprudenciais. É necessário reafirmar a concepção plural da família, sendo que, cabe ao Estado e ao ordenamento jurídico simplesmente reconhecer situações fáticas em que há a intenção de constituir e de fazer perdurar, sem estipular como será essa convivência. Nesse

sentido, é impossível que a lei consiga positivar as mais diversas intenções dos indivíduos em formar família, tarefa que deve ser realizada em cada caso. Trata-se, portanto, de reconhecer a abertura do sistema jurídico, que busca a construção tópica e sistemática de soluções não previamente estabelecidas no direito legislado (NAMUR, 2012, p. 151).

Se genericamente a família é entendida pela intenção do indivíduo de constituí-la, especificamente são muitas as questões que envolvem a multiplicidade das formas de família, principalmente quantos aos requisitos de constituição e das diferentes formas de família. Tais questões trazem a discussão acerca de prazo, publicidade, idade mínima, grau de parentesco, necessidade de relacionamento íntimo afetivo e monogamia, além, da necessidade de afeto e estabilidade, nas relações familiares (NAMUR, 2012, p. 152).

Em relação à necessidade de afeto e estabilidade para que se reconheça a unidade familiar, cumpre ressaltar que tais “requisitos” incluem-se na intenção de constituir família, isto porque, por mais que se verifique, em sua maioria, que a manifestação da autonomia privada de constituir família tenha por base o afeto, não cabe ao direito verificar a presença de elementos afetivos - amor, carinho, sentimento - em determinada família, até porque carece de instrumentos para tanto. Para o direito, o cerne da família deve estar na intenção de seus membros em compartilharem de um projeto de vida coletivo, uma vida em conjunto. A mesma noção deve ser adotada quanto à estabilidade do núcleo familiar, que deve ser incluída na existência da vontade de constituir família por tempo indefinido, o que evidentemente caracteriza a família (NAMUR, 2012, p. 152-153).

Quanto ao prazo para a caracterização jurídica da família, é até mesmo óbvio, que a intenção do indivíduo não requer tempo para produção de efeitos jurídicos. Já em relação a existência de idade mínima e do parentesco no reconhecimento da família, entende, Samir Namur (2012, p. 153-154) quanto ao primeiro tópico que, apesar de o ordenamento determinar que os menores de 18 anos dependem de autorização para casar, o que podem fazer a partir dos 16 anos em situação de normalidade (art. 1517, CC/02), o limite para o reconhecimento de uma unidade familiar não deveria ser objetivo ou etário. Deveria se considerar a existência de discernimento da pessoa, que é o cerne para a manifestação livre da vontade. “Uma vez que exista e seja aferida diante dos fatos concretos de que se pleiteiam efeitos jurídicos de uma família, independentemente da idade do indivíduo, deve ser considerada válida a sua manifestação afetiva para constituir família”.

No tocante ao parentesco, persiste na legislação como critério objetivo o impedimento da constituição de família entre parentes próximos – de linha reta e de linha colateral até o terceiro grau. Aduz sobre o assunto:

Defender a ausência de *numerus clausus* para os arranjos familiares, corolário da dignidade humana e da liberdade como valores jurídicos, ao mesmo tempo que se desprender de vinculações moralizantes, condiz com a defesa da ausência de qualquer impedimento para a manifestação afetiva da pessoa, até mesmo o parentesco próximo. A partir do momento em que a família é simplesmente a convivência humana como projeto comum, eventuais preocupações com a filiação biológica e com modelos familiares específicos decorrentes de certas ideologias, religiões e correntes antropológicas deixam de serem jurídicas. Cabe ao direito apenas reconhecer essa intenção demonstrada pelas pessoas, parentes próximas ou não, em constituir família. Se haverá relação íntima e sexual é, efetivamente, aspecto da intimidade dessas pessoas (NAMUR, 2012, 154).

Cumprido destacar que a discussão acerca da família instituída através dos vínculos de parentesco, não intenciona, necessariamente, fazer referência a relações sexuais e amorosas entre parentes, mas sim esclarecer que a convivência entre parentes ou mesmo entre pessoas que não são parentes, mas que se encontram dentro de uma estrutura com identidade de propósito e esforços – como, as famílias anaparentais – merecem reconhecimento como unidade familiar.

Por fim, a monogamia é sempre assunto discutido quando se fala acerca da pluralidade das formas familiares ou do reconhecimento das diversas formas de instituir família. Os arranjos familiares mais comuns e objeto de maior exclusão pelo Poder Judiciário são os núcleos familiares poligâmicos, sendo duas suas formas, as famílias simultâneas/paralelas e as famílias poliafetivas. Afirma Namur (2012, p. 152/186) que tais unidades constituem família e que deve ser reconhecido aos vínculos poligâmicos efeitos jurídicos. Incontáveis e pessoais os motivos que levam a constituição dessa modalidade de família, porém cabe ao direito simplesmente constatá-las, sem outros requisitos, para que as expectativas que se criam decorrentes da vida em comum encontrem-se tuteladas – quais seja, o direito aos alimentos, à sucessão dos bens, à meação – ou triação -, isto é, os direitos decorrentes da dissolução de qualquer vida conjugal.

3.3.2 Intimidade na vida afetiva

Conforme estabelece Samir Namur (2012, p. 160), no mesmo sentido que direito civil da modernidade estabeleceu uma norma de taxatividade para a apropriação dos bens, ele também recorreu a um mecanismo em que o conteúdo desses direitos seria estabelecido pela

legislação, isto é, encontrar-se-ia tipificado. Assim, a regulação da família na lei pátria seguiu semelhante critério, principalmente em razão da pretensa intenção de unificar os diferentes ramos do direito civil num mesmo conceito de relação jurídica, isto é, a partir de sua orientação patrimonialista e conservadora, que resultou em uma concepção tipificadora da conduta humana na esfera familiar. Refere-se, especificamente, quanto à intimidade na vida afetiva, a imposição de coabitação no domicílio conjugal e à fidelidade/lealdade na vida familiar entre adultos (art. 1566, Código Civil de 2002). Tais exigências são semelhantes às imposições analisadas no tópico anterior -monogamia, idade mínima e conotação sexual da família, etc. -, sendo verdadeiras imposições de uma ultrapassada ordem moral e religiosa.

É inevitável defender que, existe um espaço privado de intimidade, garantido constitucionalmente através do princípio da liberdade, em que a conduta pessoal familiar resume-se, única e exclusivamente, a escolha da pessoa – desde que não colida com regras jurídicas de conduta na sociedade em geral – não cabendo ao ordenamento jurídico ditá-las. A escolha de manter coabitação ou vínculos de fidelidade está contida, portanto, no espaço de autonomia privada afetiva do indivíduo que constitui família, sendo inadmissível que o ordenamento jurídico determine obrigações de conduta específicas para as famílias (NAMUR, 2012, p. 161).

Ao Direito resta apenas reconhecer como cláusula geral esse espaço em que o legislador não intervém, em que a definição sobre onde residir, bem como, com quem se relacionar sexualmente cabem unicamente ao indivíduo. A regulamentação da família entre adultos funda-se essencialmente na regulação da expectativa que se cria entre os familiares, são situações jurídicas subjetivas existenciais. Sob esse viés, vige a cláusula geral de liberdade, onde cabe ao membro familiar a escolha de como irá se comportar. São os conviventes que decidem “como a sua própria vida será vivida, quais os seus limites, de que modo a personalidade dos familiares se desenvolverá e a realização pessoal se concretizará” (NAMUR, 2012, p. 162).

Com isso, Namur (2012, p. 162-163) afirma existir um “direito interno de família”, isto é, um direito particular de cada entidade familiar, onde cada núcleo produz seu próprio direito, espaço em que as regras de convivência são próprias. Sob esse viés de autonomia privada e existencial dentro do âmbito interno da família deve-se admitir a possibilidade dos indivíduos pactuarem seus comportamentos, no sentido de libertar-se de eventuais deveres ou estabelecê-los em sua relação concreta - como o de fidelidade, por exemplo.

3.3.3 A ausência de modelos jurídicos de família pré-concebidos

Contemporaneamente, a correta tutela da autonomia privada no âmbito familiar coincide com a ausência de qualquer modelo jurídico previamente previsto em lei. Assim, presume-se não existirem limites às possibilidades de manifestação afetiva e da sexualidade do indivíduo, não podendo um ordenamento jurídico, baseado nos princípios da liberdade e da dignidade humana – este último, pilar jurídico do ordenamento jurídico pátrio - estipular previamente determinados modelos de família, mesmo que atendam a certos costumes e tradições da maioria da sociedade, até porque essa estipulação prévia pelo legislador de um modelo familiar tradicional como indicativo e sugestivo, opera em forma de condicionamento para as massas, que o adotam quase sempre acriticamente. O Estado Democrático de Direito jamais poderia admitir a institucionalização ou manutenção de certas práticas apenas por que são costumeiras, tradicionais ou mesmo por que a maioria da população é delas adepta. A tutela jurídica democrática é a tutela de todos, não da maioria (NAMUR, 2012, p. 168).

Nesse sentido, cabe análise em relação ao instituto do casamento. A valorização do sistema matrimonializado no direito de família tem suas raízes na importância social do casamento como base da família, isto é, como mecanismo de celebração pública e formal, que exige a presença de autoridade pública competente, bem como, que se designe data e hora para sua formalização. Contudo, estabelecer data, hora, modo de celebração, formalização e registro do afeto vai em contrário à própria essência da personalidade humana, da qual decorre a manifestação de vontade afetiva. Assim, compreender o afeto como elemento de direito público e, deste modo, passível de regulação e “formalização” é a contramão da contemporaneidade, momento em que é premente a sua privatização, cabendo ao Estado, através do direito reconhecer as famílias, porém sem pré-defini-las ou pré-regulamentá-las. Essas prerrogativas devem ser exercidas pelos indivíduos, senhores de suas vontades, dos seus destinos e de suas personalidades (NAMUR, 2012, p. 169). Completa o autor:

Protege-se a intimidade e estimula-se a liberdade, pois se abandonam quaisquer condicionamentos que estimulam as pessoas a casar. Na família privatizada, é função do Estado apenas reconhecer que, ao se verificar a existência de uma família, esta concebida como a manifestação da vontade de conviver no plano existencial apenas (e não quanto ao patrimônio), incidem os efeitos jurídicos próprios dessa relação (tais como a sucessão dos bens, a possibilidade de alimentos, eventualmente efeitos previdenciários).

Dispõe Samir Namur (2012, p. 171), ainda, que não deve o Poder Público persistir em legislar acerca do casamento, pois inexistente possível vantagem jurídica sobre a sua previsão legal. O que deve, entretanto, ser objeto do Estado, tendo em vista o projeto constitucional do país, é a legislação sobre a família, buscando promover sua liberdade, solidariedade e desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Afasta-se desse entendimento qualquer providência legal ou judicial que reforce ou estenda o casamento civil nas relações de família em geral, pois apenas o colocam em nível de superioridade, confundindo família com burocratização; e liberdade, dignidade, igualdade com formalização. A vivência em um Estado Democrático de Direito deve garantir aos membros dos mais distintos arranjos familiares que o direito não ignore sua opção de convivência, e que conceda-os os mesmos efeitos jurídicos garantidos a qualquer família “mais convencional” (NAMUR, 2012, p. 172).

Nesse ínterim, após análise da família sob a ótica constitucional e o caráter privado e autônomo das relações familiares cumpre iniciar o estudo das definições, princípios, características do poliamor, bem como, dos elementos constitucionais que dão subsídios à compreensão da unidade poliafetiva como formadora de entidade familiares e, portanto, merecedoras de proteção e reconhecimento por parte do Estado e do Direito. Estes tópicos serão objeto de discussão no próximo capítulo.

4 O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR

4.1 Poliamor: conceito e características

As uniões poliafetivas passaram a receber especial atenção quando em 2012 um cartório de Tupã, interior de São Paulo, realizou o primeiro registro conhecido de uma escritura pública que objetivava formalizar uma união estável estabelecida entre um homem e duas mulheres, que partilhavam a mesma casa há três anos.

Este fato fez retornar ao meio jurídico a discussão acerca de quais os elementos, considerando as diretrizes do Direito de Família contemporâneo e os princípios constitucionais pós-1988, que caracterizam uma unidade familiar. No mesmo sentido das uniões homoafetivas, que tiveram papel importantíssimo na reflexão sobre amor e afeto conjugal, direito à felicidade, solidariedade familiar e autonomia privada, as uniões poliafetivas atualmente assumem a posição de questionar esses mesmos elementos. Ambas uniões acabam por discutir assuntos polêmicos, permeados por questionamentos morais e, muitas vezes, preconceituosos. No primeiro caso discutia-se acerca da necessidade de diversificação sexual do casal, já quanto à união poliafetiva a controversa recai sobre se há limitação ao número de entes conjugais ou companheiros para que se constitua uma família.

Cumprido, inicialmente, constatar que o estudo de fenômenos sociais, como o poliamorismo ou a prática da não-monogamia, possibilita demonstrar a existência de novas construções sociais e organizações quanto ao parentesco, à constituição das famílias, à orientação sexual e à heteronormatividade³, que invariavelmente produzem efeitos no mundo jurídico, sendo necessário determinar sua regulação normativa. Quando trata-se do poliamor pouco se vê na sociedade ocidental posicionamento em relação a questões que, naturalmente, derivam desse tipo de relacionamento, diferentemente das questões pertinentes à diversidade de orientação sexual – uniões homoafetivas – que já se encontram sedimentadas. A relação poliamorosa é basicamente ignorada pela população, não se discute se as pessoas são

³ Em relação à compreensão do termo heteronormatividade, cumpre destacar, segundo Analídia Petry e Dagmar Meyer (2011, p. 196), ser “aquilo que é tomado como parâmetro de normalidade em relação à sexualidade, para designar como norma e como normal a atração e/ou o comportamento sexual entre indivíduos de sexos diferentes”. É um conceito, portanto, compreendido e problematizado como um padrão de sexualidade que orienta o modo de organização das sociedades ocidentais. Que, em derradeiro, significa o poder de ratificar, culturalmente, a ideia de que a norma e o normal são as relações existentes entre pessoas de sexos diferentes.

favoráveis ou não à relação poliafetiva, pois essas são quase invisíveis para a sociedade. Nos dias atuais, pode-se afirmar que toda a população está ciente dos homossexuais – sejam favoráveis, contrários ou indiferentes – o mesmo não se pode dizer em relação às uniões poliafetivas (SANTIAGO, 2014, p. 107).

Entretanto, apesar de ignorada, a relação poliamorosa vem recebendo destaque, principalmente considerando a mudança em relação ao casamento tradicional, alvo de grandes debates, bem como, a modificação nos relacionamentos íntimos. Enquanto alguns ainda conseguem prosperar com o vínculo matrimonial, nota-se a queda das taxas de casamento, assim como, a marcante presença da infidelidade, que, além de deixar as pessoas preocupadas quanto às suas perspectivas de felicidade conjugal, também as tornam curiosas quanto a uniões alternativas. Assim, o poliamor abre uma nova perspectiva para o entendimento e a prática de relacionamentos íntimos, sexuais e/ou amorosos, que possuem o condão de projetar efeitos para a esfera do Direito, de maneira que é imprescindível compreender a exata concepção desse fenômeno social afim de demonstrar e delimitar a possibilidade de constituição de uma unidade familiar que dele decorra (SANTIAGO, 2014, p. 107-108).

Nesse contexto, cumpre tentar especificar os elementos conceituais da família poliamorosa. Fala-se em tentar, pois a grande dificuldade no estudo dessas uniões está, justamente, na inexistência de um conceito claro, que possibilite estabelecer todos os elementos de uma relação de poliamor. Essa dificuldade pode ser explicada tanto por se tratar de um tema recente no âmbito acadêmico quanto pela necessidade de se relativizar os comportamentos de maneira a abarcar “um maior número possível de experiências vivenciadas no âmbito dos relacionamentos íntimos não-monogâmicos” (SANTIAGO, 115-116).

Destarte, alguns autores procuram conceituar tais uniões. Segundo Luís Gustavo Liberato Tizzo e Priscila Caroline Gomes Bertolini (2013, p. 15) as uniões poliafetivas poderiam ser definidas como as uniões decorrentes de muitos ou vários afetos. Já Rolf Madaleno (2013, p. 26) vai além e define a união poliafetiva como a integração de mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade estabelecida pela relação entre um homem e uma mulher. São pessoas vivendo todos, uns para os outros, sem as correntes de uma vida conjugal convencional. “É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infiéis quando homens e mulheres convivem abertamente relações afetivas envolvendo mais de duas pessoas”.

Desse modo, as uniões poliamorosas são assim identificadas por serem duradouras, públicas e mantidas por mais de duas pessoas com o ânimo de constituir família. Tais elementos são basicamente os exigidos para a verificação da união estável e da união homoafetiva, sendo diferente apenas o fato de que estas são constituídas por apenas duas pessoas, independente do gênero de seus entes familiares. Portanto, o fato novo que distingue a família poliafetiva daquelas que já encontraram proteção no Direito brasileiro é a característica de não ser formada por um casal, mas por três ou mais pessoas – um trisal. Nesta união, todos os membros envolvidos, juntos, se consideram uma família. Não há pré-requisito quanto à organização da entidade familiar, pode o relacionamento ser constituído por dois homens e uma mulher, por um homem e duas mulheres, por três mulheres, ou por três homens. Aliás, o número três é utilizado exemplificativamente, não existe obrigatoriedade de que este tipo de família decorra do relacionamento existente entre um trio. Poderia ser um quarteto, um quinteto, etc. (DOMITH, 2014, p. 19).

Rafael da Silva Santiago (2014, p. 116-118) também procura definir a união poliamorosa como um tipo de relação onde é possível, válido e compensatório manter, normalmente por longos períodos no tempo, relacionamentos íntimos, sexuais e/ou amorosos com mais de uma pessoa simultaneamente, em um contexto de honestidade, responsabilidade e consenso de todas as pessoas envolvidas. Ou seja, é a prática ou estilo de vida de estar aberto para viver, ao mesmo tempo e com o pleno conhecimento e consentimento de todas as pessoas envolvidas, mais de um amor, mais de um relacionamento íntimo.

O poliamor se refere ao amor romântico sentido por mais de uma pessoa, marcado pela honestidade e pela ética, bem como pelo total conhecimento e consentimento de todos os interessados. Com efeito, essa identidade é focada nos relacionamentos amorosos, com especial destaque à conexão entre seus integrantes e aos próprios estágios de construção de um relacionamento afetivo (SANTIAGO, 2014, p. 117)

Destaca-se, ainda, que para os adeptos ao poliamorismo trata-se o amor de um vínculo afetivo sério, íntimo, romântico ou, ao menos, estável que uma pessoa tem com outra ou com um grupo de pessoas. E esse vínculo afetivo desempenha um papel fundamental nas relações poliafetivas, uma vez que a aceitação do afeto em relação a mais de uma pessoa é o fator diferenciador das demais formas de relacionamento não-monogâmicas (SANTIAGO, 2014, p, 119).

É importante, enfim, citar a total transparência, honestidade, conforto, comunicação, igualdade, intimidade e não-possessividade que marcam o relacionamento poliafetivo. Há uma constante negociação, sendo imprescindível a comunicação e disposição

para transações permanentes entre os parceiros, assim como, rotineira conversa acerca da intimidade do núcleo familiar e dos seus sentimentos. Além do conhecimento do outro, o autoconhecimento é entendido como condição primordial para o sucesso da relação. A colaboração é essencial ao relacionamento, na medida em que as pessoas não se disputam, mas se complementam. Há divisão do sentimento afetivo sem que haja a formação de conflitos, pois da mesma maneira que uma criança pode dividir o amor entre sua mãe e seu pai na infância, o adulto também pode dividir o amor entre vários seres humanos, não se justificando a exigência de um amor unidimensional (SANTIAGO, 2014, p. 131-132).

Dando continuidade, Maria Berenice Dias (2015, p. 138-139) também versa acerca das uniões poliafetivas e estabelece diferenciação entre esta e as uniões paralelas ou simultâneas. Segundo a autora, as uniões paralelas seriam identificadas pelos múltiplos relacionamentos simultâneos mantido por um membro familiar, sejam um casamento e uma união estável, ou duas ou mais uniões estáveis. Enquanto, as uniões poliafetivas, ou poliamorosas, se caracterizariam pelo vínculo de convivência de mais de duas pessoas residentes sob o mesmo teto.

Acerca da confusão entre família poliafetiva e famílias paralelas/simultâneas, Laira Carone Rachid Domith (2014, p. 21) explica que a simultaneidade familiar relaciona-se à circunstância de ente familiar colocar-se concomitantemente como componente de duas ou mais uniões conjugais – tanto uniões matrimoniais quanto uniões estáveis – e, portanto, integrar entidades familiares diversas entre si. Fala-se de uma pluralidade sincrônica não esporádica de núcleos familiares diversos que mantêm, entretanto, um membro comum.

Assim, não se pode confundir o poliamorismo com famílias simultâneas, aquele se origina em um contexto de honestidade, ética, confiança e consenso entre todos os envolvidos, diferente das uniões paralelas. Estas decorrem geralmente da infidelidade ou traição, elemento não compreendido dentro do âmbito poliamoroso, uma vez que todas os membros familiares envolvidos têm conhecimento e concordam com os limites do relacionamento, sendo responsáveis por suas próprias ações e decisões. A poliafetividade é o oposto da mentira, da falta de responsabilidade e da falta de sensibilidade, pelo contrário, o elemento fundamental nessas relações é a responsabilidade, aí inseridas, ainda, a ética e a autodeterminação dos seus membros, isto é, o sujeito como agente ativo, mantendo controle total sobre a sua vida (SANTIAGO, 2014, p. 120-126).

Em que pese o fato de as uniões paralelas gerarem efeitos jurídicos quando esta concomitância é conhecida e aceita pelos integrantes de todos os núcleos familiares mantidos ao mesmo tempo, não há como ignorar que, no contexto das famílias

paralelas, a figura do adultério é corriqueira e, quase sempre, um dos núcleos familiares é enganado, desconhecendo referido paralelismo. Nestes casos, à pessoa que foi enganada a jurisprudência pátria tem garantido direitos como se a união fosse válida. Assim, se um homem casado começa a manter um relacionamento amoroso estável com uma mulher ou com outro homem sem que estes saibam de seu vínculo matrimonial anterior, embora este segundo relacionamento, em regra, não seja válido para o Direito, ensejará direitos [...] (DOMITH, 2014, p. 22).

Resta o questionamento, se até as uniões paralelas são capazes de gerar efeitos jurídicos, subsiste motivo para que o Direito negue reconhecimento às uniões poliafetivas? Nestas, não está presente a infidelidade conjugal, falta de lealdade ou adultério, pelo contrário, nota-se a presença, inquestionável, da boa-fé para sua constituição. Percebe-se um acordo entre seus componentes, que juntos consideram-se uma família. Uma família atípica, mas, ainda assim, uma família (DOMITH, 2014, p. 22),

Ainda, é necessário se afastar da discussão acerca de como se dá a manifestação sexual dentro das uniões poliafetivas, isto é, da definição de quem faz sexo com quem. Este debate vai na contramão das diretrizes do direito de família contemporâneo. A maneira como a vida sexual dos indivíduos dentro do âmbito familiar – seja qual ela for – se manifesta, não deveria ser objeto de preocupação do Estado ou da sociedade – desde que, esta manifestação não se dê a partir de condutas criminosas. Não se questiona a vida sexual de um casal heterossexual, já que estão sob a “chancela da normalidade”, entretanto, quando trata-se de um casal homoafetivo, inúmeros questionamentos surgem, situação potencializada diante das inúmeras possibilidades sexuais decorrentes da união poliafetiva (DOMITH, 2014, p. 20-21).

O relacionamento familiar poliafetivo vai muito além do prisma sexual, diferencia-se da “orgia”, do “bacanal”, da “suruba” – designações utilizadas para referenciar situação em que homens e mulheres mantêm relações íntimas entre si, indiscriminada e simultaneamente. O elemento essencial entre os sujeitos de uma união poliafetiva não está na maneira como expressam sua sexualidade, mas na vontade de todos juntos construir um núcleo familiar, no sentimento compartilhado de se considerarem família e, portanto, desejarem ser tratados como tal pela sociedade (DOMITH, 2014, p. 21).

Como não se fala em promiscuidade irrestrita, a vivência de uma relação de poliamor não implica a construção de um relacionamento marcado por relações sexuais existentes entre diversas e diferentes pessoas. Isso porque o principal é o amor, o romance, a intimidade e o afeto sentido por mais de uma pessoa, da forma mais aberta e ética possível, com o consenso mútuo de todos os seus integrantes.

Assim, a relação sexual tem idêntica função tanto no poliamorismo quanto nos demais relacionamentos. Para alguns, o sexo é imprescindível, mas para outros – inclusive para adeptos do poliamor – a conexão espiritual ou emocional é o elemento mais importante (SANTIAGO, 2014, p. 120).

Ou seja, o amor é o sentimento nuclear no discurso poliafetivo, permeado pelos valores da liberdade, igualdade e honestidade, com ênfase especial na intimidade, no compromisso e na afetividade. Portanto, é fácil notar que os relacionamentos poliamorosos devem ser diferenciados de outros tipos de relacionamentos não-monogâmicos baseados sexo casual, como o *swing*, por exemplo. A base do poliamor é a prática da não-monogamia responsável, seu foco não é no sexo, mas no sentimento e intimidade e no que diz respeito à sexualidade de seus membros, se distancia de uma vinculação direta a práticas sexuais, direcionando-se para o aspecto psíquico e emocional, onde a promiscuidade sexual é vista de maneira pejorativa (SANTIAGO, 2014, p. 132).

Destaca-se, ainda, que as famílias poliamorosas possuem fins idênticos aos estabelecidos no casamento e na união estável, ou seja, visam constituir família, obter direitos e deveres recíprocos, mútua assistência, lealdade, respeito, fidelidade, estabelecer vida em comum no domicílio conjugal, etc. Nesta linha de raciocínio, qualquer grupo que mantenha uma relação íntima pública, contínua, duradoura, que objetive instituir família e não apresente impedimentos patrimoniais - pressupostos contidos no art. 1.723, CC/2002 – podem estabelecer uma união estável, inclusive poliafetiva (SÁ; VIECELLI, p. 152-153)

Por fim, negar a existência da união poliafetiva como unidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório, significa negar a uma família, onde seus membros partilharam a vida – como qualquer outra família –, o direito a receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Assim, é descabido realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente as entidades conjugais plurais e subtrair qualquer manifestação de vontade firmada livremente pelos seus integrantes “Não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar o direito de as pessoas viverem com quem desejarem” (DIAS, 2015, p. 139).

4.1.1 Princípios do poliamor

A compreensão de que o poliamor não é apenas uma prática, mas sim uma teoria de relacionamentos fez com que estudiosos buscassem estabelecer princípios que norteassem a relação poliafetiva. Entretanto este estudo não tem por objetivo delimitar o poliamorismo, o seu propósito é demonstrar a seriedade com que o poliamor trata as questões éticas e práticas em relação à maneira que deve ser conduzido esses tipos de relacionamentos (SANTIAGO, 2014, p. 128).

São entendidos como diretrizes principilógicas do poliamor o autoconhecimento, a honestidade extrema, o consentimento, o autocontrole e a ênfase no amor e no sexo. O autoconhecimento é compreendido como uma necessidade – e não apenas um valor – que tem o papel de ser o principal fator estrutural das relações poliamorosas, assim como um mecanismo a ser exercido diariamente para a obtenção de relacionamentos saudáveis e bem sucedidos. Nesse cenário, levar em consideração os seus sentimentos é imprescindível. Importante ressaltar que o autoconhecimento se realiza em duas dimensões, primeiramente na compreensão em relação a sua orientação sexual e em segundo lugar, no autoconhecimento relativo à sua identidade sexual quando relacionada à monogamia (SANTIAGO, 2014, p. 129).

Quanto ao princípio da honestidade extrema cumpre observar que também apresenta duas perspectivas, refere-se tanto a uma orientação filosófica de caráter amplo, quanto a atitude diariamente praticada – isto é, impõe um dever de boa-fé objetiva e subjetiva. É impossível compreender o relacionamento poliamoroso sem honestidade, trata-se de um elemento decisivo para sua constituição, isto porque, manter diversos envolvimento íntimos enquanto engana seu parceiro, ou tenta fingir que ele é seu único amor, resulta em uma maneira superficial, egoísta e destrutiva de viver. É certo que a honestidade é um princípio que deveria nortear qualquer relacionamento, entretanto a ênfase e o destaque especial na comunicação entre os membros da relação consiste em um traço característico da poliafetividade – assim como a abertura para a não-monogamia - que distingue a honestidade poliamorosa da ambientada em outros tipos de relacionamentos (SANTIAGO, 2014, p. 129-130). Sobre o assunto, complementa o autor:

Nesse contexto, muitos praticantes do poliamor acreditam que nenhum ser humano vive a monogamia plena, de modo que todos seriam, ao menos indiretamente, poliamorosos. Um dos argumentos mais recorrentes para justificar essa visão seria o fato de que muitas pessoas são poliamorosas na medida em que fingem praticar a monogamia enquanto, na verdade, têm um estilo de vida não-monogâmico, pois costumam manter relacionamentos secretos sem o conhecimento de seus companheiros.

O consenso tem fundamento, justamente, no princípio da honestidade. Isso porque para se pactuar e consentir quanto às concepções que regularão o relacionamento é necessário abertura e comunicação. Como destaca Santiago (2014, p. 130) a negociação é um dos principais desafios da relação poliafetiva, de maneira que cada acordo relembra que o consenso é elementar para o êxito dessas uniões. Por fim, a ideia do consentimento no poliamor advém do destaque concedido a liberdade de escolha das regras da relação, bem

como, quanto às expectativas sobre a relação que cada indivíduo, e não a sociedade, traz consigo.

Em relação ao princípio do autocontrole, este se contrapõe às ideias de poder e possessividade, características dos relacionamentos monogâmicos, na medida que reforça a autonomia dos relacionamentos poliafetivos por intermédio da criação e do respeito às esferas individuais de seus integrantes (SANTIAGO, 2014, p. 130).

Enfim, é inegável que as relações poliamorosas conferem maior destaque ao amor e ao sexo em desfavor de outras atividades ou sentimentos, assim é possível afirmar a existência do princípio da ênfase no amor e no sexo. Este princípio se refere em uma maior experiência e esclarecimento quanto a esses temas. Quanto ao amor, é importante destacar que praticantes de poliamor têm a tendência de priorizar a conversa e outras alternativas de se criar e desenvolver a intimidade, de maneira que é marcante nas suas relações a preocupação em entender o sentimento de todos os seus integrantes. Em relação ao aspecto sexual percebe-se ser sua concepção diferente das ideias monogâmicas, isto porque, enquanto para os praticantes destas o ciúme supera o desejo e as experiências sexuais, para os poliamorosos o ciúme deve ser ultrapassado devendo-se abrir espaço a maiores possibilidades sexuais e amorosas (SANTIAGO, 2014, p. 130-131).

4.1.2 Modelos de poliamor

Considerando o caráter plural e livre das relações poliafetivas é inviável tentar padronizar todos os relacionamentos poliafetivos, pelo contrário, deve-se partir da premissa de que existem inúmeros tipos de poliamor. No entanto, de maneira genérica e sem tentar delimitar as formas de manifestação do poliamor, é possível identificar quatro modelos relacionais poliamorosos usuais, são eles: a polifidelidade, o poliamorismo aberto, o poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados e o poliamorismo individual (SANTIAGO, 2014, p. 133).

O modelo mais popular é o da polifidelidade, também conhecido como o casamento entre um grupo fechado pois, assemelha-se a um matrimônio com mais de dois cônjuges, sendo que as relações amorosas, íntimas e/ou sexuais são mantidas apenas entre esse grupo fechado de pessoas (SANTIAGO, 2014, p. 133). Completa o autor:

Em geral, os integrantes – homens e mulheres de quaisquer orientações sexuais – da relação moram juntos na mesma casa e convivem uns com os outros, como fazem os

cônjuges em um casamento. Além disso, na polifidelidade propriamente dita seus praticantes costumam não manter relações sexuais com pessoas de fora do grupo.

O segundo modelo denominado de poliamorismo aberto admite o relacionamento de seus membros com pessoas não participantes do relacionamento inicial, de modo que é possível que os seus parceiros mantenham relações amorosas, íntimas e/ou sexuais com indivíduos de fora da formação originária. Todos os parceiros que vivem sob poliamorismo aberto podem manter diferentes tipos de relações e com diversas intensidades, inclusive várias relações primárias – originárias – sem grandes distinções. Nesse caso, preconiza-se a pluralidade em detrimento da hierarquia dos relacionamentos.

O modelo poliafetivo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados é caracterizado pela presença de grupos de indivíduos com variados níveis de compromisso e de interligação pessoal, que compartilham a crença no poliamorismo e, ao contrário do modelo anterior e como o próprio nome sugere, apresenta uma organização de hierarquias das relações. Assim, fala-se em relações primárias, secundárias, terciárias, etc., com o fim de descrever os diferentes patamares de envolvimento das pessoas nas relações inseridas nessas redes (SANTIAGO, 2014, p. 134).

Enfim, o modelo do poliamorismo individual é composto por relações não primárias, onde as relações amorosas, íntimas e/ou sexuais são secundárias ou até mesmo terciárias. Verifica-se esse modelo quando um indivíduo mantém diversos relacionamentos sem verificar um compromisso principal com qualquer dessas pessoas, de forma a não procurar estabelecer um parceiro para viver uma relação duradoura (SANTIAGO, 2014, p. 135).

Os modelos de poliafetividade dispostos acima e sua potencialidade em constituir família, ainda serão analisadas no decorrer do trabalho.

4.2 Reconhecimento Jurídico das Uniões poliafetivas

Tradicionalmente, os direitos civis e a igualdade têm envolvido o ativismo jurídico como uma parte essencial da atividade dos movimentos sociais afim de alcançar a aceitação social. Esses movimentos, baseados nas transformações sociais, apresentam diversas campanhas para a mudança legal, notadamente em relação às mulheres, às lutas contra as discriminações de cor e aos homossexuais. Entretanto, as relações consensualmente não-monogâmicas continuam sem proteção normativa aos seus praticantes, sendo

demonizadas, marginalizadas, julgadas como patologia e sujeitas à regulação social do ridículo (SANTIAGO, 2014, p. 136).

Na luta por reconhecimento às Uniões ora discutidas, certamente a regulamentação legal seria o caminho que conferiria maior segurança a esta realidade. Como a exemplo do que observou-se com as famílias monoparentais (previstas no art. 226, §4º da Constituição Federal). Todavia, é necessário reconhecer e valorizar o atual estágio do ativismo judicial, decorrente da morosidade legislativa, que leva a interpretações como a recentemente assistida no que diz respeito às Uniões Homoafetivas (TIZZO; BERTOLINI, 2013, p. 234).

As relações jurídicas da família na sociedade pós-moderna⁴ compreendem o aumento da dimensão familiar, abrangendo valores e vivências subjetivas, afim de assumir um caráter plural, aberto e multifacetado. Assim, a família na contemporaneidade, enquanto relação jurídica, deve ser entendida como reflexiva, prospectiva, discursiva e relativa. Isto porque decorre da ampliação do direito em relação à novos valores e fatos sociais, como no caso da liberalização dos costumes, na flexibilização da moralidade sexual, na equiparação social de homens e mulheres e na perda gradual da influência religiosa no âmbito familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 44-45).

Nesse sentido, nota-se a influência marcante de aspectos sociais que modelam as características das entidades familiares. A reflexividade presente em suas relações se realiza no espaço das relações sociais, ou seja, no desenvolvimento da vida em sociedade. Deste modo, a partir de novos valores e fatos sociais emergem novas manifestações familiares tornando, portanto, imperativo que o Estado e Direito, acompanhando essa novidade, concretizem novas formas de proteção normativa. Considerando que as referidas inovações levam à construção de novas entidades familiares, entre elas as poliamorosas, é tarefa do Estado, do Direito e da sociedade a discussão e efetivação de especial proteção a esses arranjos familiares, com base em princípios e valores constitucionalmente consagrados (SANTIAGO, 2014, p. 136-137).

⁴ Quanto à pós-modernidade, esta veio afim romper com as antigas verdades absolutas, legítimas representantes da era anterior, convencionada de *modernidade*. A desconstrução paradigmática em prol da pós-modernidade está em acordo à contemporaneidade e sugere a ideia de oxigenar ranços ancestrais, garantindo aos indivíduos a chance de descobrir uma nova maneira de ver o mundo e de se ver no mundo. A pós-modernidade é fruto de um lento evoluir de ideias, de concepções, de maneiras de se encarar e interpretar os fatos da vida e das relações humana. Esse rompimento característico da pós-modernidade impôs ao direito, e consequentemente ao Direito Civil – e a família – sua releitura, estruturando uma nova dimensão que aproxima direito e ética, que demonstra-se no resgate ou revisão de princípios constitucionais que passaram a ocupar papel de destaque na seara hermenêutica da aplicação do direito o caso concreto (HIRONAKA, 2006, p. 52-54). Zygmunt Bauman (2001, p. 9-10) designa a era pós-moderna como uma *modernidade líquida*, que tem por traço permanente a liquefação dos sólidos. Diz o autor que a modernidade líquida é resultado da emancipação da ‘mão morta’ da história e isso só poderia ser efetivado derretendo os sólidos. [...] ‘Essa intenção clamava, por sua vez, pela ‘profanação do sagrado’; pelo repúdio e destronamento do passado, e, antes e acima de tudo, da ‘tradição’ – isto é, o sedimento ou resíduo do passado no presente; clamava pelo esmagamento da armadura protetora forjada de crenças e lealdades que permitiam que os sólidos resistissem à ‘liquefação’.

Assim, o cerne da questão que circunda as uniões poliafetivas está justamente no fato de constituírem uma realidade no cenário atual, gerando assim um embate entre reconhecê-las enquanto unidade familiar, de forma a aceitá-las como parte integrante dos novos modelos de família, como no caso da família monoparental e homoafetiva, com fundamento em preceitos como o afeto e a igualdade; ou, negá-las reconhecimento baseado no fato de que não cabe ao Estado tutelar toda e qualquer conduta humana, sob argumento de violação aos padrões monogâmicos da sociedade ocidental, bem como, de que as normas positivadas do ordenamento jurídico interno não oferecem subsídios para reconhecimento desse tipo de uniões (TIZZO; BERTOLINI, 2013, p. 233).

Entretanto, considerando a concepção de família pós-moderna, parece que a primeira opção é a mais adequada. A realidade das Uniões Poliafetivas, de alguma forma, precisa ser observada e enfrentada pelo Poder Público, isto é, faz-se necessário reconhecer que tratam-se de indivíduos que se reúnem formando um núcleo poliafetivo e que, caso ignorados, estariam a mercê do que construíram, em seu próprio nome, no curso da vida em comum, sem perspectiva, por exemplo, quanto a benefícios previdenciários ou efeitos sucessórios pelo falecimento do companheiro. Cumpre entender que, apesar da dificuldade em se tratar do assunto, o Estado não pode se manter alheio às realidades existentes, realidades estas complexas e vivenciadas por pessoas dotadas de liberdade, capacidade, autonomia e principalmente dignidade, que não podem continuar ignoradas (TIZZO; BERTOLINI, 2013, p. 234).

A família, portanto, deve refletir os valores e vivências subjetivas, e não valores objetivamente impostos pela aparente vontade do texto legal. Em outras palavras, os efeitos jurídicos decorrentes de uma verdadeira entidade familiar – aqui caracterizada pela relação de poliamor – não pode ser, sem qualquer fundamento, restringida através da análise objetiva do texto da lei, da Constituição ou de qualquer outro diploma normativo (SANTIAGO, 2014, p. 137).

Não se pode admitir a interferência qualificada pela objetividade do texto legal em uma área notadamente marcada, na sociedade pós-moderna, pelos valores subjetivos, que consubstanciam o desenvolvimento da pessoa humana, a ponto de se negar proteção normativa a verdadeiras entidades familiares, como se faz com as relações de poliamor (SANTIAGO, 2014, p. 137).

Nesse viés, precisa-se identificar as razões que tornam possível entender a união poliafetiva como uma identidade relacional hábil a originar uma família e que, portanto, merece reconhecimento e especial proteção do Estado. Assim, a partir da constitucionalização

do Direito de Família, é possível afirmar que as relações poliafetivas são capazes de originar unidades familiares em face da dignidade da pessoa humana, da liberdade nas relações familiares, da solidariedade familiar, da igualdade, da afetividade, da especial proteção reservada à família, do pluralismo das entidades familiares e da mínima intervenção do Estado na família (SANTIAGO, 2014, p. 138).

a) Dignidade da Pessoa Humana

Como observado no primeiro capítulo desse trabalho⁵, a Carta Magna de 1988 abrigou o princípio da dignidade humana expressamente em seu texto constitucional (artigo 1º, inciso III), dando início a uma fecunda produção doutrinária que procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade. O referido princípio estabelece um espaço de integridade que deve ser assegurado a todos os indivíduos, apenas pela razão de existirem no mundo. É expressão nuclear dos direitos fundamentais, abrigando diversos conteúdos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais (BARROSO, 2007, p. 144-145).

Dessa maneira, a Constituição Federal optou pela pessoa, relacionando todos seus institutos à realização de sua personalidade. Diferentemente dos diplomas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à 1988, que preconizavam o patrimônio, a nova ordem constitucional, ao elevar a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de forma a instar o indivíduo ao centro protetor do direito (DIAS, 2015, p. 45).

Assim, cumpre estabelecer que a repersonalização do Direito Civil, é um permissivo importante para o reconhecimento jurídico do poliamor. A elevação do ser humano em detrimento aos outros institutos, inclusive a família, exige que as regras jurídico-familiar funcionem como meio de proteção da pessoa, de seus anseios e aspectos existenciais. Desse modo, se três ou mais indivíduos, dotados de autonomia e capacidade plena para decidir o rumo de sua vida íntima, determinam que sua crença existencial e seus anseios familiares estarão plenamente satisfeitos com a prática do poliamorismo, cabe ao poder estatal reconhecer a prioridade dessas pessoas em relação a qualquer outro instituto ou dogma do Direito (SANTIAGO, 2014, p. 139-140).

Ainda que o reconhecimento jurídico do poliamor possa trazer dificuldades quanto à filiação, à sucessão, às questões previdenciárias e às relações patrimoniais no âmbito

⁵ Ver o tópico “2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana”, p. 20 e seguintes.

familiar, ou, até mesmo, evidenciar o desgaste da família em seu modelo tradicional, não se pode priorizar qualquer um desses institutos em detrimento dos praticantes dessa identidade relacional, que, antes de qualquer qualificação, são sujeitos de direitos fundamentais que devem ser assegurados e respeitados pelo Estado (SANTIAGO, 2014, p. 140).

O Direito de Família está intrinsecamente relacionado aos Direitos Humanos e ao conceito de dignidade. A compreensão dessas noções, direciona à concepção contemporânea de cidadania, que é o propulsor da evolução do Direito de Família. Cidadania pressupõe não exclusão. Isto deve significar o respeito aos vínculos afetivos e às diferenças, bem como, a legitimação e a inclusão social de todas as formas de família. Desse modo, para o direito de família, o princípio da dignidade humana significa a consideração e o respeito à autonomia e à liberdade dos sujeitos. “Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família” (PEREIRA, 2004, p. 72).

Em vista disso, o princípio ora discutido não só possibilita, mas, sobretudo, obriga o reconhecimento das uniões poliafetivas, resultando em uma verdadeira promoção da dignidade de seus praticantes e de sua cidadania, isto porque sairão da margem da proteção normativa, ingressando no respeitável mundo da segurança jurídica, tendo todos os seus direitos assegurados pelo ordenamento (SANTIAGO, 2014, p. 140-141).

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana impede que se conceda tratamento diferenciado aos diversos tipos de formação da unidade familiar, é inconstitucional estabelecer distinções entre a forma monogâmica de constituição da família da forma não-monogâmica. Com efeito, resta concluir, que em um ambiente democrático como a família, é indigno que Estado interfira de forma indevida afim de diferenciar os vários tipos de constituição de família. Inexiste um modelo único de família, assim, todas as formas de instituição familiar que respeitem a dignidade de seus integrantes e os possibilitem viver plenamente, devem ser objeto de atenção pelo Direito, inclusive poliamor. (SANTIAGO, 2014, p. 141-142).

Barroso (2007, p. 146) determina que entre as múltiplas possibilidades de sentido à noção de dignidade, duas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: “a) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e b) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual ‘reconhecimento’”.

O não-reconhecimento do poliamor ofende ambas dimensões da dignidade. Se por um lado, o Estado, ao não reconhecer as uniões poliafetivas e continuar albergando a monogamia como o único padrão relacional possível, utiliza as pessoas como meio para promover valores já ultrapassados e sem correspondência com o Direito de Família pós-moderno, assim como, para satisfazer determinados setores da sociedade, que, mesmo que encontre certo apoio por parte da população, não se justificam diante do cenário progressista e plural da família contemporânea. Por outro, os projetos íntimos que se apoiam na poliafetividade são, sem qualquer dúvida, razoáveis, pois consolidam uma união baseada no afeto, na honestidade, na confiança, no consenso e respeito à personalidade de seus integrantes, sendo dignos de igual respeito e consideração, bem como de legitimação (SANTIAGO, 2014, p. 143-144).

Barroso (2006, p. 147) ainda ressalta – em relação às uniões homoafetivas, porém se aplica perfeitamente ao estudo presente – que:

Atualmente já se sabe que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do *self*) e no desenvolvimento de auto-estima. A formação dessa identidade, do modo como cada um se autocompreende, depende do olhar do outro; é um processo dialógico. O não-reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos no ocidente. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

Por fim, os anseios existenciais dos entes de uma unidade poliamorosa encontram-se barrados pelo Estado, principalmente em razão do dogma da monogamia com pretensão de universalidade e obrigatoriedade, excluindo da proteção normativa relações não-monogâmicas fundadas nos mesmos preceitos que qualquer outra relação, quais sejam o respeito mútuo e a consideração recíproca. Entretanto, em atenção à dignidade humana dos praticantes do poliamorismo - e de todo indivíduo -, esse dogma deve ser rompido e desmitificado, permitindo que a não-monogamia responsável e, conseqüentemente, a união poliafetiva, sejam garantidas pelo Estado como condições existenciais mínimas para a participação efetiva das pessoas humanas na definição de seu próprio destino e de sua vida pessoal (SANTIAGO, 2014, p. 144-145).

b) Liberdade das relações familiares

Duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente, primeiramente, liberdade traduz o poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas, ou seja, é um ato de decisão e escolha entre várias alternativas possíveis. A segunda vertente

afirma que a liberdade não é um ato de escolha da pessoa, mas sim, o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza ou uma infra-estrutura econômica. Desse modo, é preciso que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre. Entretanto, atualmente o conceito de liberdade resulta da união de ambas concepções, isto é, a liberdade detém um conteúdo nuclear situado no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Porém, essas escolhas estão condicionadas às circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade de decidir (BARROSO, 2006, p. 141-142).

Com isso, não cumpre ao Estado somente garantir ao indivíduo seu direito de escolha entre diversas alternativas possíveis, deve, também, propiciar condições objetivas para que essas escolhas possam se concretizar. Às pessoas deve ser garantido o direito de desenvolver sua personalidade, cabendo as instituições políticas e jurídicas promover esse desenvolvimento e jamais dificultá-lo. Importante ressaltar que, certas manifestações da liberdade guardam relação estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, merecendo, assim, proteção redobrada. É o caso da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. É também, o caso da liberdade de escolher com quem manter relações de afeto e companheirismo, de forma plena, com todas as consequências normalmente atribuídas a esse status, e não de forma clandestina (BARROSO, 2006, p. 142)

Dessa forma, verifica-se o exercício da liberdade na escolha dos indivíduos em manterem seus relacionamentos poliafetivos, pois assim entendem ser a maneira que sua personalidade será melhor desenvolvida, cabendo ao Poder Público não apenas não interferir nesta prerrogativa, mas facilitar que as pessoas a exerçam, contemplando o poliamorismo como uma identidade hábil a originar entidades familiares (SANTIAGO, 2014, p. 145).

Conforme visto⁶, a Constituição estabelece em seus preceitos a liberdade como regra fundamental do ordenamento e objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, I e 5º, CRFB/88), bem como, a garante nas relações familiares (art. 227, CRFB/88). Assim, assevera Rafael da Silva Santiago (2014, p. 146) que em respeito a este tratamento especial, não se pode impor distinção entre os diversos tipos de constituição de famílias. A cada indivíduo foi conferido a liberdade necessária para formar e gerir o arranjo familiar que melhor lhe satisfaça enquanto ser humano repleto de anseios existenciais e demandas íntimas. É inadmissível que o Estado negue o reconhecimento de certo modelo familiar pelo simples

⁶ Ver o tópico “2.3.2 Princípio da liberdade nas relações de família”, p. 22 e seguintes.

fato de não refletir o padrão relacional seguido pela sociedade. Ou seja, ao passo que a própria Carta Magna garante a liberdade no âmbito familiar, não se pode admitir que o poder público negue reconhecimento jurídico ao poliamor simplesmente por não se tratar de uma forma convencional de configuração de família.

O raciocínio é simples: a Constituição assegura a liberdade nas relações familiares, conferindo aos indivíduos o poder de escolha acerca do modelo de constituição de suas famílias, respeitando sua autonomia e sua autodeterminação afetiva. Destarte, em atenção a essa liberdade, cabe ao Estado reconhecer o poliamorismo, uma identidade relacional digna e compatível com a Constituição, capaz de dar origem a famílias que exercem muito bem o seu papel de instrumento voltado à promoção da dignidade e da personalidade de seus integrantes (SANTIAGO, 2014, p. 146).

Dessa maneira, a institucionalização estatal da monogamia enquanto padrão relacional a ser seguido por todos os indivíduos resulta na restrição da liberdade nas relações familiares, a qual tem que ser combatida. Os deveres de fidelidade, respeito, amor, afeto, carinho, amizade e sexo são intrínsecos do exercício da liberdade e da intimidade de cada ser humano, não encontrando qualquer tipo de projeção no interesse geral. Ademais, a partir da perspectiva do interesse geral, é insignificante se determinada pessoa é adepta da monogamia, do poliamor ou de qualquer outro tipo de identidade relacional. O que realmente importa é garantir aos sujeitos seus direitos fundamentais e que sejam propiciadas as condições para o exercício de sua liberdade; condições, essas, que não veem sendo oportunizadas aos praticantes do poliamor, em razão da omissão estatal quanto ao seu reconhecimento (SANTIAGO, 2014, p. 147).

Por fim, do princípio da liberdade decorre da autonomia privada de cada indivíduo quanto a livre escolha de constituição, de manutenção e de extinção da unidade familiar, sem que haja imposição externa. Assim, o respeito à autonomia dos praticantes do poliamor, verificado através do reconhecimento jurídico de sua identidade relacional, traduz o respeito ao princípio da liberdade (SANTIAGO, 2014, p. 148).

Novamente Barroso (2006, p. 143), ao tratar das uniões homoafetivas, esclarece a situação dos poliafetivos perfeitamente:

Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não regulado pelo Direito. Essa seria, na verdade, uma forma comissiva de embarçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

Apesar de o exercício da autonomia privada poder ser reduzido, esta limitação deve ocorrer apenas em situações de especial relevância, como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental (BARROSO, 2006, 143). Acontece que o não-reconhecimento da união poliafetiva não advém desta necessidade, muito menos para promover outros bens jurídicos de igual hierarquia. Pelo contrário, é fruto da dogmatização da monogamia, como mito insuperável e intangível na sociedade ocidental, é resultado de concepções morais, culturais e/ou religiosas, que não configuram justificativas potencialmente capazes de vincular absolutamente todas as pessoas (SANTIAGO, 2014, p. 148).

Dessa forma, restringir a autonomia privada dos poliamorosos é atitude flagrantemente inconstitucional, de maneira que é necessário garantir a liberdade de escolha do projeto de vida familiar, em todas suas vertentes aos praticantes do poliamor, o que só se realizará com o seu reconhecimento jurídico (SANTIAGO, 2014, p. 149).

c) Solidariedade familiar

Já foi destacado⁷ que o princípio da solidariedade familiar no âmbito familiar compreende a mútua ajuda, assistência e apoio entre os entes de uma unidade familiar, seja moral ou material. O referido princípio é oxigênio das relações familiares e afetivas, independentemente de modelo, isto porque os vínculos familiares somente se sustentam e se desenvolvem em ambiente de compreensão e cooperação recíproca, onde seus membros ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário. (MADALENO, 2013, p. 93). Ainda, no ambiente familiar, o aludido princípio se traduz no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família – como entidade e na pessoa de cada um de seus componentes – de proteção ao grupo familiar, à criança, ao adolescente e às pessoas idosas, com base nos artigos 226, 227 e 230 da Lei Maior, respectivamente (LÔBO, 2011, p. 63).

Com isso, cumpre destacar que o não reconhecimento jurídico do poliamor resulta na não conferência de proteção social aos seus praticantes. A unidade familiar é o espaço de proteção avançada do ser humano, assim, à medida que cada membro constituinte assume seu papel no núcleo familiar, cria-se relações de auxílio recíproco, provendo sustento material e afetivo de todos os seus componentes. Entretanto, esta relação de solidariedade e fraternidade, não é oportunizada aos entes da entidade familiar poliafetiva, que, em razão da ausência de reconhecimento estatal como entidade familiar, são resguardados à margem do primado da solidariedade (SANTIAGO, 2014, p. 150).

⁷ Ver o tópico “2.3.4 Princípio da solidariedade familiar”, p. 25 e seguintes.

Ademais, o princípio da solidariedade familiar é resultado da superação do individualismo jurídico e objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que se origina nos vínculos afetivos que marcam as relações familiares, alcançando os conceitos de fraternidade e reciprocidade (MALUF, 2010, p. 53). Ou seja, a priorização dos laços de afetividade é a maneira de assegurar-se a construção de uma sociedade solidária, desse modo, por originar um núcleo familiar baseado no afeto, a relação poliamorosa colabora para a edificação da solidariedade enquanto valor supremo que orienta a esfera privada, envolvendo os seus membros em uma cadeia de uniões pautadas pela fraternidade e reciprocidade (SANTIAGO, 2014, p. 150).

Enfim, diante do princípio em tela, a união poliafetiva merece reconhecimento e legitimidade, tendo em vista, se orientar para a realização do indivíduo e desenvolvimento de sua personalidade, contribuindo na formação de uma sociedade solidária, em que pese propagar valores de fraternidade e auxílio mútuo entre os membros desse tipo de união (SANTIAGO, 2014, p. 151).

d) Igualdade

Como observado anteriormente⁸, o princípio da igualdade encontra previsão na Constituição Federal de 1988, nos artigos 3º e 5º, bem como, em seu preâmbulo. Com isso a Carta Magna é clara, todas as formas de preconceito e discriminação devem ser rechaçadas, inclui-se nesta ordem qualquer ato de menosprezo e desigualdade baseada na orientação sexual das pessoas ou quanto a suas concepções de vida.

Luís Roberto Barroso (2006, p.135-136), sobre o tema, assevera que existem duas vertentes em relação a igualdade, a formal e a material. A primeira encontra-se na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre os indivíduos, proibindo a criação de institutos que estabeleçam privilégios ou vantagens que não possam ser republicanamente justificadas. Assim, todas as pessoas são dotadas do mesmo valor e dignidade, devendo o Estado atuar de forma impessoal, sem selecionar a quem beneficiar ou prejudicar. Já a igualdade material relaciona-se a aspectos mais complexos e ideológicos, isto porque associa-se à ideia de justiça distributiva e social, ou seja, não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, é necessário equipará-las perante a vida.

⁸ Ver o tópico “2.3.3 Princípio da igualdade e respeito às diferenças”, p. 23 e seguintes.

Neste sentido, o não reconhecimento da família poliafetiva afronta a previsão de igualdade formal. Tendo em vista que em um âmbito democrático, plural, constitucionalizado, qualificado pelo afeto e pela priorização da pessoa humana, não há justificativa legítima em estabelecer um grau hierárquico entre práticas monogâmicas e práticas não-monogâmicas, onde aquelas são privilegiadas, enquanto essas são ignoradas simplesmente em razão da não simpatia a esse tipo de relacionamento (SANTIAGO, 2014, p. 151).

A igualdade garante tratamento isonômico e proteção igualitária a todas as entidades familiares desde que compatíveis com preceitos constitucionais. Nesse sentido, deve qualquer família, para assim ser considerada, proteger e promover a personalidade de seus integrantes respeitando sua dignidade, buscar garantir um espaço de liberdade e solidariedade familiar, além de ser baseada no afeto familiar. Nesse viés, como visto a pouco⁹, o instituto do poliamor preza pela proteção da pessoa humana, a construção de um ambiente consensual de auxílio e confiança recíproca, valoriza o afeto e o respeito à autonomia de seus membros, de maneira que não há razões para conferir-lhe tratamento diferenciado – salvo para garantir-lhe mais direitos em razão de sua desigualdade perante as demais famílias e, portanto, alcançar a igualdade material – tendo em vista ser amplamente compatível com a tábua axiológica estabelecida pela Constituição (SANTIAGO, 2014, p. 152).

Desse modo, não se mostra razoável qualquer distinção, que se traduziria como preconceituosa, entre o poliamor e as demais identidades relacionais vivenciadas pelo ser humano, como a monogamia. Pelo contrário, por se tratar de uma legítima família desprotegida – dada a ausência de tutela normativa – e alvo de constantes discriminações, o Estado deve propiciar condições para que esse desequilíbrio seja compensado com o exercício de direitos capazes de tutelar ainda mais esse novo arranjo família (SANTIAGO, 2014, p. 152).

O princípio da igualdade no âmbito familiar revela-se perfeitamente no reconhecimento jurídico da união poliamorosa, isto porque consiste na concessão de legitimidade à uma família fundada nos mesmos valores constitucionais que os demais núcleos familiares já dotados de proteção normativa, assegurando o livre exercício da autodeterminação afetiva e da autonomia na constituição do modelo familiar. A união poliafetiva constituiu uma família merecedora de tutela, na medida em que é compatível com a Carta Magna, funda-se no afeto e instrumentaliza-se à promoção da dignidade de seus membros, de forma que se o legislador – em virtude de discriminação, preconceito, pressões de setores da sociedade ou por qualquer outro motivo injustificado – é omissos, é papel do juiz abolir esta desigualdade (SANTIAGO, 2014, 152-153).

⁹ Ver o tópico “4.1 Poliamor: conceito e características”, p. 54 e seguintes.

e) Afetividade

O princípio da afetividade é, sem dúvida, o fundamento da família contemporânea, que preza pelos vínculos socioafetivos e pela livre vontade de comunhão de vida.¹⁰ Não existe família desprovida de afetividade, sendo assim, exerce o referido princípio função primordial no direito de família, é o traço delimitador de uma entidade familiar para uma organização social não-familiar.

No núcleo da concepção atual de família situa-se a mútua assistência afetiva, a denominada *affectio maritalis*, entendida como a vontade específica de instituir uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria as questões práticas existenciais. A afetividade é, portanto, o componente central desse novo paradigma, sobrepondo a consanguinidade e as ultrapassadas definições fundadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. Esta nova unidade familiar passa, então, a ser compreendida como uma “comunidade de afeto” (BARROSO, 2007, p. 151).

Nesse sentido, como já notou-se no começo desse capítulo – ao tratar do poliamor, seus conceitos e características – um dos principais valores do poliamor é o afeto entre seus integrantes, mais do que isso, o próprio conceito de poliamor se baseia na união de afetos. Não trata-se, como muitos imaginam, de um relacionamento evidenciado pela promiscuidade ou pelo sexo casual. Toda e qualquer relação de poliamor somente assim se justifica, enquanto baseada no amor, isto é, na afetividade. O viés do poliamorismo que permite a edificação de argumentos favoráveis à sua proteção normativa e, portanto, constitui justificativa para o seu reconhecimento jurídico, é o poliamor permeado pelo afeto (SANTIAGO, 2014, p. 158).

O afeto, visto como a nova feição da entidade familiar orientada à garantia do desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, traduz um ambiente privilegiada para o exercício da confiança nas relações familiares. Isto porque, a afetividade define o cerne da família como uma verdadeira rede de solidariedade, direcionada ao desenvolvimento e promoção da pessoa, sendo inconciliável com a violação da confiança natural depositada entre seus integrantes (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 154).

Dessa maneira, o respeito ao princípio da afetividade resulta na valorização da confiança no interior da família, sendo que, a origem da união poliafetiva é totalmente

¹⁰ Ver o tópico “2.3.5 Princípio da afetividade”, p. 28 e seguintes.

baseada na construção da confiança entre seus participantes, o que evidencia mais uma razão para seu reconhecimento. No poliamor, todos os integrantes têm absoluto conhecimento acerca de sua situação amorosa e afetiva, concordando sobre todos os aspectos da relação, seja quanto à pluralidade de parceiros ou quanto sua forma de desenvolvimento. Ademais, não há espaço para mentira, traição ou quebra da confiabilidade nas relações poliafetivas, todos têm conhecimento de tudo o que se passa, dado que a confiança é um de seus valores supremos (SANTIAGO, 2014, p. 159).

f) Especial proteção reservada à família

A família constitui entidade de extrema importância para a sociedade ao peso que o constituinte lhe conferiu especial proteção em relação a todos seus aspectos. O núcleo familiar, mais que uma organização social, é um espaço privilegiado de promoção da personalidade de seus membros, onde estes vivenciarão os fatos básicos de suas vidas, motivo pelo qual demanda a mais extensa proteção por parte do Estado e de toda a sociedade. Nesse sentido, importa compreender que a especial proteção destinada à família, que advém de disposição constitucional – art. 226, caput, CRFB/88 – recai sob o espaço destinado à realização existencial de indivíduo, sob o âmbito de confirmação e consolidação de suas dignidades, independentemente do modo de constituição e manutenção dos vínculos jurídicos do núcleo familiar (SANTIAGO, 2014, p. 160).

O dispositivo supra citado da Constituição Federal operou radical transformação no âmbito da proteção destinada ao núcleo familiar, pois ao suprimir a locução “construída pelo casamento” quanto ao reconhecimento de uma unidade familiar – existente no art. 175 da Constituição de 1967/69 – não substituindo-a por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, isto é, qualquer família constituída socialmente. Com isso, a regra de exclusão desapareceu. As entidades familiares referenciadas nos parágrafos do art. 266, CRFB/88, configuram apenas exemplos de núcleos familiares, sem restringi-las (LÔBO, 2011, p. 82).

Assim, deve o Estado atuar positivamente no sentido de oferecer proteção aos núcleos familiares, uma dessas medidas positivas capaz de proporcionar especial tutela à família, consiste no reconhecimento da união poliafetiva. A família poliamorosa é um espaço privilegiado de desenvolvimento da dignidade de seus integrantes, tendo em vista atuar na promoção da personalidade dos seus membros, dessa maneira, é destinatária de especial tutela (SANTIAGO, 2014, p. 161).

Completa Rafael da Silva Santiago (2014, p. 161) que, com o advento da CRFB/88, a proteção da família não deve ser diferenciada conforme sua origem, não existindo distinção quanto a especial tutela, a partir da forma de constituição da entidade familiar. Isto porque, em derradeiro, não se protege a família em si, mas o ambiente funcionalizado à dignidade de seus integrantes, característica presente nos arranjos familiares poliamorosos.

Por fim, tendo em vista a especial tutela preconizada pelo texto constitucional, qualquer entidade familiar constituída socialmente que funcione à dignidade de seus integrantes, que valorize o afeto, a pessoa humana e que seja qualificado pelo ânimo de constituir família, como a entidade familiar poliamorosa, deve ser protegida, bem como, reconhecido os direitos de seus membros (SANTIAGO, 2014, p. 162).

g) Pluralismo das entidades familiares

Como já observado no primeiro capítulo desse trabalho¹¹, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova feição ao Direito de Família, assim como, aos arranjos familiares. O casamento deixou de representar o modelo único de família, instituindo o afeto, a liberdade e a dignidade dos membros familiares como fatores constituidores dos núcleos familiares. Assim, em decorrência dessa concepção aberta de família, nada mais natural que se verifique diversas – ou plurais – formas de família.

O Direito necessita estar em sintonia com as transformações sociais, já que a família é um fenômeno social, de forma que vem reconhecendo paulatinamente novas modalidades de arranjos familiares. O desafio atual do Direito de Família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhe são confiados (BARROSO, 2007, p. 150). Assim, considerando a tutela destinada a determinadas entidades familiares, como as famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas, e até mesmo às paralelas, cumpre ao Direito de igual maneira flexibilizar o conceito plural de família, afim de abranger todas as suas conformações, incluindo a originada pelo poliamor (SANTIAGO, 2014, p. 164).

Seria totalmente desproporcional conferir reconhecimento jurídico às uniões paralelas – que são construídas, muitas vezes, a partir da mentira, da traição, da quebra da confiança e do desrespeito ao cônjuge ou companheiro traído – e não aceitar a tutela jurídica do poliamor, que se funda em valores totalmente contrários, porquanto prioriza a confiança, a honestidade e o consenso de todos os envolvidos (SANTIAGO, 2014, p. 165).

¹¹ Ver o tópico “2.3.5 Princípio da pluralidade das formas de família”, p. 26 e seguintes.

O princípio do pluralismo das entidades familiares deve ser encarado como o reconhecimento estatal da existência de diversas possibilidades de arranjos familiares (DIAS, 2015, p. 49). Completa Santiago (2014, p. 166) que, dentre as várias possibilidades familiares está a união poliamorosa, vez que trata-se de uma identidade relacional que propaga valores familiares compatíveis com a dignidade de seus integrantes e valores constitucionais, merecendo, portanto, o reconhecimento como entidade familiar. Dessa forma, negar o reconhecimento do poliamor, imputa no desrespeitando a pluralidade das organizações familiares, possibilitando, em última análise, o enriquecimento injustificado, pois algum ou alguns dos integrantes dessa família não terão a tutela jurídica que lhes é devida em virtude do injustificado não reconhecimento estatal dos arranjos familiares compostos por mais três ou mais parceiros que protagonizam relacionamentos íntimos, sexuais e/ou amorosos.

Assim, cabe destacar que não existe uma única e verdadeira família, mas, sim, uma verdadeira pluralização de seu ambiente, que passa a incluir qualquer organização sociais que se fundam no afeto, entre elas, o poliamor. Dessa maneira, não procede a argumentação de que o art. 226 da CRFB/88 listou todas as formas de constituição familiar pois, várias outras entidades existem além daquelas ali previstas, independentemente da legitimação por parte do Direito. A Carta Magna prevê alguns modelos familiares apenas de forma exemplificativa, o que não reflete, de maneira alguma, toda proteção constitucional que deve ser conferida à família. Até porque, a proteção estatal não é conferida à família em si, mas ao ser humano enquanto seu componente, pouco importando qual entidade familiar consta expressamente na Constituição. O simples fato de configurar uma unidade de afeto qualificada pelo ânimo de constituir família, que respeite a dignidade de seus integrantes – características presentes no poliamor – já torna imperativa a proteção estatal (SANTIAGO, 2014, p. 167-169).

h) Mínima intervenção do Estado na família

A mínima intervenção do Estado nas relações familiares se traduz na autonomia dos seus protagonistas de exercerem seus direitos e liberdades fundamentais, cabendo ao Estado proporcionar condições necessárias para estas prerrogativas (FARIAS; ROSELVALD, 2013, p. 158). Ao poder estatal não cabe intervir indevidamente, com a intenção de modular os efeitos da família, pois esta representa um ambiente de múltiplas possibilidades (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 53).

Conforme Santiago (2014, p. 169), aos adeptos do poliamor devem ser conferidas oportunidades de desenvolver livremente seus projetos de vida em família, sendo ilegítima e

inconstitucional a interferência estatal nos relacionamentos geridos por sujeitos livres e em pé de igualdade. Se três ou mais pessoas desejam desenvolver sua dignidade por intermédio do poliamorismo, não pode o Estado utilizar-se de qualquer fundamento jurídico para impedi-los.

Cada pessoa, em seu espaço familiar, deve ter a liberdade para realizar sua própria dignidade e personalidade da forma que achar mais adequada, sob pena de frustração indevida de seu projeto íntimo de felicidade. Caso algumas pessoas entendam que o poliamor satisfaz seus anseios existenciais enquanto membro de uma família, não se pode admitir qualquer ingerência a esse legítimo exercício da liberdade de orientação sexual e de constituição de entidade familiar (SANTIAGO, 2014, p. 169).

A atuação estatal deve se limitar em implementar um ambiente favorável ao desenvolvimento da personalidade dos entes familiares, sendo-lhe vedada intervir em seus anseios íntimos e existenciais. O ente público, a sociedade ou qualquer indivíduo não tem o poder, nem o direito, de impor a monogamia a todas as pessoas com pretensão de obrigatoriedade e universalidade pois, infringiria o princípio ora discutido na medida em que ultrapassaria o limite do constitucionalmente razoável e justificável. Dessa forma, o não-reconhecimento da poliafetividade implica deixar pessoas humanas à margem da proteção normativa. A adoção da monogamia como modelo relacional único admitido pelo Direito, deixa de promover a dignidade e os anseios de seus integrantes e, em derradeiro, resulta na interferência indevida por parte do Estado, na autonomia privada dos indivíduos (SANTIAGO, 2014, p. 170).

Por fim, cumpre destacar não existir interesse público que justifique ao Estado interferir na forma de relacionamento dos cidadãos. Trata-se de uma matéria própria de cada pessoa, inerente às suas crenças. Assim, o exercício do poliamor não induz qualquer evidência hábil que corrobore um suposto interesse geral que fundamente o seu banimento. Nem o poder público ou qualquer indivíduo possui algum interesse quanto a matéria tão íntima e pessoal do ser humano (SANTIAGO, 2014, p. 171).

4.3 A relação poliamorosa compreendida como entidade familiar

Resta nesse momento demarcar o panorama geral das uniões poliafetivas, bem como, determinar quais os tipos de poliamor, são eles, a polifidelidade, o poliamorismo aberto, o poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados e o poliamorismo individual, são dotadas de capacidade para constituir organizações familiares e que, portanto, merecem o reconhecimento por parte do Estado e do Direito.

Os novos valores sociais e a atual família pós-moderna, em razão de sua complexidade e grande receptividade aos influxos sociais, criou uma concepção de família aberta e plural, não sendo possível construir um único conceito capaz de resumir todos os seus elementos (SILVA FILHO, 2013, p. 46). Entretanto, completa Santiago (2014, p. 173), algumas características mínimas, decorrentes de princípios, regras e valores consagrados constitucionalmente, precisam estar presentes para que se identifique uma entidade familiar.

Dessa maneira, a união poliafetiva hábil a originar uma família deve ser sustentada, de maneira não muito diferente das demais formas de família, pela solidariedade recíproca, cooperação, afeto, ética e pelo respeito à dignidade de cada um de seus integrantes. Deve refletir um ambiente plural, aberto, democrático e multifacetário, permeado pela compreensão igualitária de seus componentes, um espaço privilegiado para que os seus membros se completem, a partir da formação de relações de entreajuda. É necessário que a relação poliamorosa possibilite a criação de um ambiente adequado à promoção da pessoa humana e do desenvolvimento de sua personalidade, tendente a concretizar seus desejos espirituais e sua felicidade íntima e pessoal (SANTIAGO, 2014, p. 173).

Assim, a função social de toda relação, inclusive da poliamorosa, é a promoção e a proteção da dignidade de seus membros, através do desenvolvimento sadio de sua personalidade e potencialidades, tarefa desempenhada através da prática da solidariedade, do afeto e do dever de cuidado. De forma que não se vê mais a entidade familiar como uma composição pronta, mas sim uma organização a ser construída e que possui um denominador comum, a busca pela felicidade (DOMITH, 2014, p. 6-7).

Quanto aos tipos de composições poliamorosas que se qualificam como unidade familiar cumpre estabelecer que o traço delimitador é o afeto e a vontade de formar família. Resume Santiago (2014, p. 174):

[...] A visão de poliamorismo que dá origem a uma família se refere aos relacionamentos fundados no amor romântico sentido por mais de uma pessoa e exercido de maneira honesta e ética, com o pleno conhecimento e consentimento de todos os envolvidos. Para que seja possível argumentar pela sua capacidade de formar uma família, frise-se, é necessária a caracterização do afeto entre os indivíduos da relação e a compatibilidade das circunstâncias do caso concreto com o regime jurídico-familiar.

Nesse sentido, em relação à definição de *polifidelidade*, compreendida como a relação em que três ou mais pessoas vivem um relacionamento íntimo, sem se envolver com pessoas de fora do grupo, facilita concluir que tão somente sua constituição, desde que, respeite os padrões constitucionais mínimos da família contemporânea, dá origem a uma

entidade familiar, não sendo necessário cumprir nenhum requisito específico para tanto. Assim, em geral consiste num grupo fechado, que vivem na mesma casa e convivem uns com os outros, sendo que a única diferença dessa relação para um casamento ou união estável é somente o número de integrantes. Resulta, portanto, que o tratamento jurídico destinado à polifidelidade deve ser idêntico à tutela destinada às famílias oriundas do casamento, da união estável, monoparentais, recompostas ou qualquer outra unidade familiar reconhecida pelo Direito (SANTIAGO, 2014, p. 174-175).

No que diz respeito ao segundo modelo de poliamor, o poliamorismo aberto, começa a se tornar mais difícil definir qual as circunstâncias capazes de originar uma família, sendo necessário que o juiz analise, sobretudo, o caso concreto para chegar a tal conclusão. Isto porque, neste modelo todas as pessoas envolvidas podem ter diversas relações, de vários tipos e com intensidades diferentes, contudo, uma característica permanece como traço fundamental para a definição de família para os poliamorosos abertos, o envolvimento afetivo (SANTIAGO, 2014, p. 175).

No caso do poliamorismo aberto praticado por dois parceiros, desde que respeite os requisitos constitucionais, resta claro a caracterização de um arranjo familiar entre esses dois indivíduos – entendida como família originária – ao menos sob a proteção do manto da união estável. Entretanto, na hipótese desses integrantes manterem relacionamentos eventuais com terceiros, prerrogativa do poliamor aberto, mas sem a existência de afetividade e ânimo de constituir família, não há que se falar, obviamente, em instituição de uma nova entidade familiar – entendida como família derivada – entre os dois parceiros originais e os terceiros que manterem, com eles, relacionamentos eventuais e não-afetivos (SANTIAGO, 2014, p. 175-176).

Todavia, se de um poliamorismo aberto um dos integrantes, que já constitui uma relação familiar originária, mantiver um relacionamento não-eventual e afetivo com um terceiro, dá-se origem a uma nova entidade familiar derivada. Nesse caso, duas observações se fazem necessárias: primeiro, é preciso reconhecer a existência de duas entidades familiares distintas, e não apenas uma, simplesmente por inexistir afeto e ânimo de constituir família entre todos os três membros envolvidos. É importante lembrar que o afeto, qualificado pelo ânimo de constituir família, é o traço diferenciador entre o arranjo familiar e uma união social que não é dotada de natureza familiar; a segunda observação repercute no Direito das Sucessões, caso o integrante comum das duas famílias – originária e derivada – faleça, tem-se dois sucessores, cada qual merecedor de uma parcela do patrimônio compatível com seus

esforços e seu envolvimento afetivo nas respectivas relações. Destaca-se que dessa maneira há o respeito à liberdade e autonomia de todos os participantes em constituir família pois, se todos os integrantes consentiram em viver em poliamorismo aberto, estavam cientes da possibilidade de um dos membros constituir uma família derivada com outro indivíduo, razão pela qual o patrimônio deve ser repartido entre os dois sucessores (SANTIAGO, 2014, p. 176-177).

Nessas hipóteses, o juiz dependerá, sobretudo, da análise fática, sendo ônus das partes envolvidas trazerem aos autos a maior quantidade de provas possíveis para o convencimento do magistrado. Trata-se de um ônus com o qual os praticantes do poliamor devem arcar em virtude da excepcionalidade de sua identidade relacional (SANTIAGO, 2014, 197).

O terceiro modelo de poliamor consiste no poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados que se caracteriza pela presença de grupos de indivíduos com níveis de compromisso e de interligação pessoal variados, que compartilham a crença no poliamorismo. Aproxima-se do poliamorismo aberto, entretanto as relações estão hierarquicamente organizadas, fala-se em relações primárias, secundárias, terciárias etc, que variam de acordo com o grau de intimidade, proximidade ou compromisso. Por essa razão, para verificar se tal conceito de poliamor é hábil à origem família, basta a aplicação dos mesmos requisitos específicos do poliamorismo aberto (SANTIAGO, 2014, p. 178).

As relações primárias configuram a relação mais próxima, onde os integrantes compartilham a maioria de seu tempo, energia e prioridades. São uniões marcadas pelo alto grau de intimidade, atração e compromisso, em um grau de interligação semelhante ao dos cônjuges em um casamento. Já as relações secundárias, apesar de ainda constituem tipo de relacionamento próximo, seus integrantes concedem menos tempo, energia e prioridade ao outro, em comparação às relações primárias. De qualquer forma, os enlaces secundários costumam incluir elementos como o sexo e o suporte emocional, sem, no entanto, partilharem o mesmo nível de compromisso e valores. Por fim, os relacionamentos terciários seriam aqueles onde o sexo e suporte emocional é esporádico, hipótese em que essas relações não integram uma parte significativa da vida pessoal do poliamoroso (SANTIAGO, 2014, p. 134-135). Cumpre assim, para estabelecer qual nível de relacionamento constitui uma família, analisar o caso concreto e buscar determinar em quais uniões está presente o elemento da afetividade e o desejo dos parceiros em manterem um não-eventual relacionamento.

Por fim, o modelo do poliamorismo individual ocorre quando uma pessoa vive variadas relações sem um compromisso principal com qualquer indivíduo, de maneira a não

buscar se relacionar com parceiros por longo prazo. Nota-se que, nesse caso, o que se verifica são relacionamentos íntimos, sexuais e/ou amorosos, únicos ou passageiros, que não cumprem os requisitos de afeto e ânimo de constituir família, razão pela qual não se caracterizam como entidade familiar (SANTIAGO, 2014, p. 179).

4.4 Poligamia e o crime de Bigamia

Considerando o conceito de poliamor, é necessário diferencia-lo da poligamia, tema sempre associado quando trata-se de uniões caracterizada por três ou mais integrantes. O termo poligamia é empregado no sentido de designar o regime familiar em que se permite o casamento do homem com várias mulheres - caso fosse a mulher seria poliandria -, sucessivamente ou ao mesmo tempo, todas assumindo o status de esposas (DOMITH, 2014, p. 19).

A poligamia é diferente do poliamor na medida em que a primeira significa, tecnicamente, estar casado com mais de uma pessoa, independentemente do sexo. Entretanto, induz também, um estilo patriarcal de casamento, onde o homem tem mais de uma esposa e a mulher, monogâmica, tem o seu marido compartilhado. Pressupõem-se, portanto, uma assimetria entre os gêneros, onde somente um dos cônjuges é polígamo. De maneira diversa, para o poliamorismo é indispensável que exista a possibilidade de mais de um relacionamento amoroso simultâneo seja tanto de homens quanto de mulheres. Dessa forma, o poliamor se diferencia da poligamia por ser permeado pela liberdade de todos – homens ou mulheres – terem mais de um relacionamento, de vivenciarem o amor em grupo e de amarem pessoas do mesmo sexo e fora do casamento. Ademais, a poligamia pressupõe múltiplos casamentos, enquanto a relação poliamorosa, não necessariamente, implica o casamento, mas sim vários parceiros amorosos (SANTIAGO, 2014, p. 108-109).

Dessa forma, outro tema associado à discussão do poliamor e poligamia é a acusação de que a união poliamorosa não merece reconhecimento, nem deve ser legitimada, em virtude do tipo penal que proíbe a bigamia. Este dispositivo, art. 235 do Código Penal, estabelece a proibição de novo matrimônio por aquele que já é casado. Dispõe o referido artigo:

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.

Cumpre estabelecer que, segundo Fernando Capez (2012a, p. 253), nossa cultura não admite a bigamia em razão da estrutura familiar, via de regra, nas sociedades ocidentais fundarem-se em ligações monogâmicas. Busca-se com essa proibição proteger a instituição do casamento e a organização familiar que dele decorre, estrutura fundamental do Estado, que são colocadas em risco com as novas núpcias. Completa Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 515), que o bem jurídico tutelado “é o interesse do Estado em proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico, que é adotado, como regra, nos países ocidentais”.

O entendimento apresentado acima merece ser analisado. Primeiramente, não cabe ao Estado tutelar o matrimônio em si, tendo em vista, principalmente, a Constituição Federal de 1988 e do fenômeno de repersonalização do Direito, devendo orientar sua atuação na proteção da pessoa humana, afim de promover sua dignidade e personalidade. Dessa forma, inexistente proteção de toda e qualquer organização jurídica matrimonial, visto que a tutela se destina à união hábil a promover a personalidade de seus integrantes, na medida em que deve estar voltada ao indivíduo. Depois, o crime de bigamia perde sua característica, ao menos quanto às uniões poliafetivas, a partir do momento em que entende-se ser a monogamia um mero valor do sistema pátrio, não um princípio (SANTIAGO, 2014, p. 205).

Esclarece Maria Berenice Dias, em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (2012), que o dever de monogamia não consta na Constituição Federal de 1988, sendo apenas um viés cultural. A codificação civil proíbe o casamento entre pessoas casadas, o que não é verificado nas relações poliamorosas. Os integrantes desta união trabalham, contribuem e, por essa razão, devem ter seus direitos tutelados. “A justiça não pode chancelar a injustiça”.

Nesse panorama não mais cabe deixar de extrair efeitos jurídicos de um fato que existe, sempre existiu, mas que a justiça se nega a reconhecer: vínculos afetivos mantidos de forma concomitante.

[...]

Sob o fundamento de que o sistema monogâmico é a forma eleita pelo Estado para a estruturação da família, a ponto de a bigamia figurar como delito sujeito a sanções penais, tende a jurisprudência em não aceitar que mais de um relacionamento logre inserção no mundo jurídico. Ao menos há enorme resistência em identificar ambos os vínculos no contexto do Direito de família e emprestar-lhes as benesses que este ramo do direito outorga. (DIAS, 2010, p. 1-2)

Cabe destacar que, sob pena de colidir com a Constituição, uma norma penal não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ofende ou não o sentimento social de justiça; pelo contrário, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente causem lesão à sociedade. É imperativo do Estado Democrático de Direito a investigação ontológica da norma incriminadora, de maneira que, crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo - conceito formal -, já que nenhuma conduta pode ser considerada criminosa materialmente se não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade (CAPEZ, 2012b, p. 24).

Assim, com Constituição Federal de 1988 e o cenário progressista atual, é equivocado afirmar que a monogamia, mesmo que entendido como valor, constitui um dos valores fundamentais da sociedade. O âmbito familiar não é um espaço destinado à institucionalização da monogamia, mas sim, um espaço próprio para a promoção da dignidade de seus membros, cujas realizações existenciais podem ser satisfeitas através dos mais diversos tipos de relacionamentos, inclusive através da relação poliamorosa (SANTIAGO, 2014, p. 205-206). Dessa maneira, afirma o autor que:

Com o momento plural e repersonalizado da família pós-moderna brasileira, não há como sustentar que a prática da não-monogamia responsável é materialmente criminosa, pois não coloca em perigo qualquer valor fundamental da sociedade. Pelo contrário, consubstancia os valores fundamentais da dignidade humana, afetividade, autodeterminação afetiva, liberdade nas relações familiares, igualdade, pluralismo etc.

Ainda, estabelecendo relação ao já citado Direito de Família Mínimo, que nasceu a partir teoria do Direito Penal Mínimo, cumpre estabelecer que, independente de qual dos dois ramos do Direito, a intervenção por parte do Estado tem caráter subsidiário. Se no âmbito da família, o poder público só deve intervir para assegurar garantias mínimas e fundamentais aos membros integrantes da unidade familiar; a atuação do Direito Penal, segundo Capez (2012b, p. 35), exige que os demais controles formais e sociais tenham perdido a eficácia, não sendo mais capazes de exercerem sua tutela. Ou seja, pressupõe que as demais barreiras protetoras de um bem jurídico já fracassaram, sendo a atuação penal um imperativo de necessidade, isto é, único e último recurso para a tutela do bem jurídico.

Dessa maneira, não existe imperativo de necessidade que justifique a intervenção estatal afim de garantir a monogamia como único padrão relacional da sociedade. Esta intervenção, ao contrário, se caracteriza inconstitucional, ilegítima, desarrazoada e injustificada, já que não se orienta pelo caráter plural e democrático da família

contemporânea. Dessa forma, se nem mesmo o Direito de Família, a partir de sua concepção contemporânea, é capaz de validar a monogamia como padrão relacional imposto a todos os cidadãos, não poderia o Direito Penal, em virtude de sua prerrogativa de subsidiariedade contemplar a monogamia como padrão de relação e estabelecer a conduta não-monogâmica como crime (SANTIAGO, 2014, p. 206).

Ademais, mesmo que o exposto acima não seja a compreensão aceita majoritariamente, cabe destacar que a união poliafetiva não pressupõe a existência de casamentos consecutivos, nem a conduta de alguém já casado, casar novamente. Esta relação, em sua maioria, se caracteriza pela união estável de três ou mais pessoal que partilham de uma vida em comum, ou ainda, em relações concomitantes onde todos os integrantes do relacionamento têm conhecimento da situação. Dessa forma, não fala-se em casamento, mas sim, em união estável ou relações que coexistem, sendo que estas relações familiares não estão contempladas no tipo penal incriminar analisado.

Gizelly Trivisani (2013, p. 44) esclarece acerca do assunto:

Diante o exposto, a criminalização para o crime de bigamia para com as uniões poliafetivas é inconstitucional, pelo fato de constituir crime o casamento de pessoas já casadas. A união poliafetiva se configura na união de pessoas não casadas. Cabe ainda ressaltar, que para se configurar crime de bigamia se torna pressuposto necessário que o contraente já seja casado, em outras palavras, é preciso que já tenha celebrado núpcias anteriormente, sendo o primeiro casamento ainda vigente no momento da celebração do segundo.

Enfim, somente quando constatado que uma pessoa mantém mais de um casamento civil – e somente este tipo de vínculo - estar-se-á diante do crime de bigamia. Entretanto, quando se estiver diante de um indivíduo casado, apenas, no religioso - portanto, sem efeitos civis - ou ainda, de uniões estáveis ou homoafetivas concomitantes, não há o que se falar em impedimento para que se contraia novo vínculo matrimonial e, caso isso ocorra, este não resultará no crime de bigamia (DOMITH, 2014, 19-20).

Por fim, conclui Rafael da Silva Santiago (2014, p. 206-207) que, o problema da tipificação do crime de bigamia é que foi baseado em valores ultrapassados e retrógrados, que não mais refletem os anseios da família pós-moderna. Não há mais espaço para se discutir uma pretensa obrigatoriedade e universalidade da conduta monogâmica, pois confronta com toda tábua axiológica determinada na Constituição. Atualmente, não se fala mais na proteção do casamento ou da família em si, mas sim, do espaço que privilegia o desenvolvimento da personalidade humana, seja ele baseado em valores da monogamia ou da não-monogamia responsável.

4.5 As uniões poliafetivas e o registro público nos cartórios

Como observado no início desse capítulo, a união entre mais de duas pessoas ganhou destaque no cenário brasileiro com o primeiro registro em cartório da união poliafetiva, composta por duas mulheres e um homem, na cidade de Tupã, interior do Estado de São Paulo. Este fato levantou o questionamento acerca das consequências jurídicas desse registro.

A referida “Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva” estabeleceu que:

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2012).

Nota-se que o documento retrata a vontade de todas as partes em tornar pública uma relação considerada familiar e de união estável, adotando um regime patrimonial de comunhão parcial de bens, análogo ao regime da comunhão parcial de bens estabelecido nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil Brasileiro e estabelecendo dentre os direitos e deveres dos companheiros a assistência material e emocional, o dever da lealdade e manutenção da harmonia na convivência entre os três.

Conforme a tabeliã de notas e protestos, Cláudia do Nascimento Domingues (IBDFAM, 2012), que lavrou a escritura pública, sua função pública consiste em dar garantia jurídica ao tomar conhecimento de um fato. Ao ser abordada pelos conviventes averiguou se existia algum impedimento legal e ao verificar que não havia, não poderia se recusar a lavrar a declaração. Todos os três integrantes já vivam em união estável a pelo menos três anos, eram pessoas capazes, não existia envolvimento de nenhum menor, nem qualquer litígio, além de estar presente o desejo comum de constituir uma entidade familiar.

No mesmo sentido, o advogado Erick Wilson Pereira, doutor em Direito Constitucional pela PUC de São Paulo, em entrevista ao portal Consultor Jurídico (2012) se manifestou acerca do assunto, afirmando não existir impedimento constitucional ao registro de uniões poliafetivas. Informa o jurista que, a escritura pública representa uma declaração de vontade para a formação de um núcleo afetivo, ambiente este privado e de tutela da pessoa, onde não cabe ao Estado interferir a ponto de descaracterizar o seu registro.

Ainda, em entrevista ao Portal G1 (2012), o jurista Natanael do Santos Batista Júnior, que orientou o citado trio na elaboração do documento registrado, alega que o ponto mais importante da escritura pública declaratória de união poliafetiva é a visibilidade fornecida a outras estruturas familiares e que a escritura visa garantir a tutela das relações não monogâmicas, além de buscar o respeito e aceitação social a essa estrutura familiar.

Mais recentemente, outros registros de uniões poliafetivas, também, receberam atenção da mídia. Desta vez, os registros ocorreram no Rio de Janeiro, onde lavraram-se duas escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva, uma composta por um homem e duas mulheres e outra composta por três mulheres. Ambas foram realizadas pela tabeliã Fernanda Leitão, do 15º Cartório de Ofício de Notas do Rio de Janeiro, que em entrevista ao Jornal Estadão (2015) e ConJur (2016) esclareceu que inexistente lei específica que trate da união poliamorosa, bem como, não existe para a união homoafetiva. A aceitação da união entre pessoas do mesmo sexo decorreu de decisão do Supremo Tribunal Federal, que outorgou a estas famílias proteção jurídica em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e em virtude do entendimento que o conceito de família é plural e aberto. Sendo assim, a aceitação das uniões poliafetivas deveria se dar pelos mesmos motivos. Completa a tabeliã que:

O registro da união poliafetiva, por meio da lavratura da escritura pública, está fundamentada na aplicação do princípio da afetividade, que representa o novo pilar do Direito de Família, assim como nos princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da autonomia da vontade e da não discriminação. E, por fim, no silêncio normativo, pois, no âmbito do Direito Privado, tudo que não é proibido, é permitido (CONSULTOR JURÍDICO, 2016).

Por fim, afirma a tabeliã que as leis brasileiras não proíbem esse tipo de união. Nem a Constituição Federal, tampouco o Código Civil, estão preparados para esse novo formato de unidade familiar, entretanto argumentar que o ordenamento jurídico não permite a uniões poliamorosa é imaginar que o legislador concretizou esta possibilidade familiar e a proibiu, o que, não aconteceu.

O presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira, em entrevista ao Jornal Estadão (2015) dispõe, ainda, que a relação entre três pessoas é reconhecida quando for caracteriza como núcleo familiar único. As três mulheres que realizaram o registro de sua união, constituem uma única entidade familiar, onde todos os participantes vivem sob o mesmo teto. Situação diferente se verifica no caso das famílias paralelas ou simultâneas, onde pessoas casadas ou que já possuem uma união estável, também mantêm outras famílias.

Entretanto em posicionamento contrário, Regina Beatriz Tavares da Silva, Presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, em entrevista a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo – ARPEN.SP (2012), diz que as relações poliamorosas, bem como seus registros, não devem ser reconhecidos como válidos e eficazes, simplesmente por existirem no mundo dos fatos. Afirma que, objetiva-se com os registros, a validação de um relacionamento poligâmico, que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio

Segundo informa a Presidente da referida associação, ao se observar os contornos sociais e jurídicos brasileiros, conclui-se que o casamento e a união estável não deixaram de ser monogâmicos. Nesse sentido, as escrituras lavradas que registram a relação entre três ou mais pessoas é inútil já que não produz os efeitos almejados, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, atribui à união estável a natureza monogâmica.

Informa Regina Beatriz Tavares da Silva (2016), ainda, que a constituição de união estável por duas pessoas do mesmo sexo, não serve de fundamento ao reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar ao passo de que, as uniões homoafetivas formam uma união estável composta por dois membros. Para a autora, o registro público de união estável entre três pessoas, não possui eficácia jurídica pois, viola os princípios familiares, as regras constitucionais sobre família, a dignidade da pessoa humana e as leis civis, bem como contraria a moral e os costumes pátrios.

Foi com base nos supra citados argumentos e considerando os novos registros de uniões poliamorosas que a Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, formulou representação à Corregedoria Nacional de Justiça. O referido documento requereu, liminarmente, que fossem vedadas novas lavraturas de escrituras declaratórias de uniões poliafetivas e, no mérito, solicitava a regulamentação da matéria, afim de que sejam consideradas inconstitucionais estas uniões.

Ao analisar a representação, a ministra Nancy Andrighi, corregedora nacional de Justiça, no início de maio de 2016, instaurou o Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000, posicionando-se negativamente ao pedido liminar. Entretanto, sugeriu aos cartórios que aguardem a conclusão da análise da matéria para lavrar novas escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas. Segundo a ministra, não se trata de uma proibição, mas apenas uma sugestão aos tabelionatos, como medida de prudência, até que se analise com profundidade esse tema tão complexo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

A citada recomendação não foi interpretada de maneira positiva pelo advogado Marcos Alves da Silva, que em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (2016) afirma que, o País vive um momento de crescimento de posturas conservadoras e autoritárias, envolvidas por um grave fundamentalismo religioso. Nota-se uma grande mobilização no parlamento e fora dele que traduzem concepções, retrógradas, preconceituosas, homofóbicas, misóginas, etc. Contudo, mesmo que esses setores sintam-se fortalecidos em virtude de que seus representantes terem alcançado certo protagonismo político, o Poder Judiciário, normalmente, atua de forma mais cautelosa e técnica, não se deixando influenciar por pressões conjunturais da política.

Ademais, Alves (IBDFAM, 2016) afirma que não prospera o argumento de que o registro público das uniões poliafetivas fere a moral e os bons costumes. Mesmo que o fato declarado seja considerado por alguns ofensivo à moral e aos bons costumes, continua o autor, a declaração de existência e reconhecimento do fato jamais poderia. Isto porque, em pensamento análogo, a declaração de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo é considerada por parte da população brasileira ofensiva à moral e aos bons costumes, entretanto, o STF já reconheceu esta união como entidade familiar e o CNJ, através de Resolução, já determinou que os cartorários não podem se opor a realização de habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ora, como poderá, agora, o CNJ evocar a moral ou bons costumes para vedar a feitura de escritura pública declaratória de união estável poliafetiva? Cada pessoa, cada família, cada grupo religioso ou associativo pode e deve reger-se pelos princípios morais que julgarem adequados, mas não têm o direito de fazer de tais princípios normas estatais impositivas a todos os cidadãos de um Estado que se declara laico, democrático e plural.

Por tal razão, não sei que argumentos minimamente razoáveis poderiam ser evocados para que o CNJ venha a proibir as escrituras públicas de união estável poliafetiva. Note-se, não se trata de fazer qualquer juízo de valor sobre tais uniões. Não é esta questão. A vedação, todavia, constituiria, sem sombra de dúvida, grave ofensa a princípios constitucionais e a direitos fundamentais (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2016).

Por fim, Leandro Jonattan da Silva Sampaio, integrante da primeira união poliafetiva registrada no Brasil, em entrevista ao portal de notícias online Extra (2016), concedida após a citada recomendação do Conselho Nacional de Justiça, afirma que o posicionamento do CNJ é um retrocesso, podendo gerar inúmeras injustiças, onde os integrantes da relação poliamorosa que serão penalizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada conclui-se ser característica das famílias sua mutabilidade. A sociedade se modifica quando a família se modifica, e esta se transforma na medida que o homem se reconstrói. Na sociedade atual, o que permeia a vivência humana é a busca por satisfação pessoal, pela felicidade, por amor. Desse modo, nada mais natural e, até mesmo lógico, que a família seja o espaço para o livre exercício daquilo que mais lhe fornece sentimento de completude.

Essa realidade é a que norteia a concepção da família constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apesar de alguns atrasos, revolucionou o conceito de família. Tornou-a plural e inclusiva, principalmente ao introduzir, em seu artigo 226, as famílias formadas pelas uniões estáveis e monoparentais. Aí já nota-se a nova diretriz constitucional, optando por extinguir o primado do casamento como única forma familiar – o que só refletia a cegueira do legislador –, passou a incluir no texto normativo uniões que sempre existiram, mas que permaneciam às margens normativas. Dessa maneira, a família não tem mais forma fixa, modelo pré-estabelecido, nem quantidade pré-determinada. Não existe família certa ou errada.

Assim, não mais caracterizada apenas pelo vínculo matrimonial, a unidade familiar legitima-se pela presença de afeto, solidariedade, liberdade, igualdade, autonomia e da vontade de constituí-la, tudo isto direcionado ao exercício da dignidade humana plena. Dessa forma, é natural se constatar a presença das “novas famílias”, quais seriam às formadas pela união de pessoas do mesmo sexo, originadas pelo convívio de só um dos pais com seu filho, pelo convívio de dois irmãos, pela integrada por madrasta ou padrasto e, porque não, pela união de três ou mais pessoas, que assim se mantêm através de vínculos afetivos.

Quando observa-se o novo conceito da família constitucional, orientada, como destacado, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, solidariedade familiar, igualdade, afetividade e pluralismo das entidades familiares, não se nota o primado da monogamia como diretriz familiar. Isto porque, no que cabe ao sistema monogâmico este é apenas um valor orientador das preferências e escolhas pessoais, que como tal, é de livre apreciação do indivíduo. Tratar a monogamia como princípio, isto é, como regra, seria impor coercitivamente a todos, indistintamente, um modelo de vida que fere o pluralismo das entidades familiares, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da

personalidade dos entes familiares. Resultaria, portanto, em afronta direta à Constituição Federal de 1988 e toda evolução da família pós-moderna.

Diante disso, o Poder Público, considerando seu caráter não-interventivo nas relações familiares, não pode invadir a esfera íntima da relação familiar, mantidas por pessoas no mesmo grau de igualdade e liberdade, para determinar como será seu planejamento. Ademais, a intervenção estatal na família, nessa situação, é justificável somente quando objetiva garantir o livre planejamento desta. Se os entes familiares buscam se organizar de maneira a não ferir suas dignidades, nem atingir direitos de terceiros, não cabe ao Estado impossibilitar o indivíduo de agir da maneira que mais lhe parecer satisfatório.

Isto porque, o ambiente familiar deve ser compreendido como o local mais privado do homem, onde este pode exercer livremente seus anseios e desejos. Nesse sentido, a intervenção estatal na família somente será legítima se tiver por fundamento assegurar as garantias mínimas e fundamentais dos membros que a compõe. Dessa forma, a composição familiar adentra à autonomia privada da pessoa e, novamente, desde que seja convencionalizada em conjunto entre entes em pé de igualdade e liberdade, não cabe ao Estado negá-lhes reconhecimento. A quantidade de membros familiares é, assim, de livre determinação dos parceiros – por isso fala-se em direito à autodeterminação da entidade familiar – que irão, efetivamente, compartilhar de uma vida e intimidade.

Assim, em uma relação de afeto são os protagonistas desta que estabelecem as regras que consideram aceitáveis, desde que não violem sua dignidade e interesses de terceiros. Cumpre destacar, que a relação poliamorosa em nada viola a dignidade de seus membros ou atinge à terceiros – já que todos os membros da união conhecem e concordam com condição de poliafetividade - a ponto de validar uma intervenção injustificada por parte do poder público. Pelo contrário, trata-se de uma união mantida em um contexto de honestidade, responsabilidade e consenso de todas as pessoas envolvidas, isto é, trata-se de uma relação afetiva com base em um vínculo sério, íntimo, romântico – características que deveriam permear toda e qualquer relação familiar -, que se diferencia apenas das famílias “mais tradicionais” em relação à quantidade de integrantes e na abertura para viver novos amores simultaneamente.

É importante reforçar que a relação poliafetiva se edifica na total transparência, honestidade, conforto, comunicação e igualdade entre seus membros. É dessa maneira que o poliamor se difere das relações paralelas ou da poligamia. Nas relações paralelas um integrante de uma família, também integra outra entidade familiar, porém sem o

conhecimento, seja do outro integrante da família originária ou do membro da segunda família. Ou seja, estas relações decorrem geralmente da traição, desonestidade e infidelidade, elementos não compreendidos no interior do núcleo poliamoroso. A poliafetividade é o oposto da mentira, da falta de responsabilidade e da falta de sensibilidade. Da mesma forma, a poligamia busca designar um regime familiar onde admite-se o casamento do homem, e somente ele, com várias mulheres, sucessivamente ou ao mesmo tempo. Sugere, normalmente, a desigualdade e opressão de um gênero – masculino – sobre outro – feminino e está marcado pelo antigo estilo patriarcal de casamento, onde o homem tem mais de uma esposa e a mulher, monogâmica, tem o seu marido compartilhado. Ao contrário, a relação poliamorosa tem por pressuposto de existência a igualdade entre os membros.

Cumpra determinar, observada a explicação acima que, pode-se verificar, principalmente dois tipos de uniões poliafetivas, primeiramente nota-se uma única entidade plúrima composta por três ou mais parceiros, refletindo basicamente um casamento; ou uma relação poliafetiva aberta ou em redes de relacionamentos íntimos hierarquizados, onde um integrante de uma família pode também integrar um segundo núcleo familiar – novamente destaca-se que, neste caso, todos os integrantes têm conhecimento de todos os relacionamentos. Entretanto, independentemente de qual o modelo de poliamor, o seu reconhecimento decorre das normas explícitas e implícitas do texto constitucional de 1988. Ou seja, os mesmos princípios que norteiam as famílias “tradicionais”, nortearão as famílias poliafetivas, de forma que serão estes que garantirão o seu reconhecimento.

Ou seja, por ser a união poliafetiva permeada por valores que garantem o pleno desenvolvimento pessoal e social de seus participantes, como a solidariedade, liberdade, igualdade, respeito, honestidade, confiança, lealdade, afeto e vontade de partilhar de um projeto de vida – valores estabelecidos e almejados pela Carta Magna de 1988 quando trata-se de família – que a relação tema desse trabalho merece reconhecimento. O poliamorismo, enfim, respeita e garante a dignidade de todos seus membros, o que consubstancia, em derradeiro, o seu reconhecimento jurídico e a concessão de direitos e garantias decorrentes da vida em comum – inerentes a qualquer ente que compõe família – aos seus integrantes.

Ademais, não se pode permitir que questionamentos e argumentos preconceituosos, atrasados, discriminatórios e intolerantes, como os levantados pela Presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões, quais sejam, principalmente a afronta à moral e os bons costumes, barrem a busca por satisfação e felicidade dos seres humanos. Com base neste argumento, as uniões entre pessoas do mesmo sexo não poderiam

receber atenção, nem tutela, por parte do Poder Judiciário, isto pois, atingiria a “moral” e iria contra os costumes de um expressivo número de indivíduos. Entretanto, o judiciário, em decisão acertada, já ultrapassou tais argumentos de cunho estritamente particular, garantindo reconhecimento e proteção à essas unidades familiares, considerando para isso, justamente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse ínterim, tendo em vista a isonomia familiar garantida constitucionalmente, deve-se conceder igual tratamento a toda e qualquer entidade familiar que esteja em acordo com os preceitos e princípios constitucionais pós-1988. Dentre estas unidades familiares, encontra-se a união poliafetiva, que não pode ser relegada á indiferença em virtude de ideais morais ou ignorantes, a ponto de impedir a realização pessoal dos indivíduos e reduzir a nada uma vida partilhada.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Andreza Grisi Macedo de. **Afeto: Uma nova concepção de família.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, v.5, p. 255-282. 2014. Disponível em: < http://www.esmp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/101 >. Acesso em: 19 mai. 2016.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um Direito de Família Mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família.** 2009. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação, Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais – PUC/MG, 2009.
- BARRETO, M. de P.; GALDINO, V. S. **Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade.** Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 7, n. 1, p. 277-307, jan./jun. 2007. Disponível em: < <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/527> >. Acesso em: 16 mar. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. Brasília, a. 6, n. 22/23, p. 117-163, jan./jun. 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro Eletrônico.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Novos rumos do direito de família.** In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord). O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989
- BOENTE, Lorena Moura. **A proteção da autonomia na formação de novas entidades familiares pela regulação normativa.** 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Salvador: Programa de Pós-graduação Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, 2012.
- BOENTE, Lorena Moura. **Realidade familiar atual: Necessidade de respeito à autonomia privada.** Portal Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10961&revista_caderno=14 >. Acesso em: 29 abr. 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 22 de mai. 2016
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em 05 jun. 2016.

BRASIL. **Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916.** Estabelece o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm >. Acesso em: 14 abr. 2016.

BRASIL. **Lei 4.121, de 27 de Agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm >. Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL. **Lei nº 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 providencias. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm >. Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providencias. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 14 mai. 2016.

BUCHÉ, Giancarlo. **Famílias Simultâneas: O Poliamor no Sistema Jurídico Brasileiro.** Revista Eletrônica OAB Joinville, Joinville, Ed. 2, Vol. 2, Abr./Jun. 2011. Disponível em: < <http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/78/familias-simultaneas-o-poliamor-no-sistema-juridico-brasileiro> >. Acesso em 20 mar. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H).** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. Livro Eletrônico.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. Livro Eletrônico.

CARELLI, Karina. **Novas formas de constituição de Família e seus efeitos jurídicos.** 2008. 71 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Itajaí: Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, 2008.

CARNEIRO, Rafael Gomes da Silva; MAGALHAES, Vanessa de Padua Rios. **O direito de liberdade e a possibilidade de reconhecimento da união poliafetiva.** Portal Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12810>. Acesso em 27 mar. 2016

CARRION, Fabiane Queiroz Machado. **A Intervenção do Estado no Poder Familiar.** Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/fabiane_carrion.pdf >. Acesso em: 14 abr. 2016.

CARVALHO, Carla Vasconcelos. **Família Unipessoal.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 59, p. 57-78, jul./dez. 2011. Disponível em: <

<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/149/139> >. Acesso em: 29 abr. 2016.

CHATER, Luciana. **União poliafetiva: a possibilidade ou não de reconhecimento jurídico como entidade familiar dentro do contexto atual em que se insere a família brasileira.** 2015. 67 f. Monografia (Pós-graduação em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família) – Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, 2015.

CICCO, Cláudio de. **Direito: Tradição e Modernidade.** São Paulo: Ícone, 1993.

COUTO, Lindajara Ostjen. **O direito fundamental da autonomia privada no Direito de Família.** Portal Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6119 >. Acesso em: 03 abr. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade.** Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20E9rio,_bigamia_e_uni%20E3o_est%20E1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf > Acesso em: 05 jun. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Escritura de união poliafetiva: possibilidade.** Disponível em: < <http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20Escritura%20de%20Uni%C3%A3o%20Poliafetiva%20-%20possibilidade%20-%20Por%20Maria%20Berenice%20Dias.pdf> >. Acesso em: 16 mar. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Livro Eletrônico.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DOMITH, Laira Carone Rachid. **“Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor” – da legitimidade da família poliafetiva.** Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=119> >. Acesso em: 16 mar. 2016.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984. Livro eletrônico.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família.** In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim Araújo (Coord). **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias.** 5. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

FIGUEIREDO, Luciano L. **Autonomia Privada nas Relações Familiares: O Cerceamento do Direito ao Namoro.** Disponível em: <

http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/9-Luciano_Figueiredo_-_A_autonomia_privada_nas_reala%C3%A7%C3%B5es_familiares.pdf?1372869912 >. Acesso em: 03 abr. 2016.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. **Autonomia privada e intervenção no Estado Democrático de Direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 106, p. 95-13, jan./jun. 2013. Disponível em: < <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/P.0034-7191.2013v106p95/211> >. Acesso em: 03 abr. 2016

FONTANELLA, Patrícia. **União Homossexual no Direito Brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Disponível em: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-pratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano> >. Acesso em: 16 de mar. 2016

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume VI: direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. Livro Eletrônico.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. – de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro Eletrônico.

HIROKANA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: A Família, seu Status e seu Enquadramento na Pós-modernidade**. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim Araújo (Coord). **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. **União poliafetiva. Por que não?** Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218321,41046-Uniao+poliafetiva+ficcao+ou+realidade> >. Acesso em: 27 mar. 2016

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ, Valdemar P. da. **Direito de Família: volume 1**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Livro Eletrônico.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pósmodernidade**. 2010. 347 f. Tese (Doutorado em Direito) – São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Adalberto César Pereira. et. al. **O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar: compreendendo o conceito de família para além da norma.** Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/adalberto_cesar_martins_junior.pdf >. Acesso em: 22 mar. 2016.

MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann; PETRY, Analídia Rodolpho. **Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa.** Textos & Contextos (Porto Alegre) v. 10. n. 1. p. 193-198. jan./jul. 2011

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: Direito à adoção e produção humana assistida por casais homoafetivos.** Curitiba: Juruá, 2009.

NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família.** 2012. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) – Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2012.

NERIS, Cidinalva Silva Câmara. **A Família entre o Público e o Privado. Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Sergipe.** Sergipe, n.19, p. 9-33, jul./dez, 2011. Disponível em: < <http://www.seer.ufs.br/index.php/tomo/article/view/807> >. Acesso em: 29 abr. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial.** 7a. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Livro Eletrônico.

OLIVEIRA, Emanoella Rodrigues Remigio de. **A liberdade de Constituir Família como Direito Fundamental: A questão das Uniões Homoafetivas.** 2010. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Recife: Programa de mestrado em Direito, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curitiba: Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2004.

Portal Consultor Jurídico. **Tabeliã diz que registro de união poliafetiva é evolução do Direito de Família.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-14/tabelia-registro-uniao-poliafetiva-evolucao-direito> >. Acesso em: 08 jun. 2016.

Portal Consultor Jurídico. **União poliafetiva não é inconstitucional, diz advogado.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/advogado-uniao-poliafetiva-nao-inconstitucional> >. Acesso em: 08 jun. 2016.

Portal de notícias G1. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP.** Disponível em: < <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html> >. Acesso em: 08 mar. 2016

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 29 abr. 2016.

SÁ, Camila Franchi de Souza; VIECILI, Mariza. **As Novas Famílias: Relações Poliafetivas.** Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 137-156, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: < www.univali.br/ricc > Acesso em: 16/03/2016.

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. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Brasília: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2014.

Site artigos da Regina Beatriz Tavares da Silva. Disponível em: < <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=522> >. Acesso em: 08 jun. 2016.

Site Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo. **União Poliafetiva é um estelionato jurídico.** Disponível em: < http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=17011 >. Acesso em: 08 jun. 2016.

Site Conselho Nacional de Justiça. **Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas> >. Acesso em: 08 de jun. 2016.

Site do Instituto Brasileiro de Direito de Família. **CNJ recomenda aos cartórios que não façam escrituras de uniões poliafetivas.** Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5986/CNJ+recomenda+aos+cart%C3%B3rios+que+n%C3%A3o+fa%C3%A7am+escrituras+de+uni%C3%B5es+poliafetivas> >. Acesso em: 08 jun. 2016

Site do Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Escritura reconhece união afetiva a três.** Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite> >. Acesso em: 16 mar 2016

Site do Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Escritura reconhece união afetiva a três.** Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite> >. Acesso em: 08 jun. 2016.

Site Jornal Estadão. **Rio registra primeira união estável realizada entre três mulheres.** Disponível em: < <http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538> >. Acesso em: 08 jun. 2016.

Site Jornal Extra. **'Trisal' condena decisão do CNJ de suspender registros de uniões poliafetivas: 'Retrocesso'.** Disponível em: < <http://extra.globo.com/noticias/rio/trisal->

condena-decisao-do-cnj-de-suspender-registros-de-unioes-poliafetivas-retrocesso-19362145.html#ixzz4B8O8676m >. Acesso em: 08 de jun. 2016.

TANNURI, Claudia Aoun. **As famílias paralelas e a teoria do poliamor**. Disponível em: < <http://docplayer.com.br/11612368-As-familias-paralelas-e-a-teoria-do-poliamor.html> > Acesso em: 27 mar. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora MÉTODO, 2014. Livro Eletrônico.

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. **Famílias Monoparentais**. Campinas: Millennium Editora, 2011.

TIZZO, L. G. L.; BERTOLINI, P. C. G. **Das uniões poliafetivas hoje: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça**. XXII CONPEDI - Relações Privadas e Democracia. ISBN: 978-85-7840-149-8, v. 1, p. 219-248, 2013.

TRAVISANI, Gizelly. **A família poliafetiva: uma análise da constitucionalidade do instituto e um estudo sobre a família**. 2013. 58 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Cachoeiro de Itapemirim: Curso de Direito, Centro Universitário São Camilo. 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/22830/uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade> >. Acesso em: 27 de mar. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. Livro Eletrônico

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. **Famílias Simultâneas: Um Diálogo Sócio-Jurídico**. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - FIDES. Natal, v.4, n. 2, p. 70-98, jul./dez. 2013. Disponível em: < <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/401> >. Acesso em: 14 de abr. 2016.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato De Namoro: Amor líquido e Direito de Família Mínimo**. 2011. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2011.