



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

FERNANDA DALTRO COSTA KNOBLAUCH

**A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR DAS
FAMÍLIAS**
Dialogando monogamia e poliamor

Salvador
2018

FERNANDA DALTRO COSTA KNOBLAUCH

**A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR DAS
FAMÍLIAS**
Dialogando monogamia e poliamor

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador – UCSAL, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof^a Dr^a Isabel Maria Sampaio
Oliveira Lima

Salvador
2018

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

K72 Knoblauch, Fernanda Daltro Costa

A afetividade como princípio orientador das famílias: dialogando monogamia e poliamor/Fernanda Daltro Costa Knoblauch. – Salvador, 2018.

220 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima.

1. Monogamia 2. Afeto 3. Afetividade 4. Poliafetividade II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação III. Título.

CDU 316.356.2

TERMO DE APROVAÇÃO

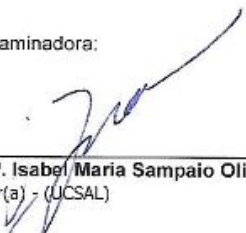
Fernanda Daltro Costa Knoblauch

**“AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR DAS FAMÍLIAS:
dialogando monogamia e poliamor.”**


Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 20 de dezembro de 2018.

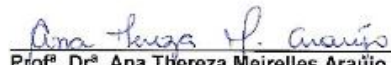
Banca Examinadora:




Prof.^a Dr.^a Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima
Orientador(a) - (UCSAL)



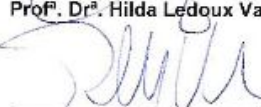
Prof.^a Dr.^a Ana Karina Figueira Canguçu Campinho – (UFBA)



Prof.^a Dr.^a Ana Theroza Meirelles Araújo - (UCSAL)



Prof.^a Dr.^a Hilda Ledoux Vargas – (UEFS)



Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho – (UFBA)

Dedico o presente trabalho a todos aqueles que acreditaram em mim ao longo desta trajetória. Especialmente aos meus pais e a minha avó Maria Algínia (*in memoriam*) pelo constante apoio em cada etapa ultrapassada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à pessoa mais especial de todas, àquela que sempre me incentivou a estudar e a perseverar em minhas aspirações. Maria Algínia Daltro Costa (in memorian), muito obrigada por tudo, vó, seus ensinamentos ficarão para a vida toda, você faz muita falta. Foi o seu constante incentivo que me fez amar estudar e aprender, e almejar conquistas cada vez maiores.

Também agradeço a meus pais, Kátia e Ricardo, por serem a base de tudo, e por me ajudarem a realizar meus sonhos, por mais loucos e exóticos que possam parecer. Mãe, você vem sendo a melhor colega e companheira de mestrado que eu poderia imaginar, sem você não sei se teria conseguido. Pai, obrigada pela paciência, pela dedicação e pela disposição em aprender coisas novas apenas para me ajudar; isso foi essencial em minha jornada.

Billie Joe, não posso me esquecer de você, meu pequeno, peludo e idoso suporte emocional, companheiro de todas as horas. Mesmo no auge de seus quinze anos, não teve um dia em que você não estivesse do meu lado, oferecendo companhia, carinho e distração nos momentos mais extenuantes.

Agradeço aos professores do Mestrado realizado na UCSAL, que em brilhantes exposições nortearam meu estudo sobre as Famílias, em seus mais diversos aspectos. Em especial, agradeço à minha orientadora: Bel, você é um exemplo de ser humano muito obrigada pelas orientações fornecidas para efetivação do trabalho, e mais ainda pelos conselhos e pela troca de experiências de vida. Se hoje almejo seguir no caminho da pesquisa, saiba que é graças a você e seu exemplo.

Enfim, para não incorrer em deslealdade, agradeço a todos aqueles que de alguma maneira colaboraram para o desfecho dessa dissertação.

“A família emerge como o local para as lutas entre a tradição e a modernidade, mas também uma metáfora para elas”. (GIDDENS, 2000)

RESUMO:

Colocar a afetividade como elemento central no Direito das Famílias brasileiro significa entender a possibilidade de se flexibilizar alguns dogmas arraigados na sociedade em prol de uma maior liberdade dos indivíduos em exercer a sua autonomia de constituir família. Faz-se necessário um estudo que dialogue a crescente importância da afetividade no Direito das Famílias com a ainda marcante posição ocupada pela monogamia no ordenamento jurídico. Objetiva-se encontrar possibilidades de conciliação em coexistência em uma mesma sociedade, da monogamia e da prática da não-monogamia responsável, pela poliafetividade, por meio da utilização da afetividade como vetor orientador. A metodologia para o desenvolvimento desta dissertação é de natureza qualitativa; desta forma, a seguinte pesquisa busca interpretar a importância da afetividade como princípio constitucional frente ao reconhecimento de entidades familiares fundadas no exercício da não-monogamia responsável, a exemplo da poliafetividade. O procedimento de pesquisa aplica a tipologia jurídico-prospectiva, explorando premissas e condições relativas ao tema, com intuito de verificar a realidade que permeia a opção pela convivência em poliafetividade no Brasil. Ao se analisar o status jurídico da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988, concluiu-se que à mesma não se pode atribuir natureza de princípio, devendo ser entendida como característica de longa duração, sem o condão de impossibilitar o reconhecimento jurídico das relações não monogâmicas. Por sua vez, ao se investigar a apreensão da afetividade no Brasil, concluiu-se que a mesma possui natureza jurídica de princípio constitucional implícito, sendo denominada, mais especificamente, de princípio da afetividade jurídico objetiva. No que se refere à poliafetividade, conclui-se que a mesma não nega a existência de um dogma monogâmico, majoritário, mas que se apresenta como uma possibilidade de escolha alternativa, fundamentada no exercício da autonomia privada de se constituir família; sendo passível de intervenção estatal no que se refere à extensão de direitos familiares, mas não de restrição das possibilidades de organização. A marca do Direito das Famílias deve ser o afeto e a inclusão, e não o preconceito e o retrocesso. Em tempos de ascensão do conservadorismo, não se pode calar ou fugir à luta pelo direito dos menos protegidos, não sendo aceitável que o Estado não reconheça a realidade das famílias que não se adequam ao padrão monogâmico, negando-lhes direitos familiares básicos.

PALAVRAS CHAVE: AFETIVIDADE; MONOGAMIA; POLIAFETIVIDADE; POLIAMOR; DIREITO DE FAMÍLIA.

ABSTRACT:

Placing affection as a central element in Brazilian Family Law means understanding the possibility of flexibilizing certain dogmas rooted in society in favor of greater freedom for individuals to exercise their autonomy to constitute a family. A study is needed that discusses the growing importance of affectivity in the Law of the Families with the still outstanding position occupied by the monogamy in the juridical order. The objective is to find possibilities of conciliation in coexistence in the same society, of monogamy and of the practice of responsible non-monogamy, through polyactivity, through the use of affectivity as guiding vector. The methodology for the development of this dissertation is qualitative in nature; In this way, the following research seeks to interpret the importance of affectivity as a constitutional principle regarding the recognition of family entities founded on the exercise of responsible non-monogamy, such as polyactivity. The research procedure applies the legal-prospective typology, exploring premises and conditions related to the subject, in order to verify the reality that permeates the option for the coexistence in poliafetividade in Brazil. When analyzing the legal status of monogamy in the Brazilian legal system after the Federal Constitution of 1988, it was concluded that it cannot be attributed to nature of principle and should be understood as a characteristic of long duration, without the condition of making legal recognition impossible of non-monogamous relations. On the other hand, when investigating the apprehension of the affectivity in Brazil, it was concluded that it has a juridical nature of implicit constitutional principle, being denominated, more specifically, of principle of objective juridical affectivity. As far as poliafetividade is concerned, it is concluded that it does not deny the existence of a monogamous dogma, majority, but that presents itself as a possibility of alternative choice, based on the exercise of the private autonomy of constituting a family; being able to state intervention in the extension of family rights, but not of restricting the possibilities of organization. The mark of Family Law must be affection and inclusion, not prejudice and regression. In times of the rise of conservatism, one cannot keep silent or escape the struggle for the rights of the least protected, and it is not acceptable that the State does not recognize the reality of families that do not conform to the monogamous standard, denying them basic family rights.

KEY WORDS: AFFECTIVENESS; MONOGAMY; POLYPROFIT; POLIAMOR; FAMILY RIGHT.

GLOSSÁRIO DE ABREVIATURAS

ADIn	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
<i>Apud</i>	- (do Latim junto a; em) citado por, para referenciar um autor, cuja obra o pesquisador não teve acesso.
Art.	- Artigo
CC/02	- Código Civil de 2002
CF/88	- Constituição Federal de 1988
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 MONOGAMIA: EM BUSCA DO SEU STATUS JURÍDICO	18
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA MONOGAMIA: BIOLOGIA, CULTURA E DOMINAÇÃO	19
2.2 O PAPEL DA IGREJA NA DISSEMINAÇÃO DO DOGMA MONOGÂMICO: DO CONTROLE DA SEXUALIDADE À POSSE RECÍPROCA.....	27
2.2.1 O Concílio de Trento: a sacramentalidade do matrimônio	32
2.2.2 Recepção do Decreto Tridentino em Portugal	36
2.3 MONOGAMIA À BRASILEIRA: COLONIZAÇÃO E CONCUBINATO.....	37
2.3.1 “Vagamundos”: concubinato, bigamia e tipicidade penal.....	39
2.3.2 A doutrina monogâmica: absorção dos dogmas.....	42
2.4 UM ESTUDO DA INVISIBILIDADE JURÍDICA: CONCUBINATO E BIGAMIA À LUZ DO DOGMA MONOGÂMICO	45
2.4.1 O concubinato e o Enunciado de Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal – sociedade ou família.....	47
2.4.2 Concubinato puro e impuro: origens do reconhecimento da união estável.....	49
2.5 UNIÃO ESTÁVEL: CASAMENTO PRECARIZADO OU CONJUGALIDADE DISSOCIADA DO CASAMENTO?	52
2.5.1 Da inadequação da equiparação – distinção dos institutos	54
2.5.2 Do casamento – elementos conceituais e legais no Código Civil de 2002	56
2.5.3 Da união estável – elementos conceituais	62
2.5.4 Vinculação entre monogamia e casamento – inaplicabilidade às uniões estáveis.....	64
2.6 STATUS JURÍDICO DA MONOGAMIA.....	68
2.6.1 Monogamia x dignidade da pessoa humana.....	71
2.6.2 Monogamia x solidariedade.....	75
2.6.3 Monogamia x igualdade	77
2.6.4 Monogamia x pluralidade.....	79
2.6.5 Monogamia x autonomia privada	81
2.6.6 Monogamia x democracia	85
2.7 TRIBUNAIS COMO ESPAÇO DE RECONSTRUÇÃO E APROXIMAÇÃO DO DIREITO COM A REALIDADE SOCIAL.....	87
3 DO AFETO À AFETIVIDADE JURÍDICO OBJETIVA.....	91
3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA	92

3.1.1 Famílias em foco: mutações históricas.....	92
3.1.2 Transformações nas funções sociais das famílias.....	96
3.2 O AFETO E A AFETIVIDADE NO MUNDO JURÍDICO.....	98
3.2.1 Transição paradigmática.....	99
3.2.2 O direito e as famílias.....	103
3.2.3 O afeto	105
3.2.4 O princípio da afetividade jurídica objetiva.....	108
3.3 A AFETIVIDADE JURÍDICA OBJETIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO ..	110
3.3.1 A principiologia constitucional: entendimento e aplicação.....	111
3.4 STATUS JURÍDICO DA AFETIVIDADE	113
3.4.1 A afetividade como princípio.....	114
3.4.2 A afetividade como valor jurídico.....	115
3.4.3 A afetividade não é princípio	117
3.5 DESDOBRAMENTOS: AS FAMÍLIAS FUNDADAS NA AFETIVIDADE	119
3.5.1 Modalidades familiares	121
4 POLIAFETIVIDADE	128
4.1 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR: “NOVAS” FAMÍLIAS? ...	129
4.1.1 Simultaneidade familiar e concubinato: destaques.....	132
4.2 POLIAMOR	133
4.2.1 A criação do termo poliamor	135
4.2.2 Poliamor: um discurso sobre orientação sexual?.....	136
4.2.3 Poliamor como estética da existência	139
4.2.4 Elementos caracterizadores	141
4.2.5 As configurações das relações poliamorosas.....	142
4.2.6 Outros aspectos relevantes.....	147
4.3 POLIAFETIVIDADE.....	149
4.3.1 Distinções conceituais	150
4.3.2 Configuração da família poliafetiva.....	151
4.4 RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA POLIAFETIVA	154
4.4.1 Doutrina	154
4.4.2 Jurisdição e Jurisprudência	157
4.4.3 Poliafetividade e o CNJ	160
4.4.4 Críticas à poliafetividade.....	162
4.5 POLIAFETIVIDADE COM DIGNIDADE.....	164
4.5.1 Poliafetividade x monogamia.....	166
4.5.2 A poliafetividade diante dos princípios constitucionais	171
5 CONCLUSÃO	182
REFERENCIAS.....	208

1 INTRODUÇÃO

A família precede o Direito. Agrupamentos familiares existem desde as épocas primitivas, muito antes de se pensar em normatizações jurídicas ou mesmo em categorizações e valorações acerca da formação e composição dos núcleos familiares. É fato que a família, tomada em seu caráter mutável, nunca apresentou uma única conformação, tendo apresentado diversos formatos a depender da época e do período histórico que se deseje averiguar, muitos destes em evidente desacordo com o(s) modelo(s) dominante(s) na atualidade. Da continuidade do uso da terminologia “família” pode-se, erroneamente, presumir que também exista uma continuidade nas práticas tidas por familiares. Desta forma, entende-se que é o Direito que deve se manter atento às transformações sociais e nas relações, e não a família que deva buscar se adaptar às categorias jurídicas já postas.

Tem-se que a modernidade clássica, em busca de segurança, pautou para a seara afetiva um ideal de amor romântico, ou seja, em relacionamentos com pretensão de vitaliciedade, constituídos entre um homem e uma mulher (monogâmicos e heterossexuais) com fundamento religioso e objetivos patriarcal e reprodutor, na grande maioria das vezes. Ocorre que, na pós-modernidade, está em curso uma mudança paradigmática, que lega ao afeto e à afetividade posição de destaque no exame das relações familiares, sejam elas conjugais ou parentais.

Colocar a afetividade como elemento central no Direito das Famílias (do Brasil) é entender a possibilidade de se abrir mão de alguns dogmas tão arraigados na sociedade brasileira em prol de uma maior liberdade dos indivíduos em exercer a sua autonomia ao constituir família. Este é o eixo de ligação desta dissertação: entender como a transformação da afetividade em princípio orientador está possibilitando a abertura de todo um novo leque de possibilidades afetivas, amorosas e familiares.

A doutrina majoritária, bem como a jurisprudência dominante, insistem em negar efeitos jurídicos às famílias oriundas de relações não-monogâmicas, sobretudo àquelas que se intitulam poliafetivas; no entanto, tal negativa não tem o condão de fazê-las desaparecer da realidade social. O repúdio social, legal e judicial não pode se sobrepor aos direitos fundamentais daqueles que optam por uma forma não-

monogâmica de constituição de família, pautada sobretudo na afetividade, posto que, mesmo com a ausência de reconhecimento, estas relações geram efeitos no mundo social e jurídico. Há, portanto, evidente lacuna a ser preenchida pelo objeto desta pesquisa. Evidente, também, seu caráter interdisciplinar, tendo em vista a relevância não apenas jurídica, mas também social do objeto escolhido, que toca temáticas atinentes ao reconhecimento e inclusão social de pessoas que se encontram, atualmente, marginalizadas pelo sistema.

A escolha deste tema justifica-se, sobretudo em sua contemporaneidade. Pensar o afeto em sua dimensão interdisciplinar é investigar a apreensão pelo direito de um conceito antropológico, sociológico, filosófico e psicológico. Mais que isso: entender a dimensão jurídica do afeto, designada doutrinariamente de afetividade jurídica objetiva é essencial para a compreensão de como pode o Direito abordar um tema altamente complexo e aberto, que toca os sentimentos humanos. Tratar de um conjunto de emoções e relações humanas na perspectiva do Direito é estar atento às necessárias interlocuções com as outras ciências a todo o tempo; é interligar conceitos e buscar compreensões nos diversos campos do saber.

Desta forma, a construção da afetividade jurídica, ou da afetividade como princípio constitucional brasileiro, passa por entender como o afeto ganhou espaço e visibilidade na pós-modernidade. Falar de afeto é referir as diversas mudanças valorativas ocorridas no Brasil; é falar da própria sociedade brasileira em evolução. A afetividade é tema central no que toca o atual estudo das famílias; ganhou força de princípio constitucional implícito, é real elemento identificador das famílias pós-modernas.

Neste diapasão, faz-se necessário um estudo que dialogue a crescente importância da afetividade no Direito das Famílias com a ainda marcante posição ocupada pela monogamia no ordenamento jurídico. Na pós-modernidade, será que ainda é possível se falar em um princípio da monogamia, ou será que a afetividade mitigou a importância do tema? O constante surgimento de novas possibilidades sexuais, afetivas e amorosas, lastreadas pela alteração dos valores e da própria sociedade dá origem aos mais distintos tipos de conformação familiar; muitos deles não atendem ao padrão tradicional (ou seja, a família monogâmica, heterossexual e matrimonialista) importado do Direito Canônico europeu.

Tais mudanças devem ser acompanhadas pelo Direito e pelo Estado, devendo ser ofertada a devida proteção normativa a todas as entidades familiares que se adequem ao formato constitucional. A pluralidade de organizações sócio familiares deve ser protegida e respeitada, sob pena de se negar direitos básicos e fundamentais aos indivíduos que a compõem, mas desde que sua conformação não atente contra princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

É necessário um estudo para compreender com precisão de que maneira é possível o reconhecimento das relações não monogâmicas, a exemplo do poliamorismo, como entidades familiares segundo os ditames constitucionais. Faz-se mandatório, neste diapasão, entender a delicada relação a ser travada entre a monogamia e as relações livres, tomada pelo foco analítico da afetividade, analisando seus impactos e consequências. Não pode a academia fechar os olhos para um fato social que vem ganhando notoriedade no Brasil, já tendo sido objeto, inclusive, de reportagens e programas nas grandes mídias nacionais.

Desta forma, o objetivo geral da pesquisa apresenta-se como sendo a necessidade de se buscar possibilidades de conciliação em coexistência em uma mesma sociedade, da monogamia e da prática da não-monogamia responsável, pela poliafetividade, por meio da utilização da afetividade como vetor orientador. Para tanto, fez-se necessário o estabelecimento de três outros objetivos específicos, aptos a orientar a pesquisa e o desenvolvimento da obra, quais sejam: a) Analisar qual o status jurídico da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988; b) Discutir a dimensão multidisciplinar do afeto e da afetividade, investigando de qual forma tais conceitos foram apreendidos e positivados na seara jurídica, pelo ordenamento jurídico brasileiro; e c) Apresentar um estudo multidisciplinar acerca do fenômeno da poliafetividade, investigando a relação entre a autonomia privada de se constituir família e a os limites de uma possível intervenção estatal.

A metodologia para o desenvolvimento desta dissertação é de natureza qualitativa; assim sendo, a seguinte pesquisa busca interpretar a importância da afetividade como princípio constitucional frente ao reconhecimento de entidades familiares fundadas no exercício da não-monogamia responsável, a exemplo da poliafetividade. A relevância do trabalho se dá devido ao fato da atualidade do tema e da escassez de produções científicas sobre as configurações de famílias

poliafetivas. Acredita-se que esta pesquisa possua o potencial de clarificar um pouco da realidade de uma parcela populacional até então marginalizada, estereotipada ou mesmo desconhecida - uma oportunidade de contar histórias e trajetórias que poucos conhecem.

Ao se optar por realizar uma pesquisa científica pelo método qualitativo, assevera Tracy (2013, p. 2/4) existirem três conceitos centrais que devem ser observados ao longo da trajetória da pesquisa. São eles a auto-reflexividade, o contexto e a “thick description”, que seria uma descrição espessa, consistente. A auto-reflexividade faz referência às experiências pretéritas do próprio pesquisador, e da forma como suas vivências, visões e papéis anteriores vão intervir na interação do pesquisador com seu objeto, o ambiente e as interpretações que ele vai tirar da pesquisa. Por sua vez, o contexto diz respeito ao fato de que, para as teorias sociais, tem-se que sempre levar em conta que as condições sociais estão sempre em mudança, podendo, em alguns casos, se apresentarem tendenciosas; a produção científica deve sempre ser apresentada junto com o contexto do qual foram extraídos seus dados. O terceiro ponto faz referência à essa descrição “espessa” que deve ser feita mediante a investigação mais aprofundada da cultura e das situações particulares ao objeto de pesquisa, antes que se possa partir para as afirmações finais e teorias.

Note-se que a definição de métodos qualitativos é propositalmente ampla e abrange vários tipos de pesquisa mais específicos. Atenta aos fatos já citados, esta pesquisadora desenvolveu revisão de literatura contemporânea e clássica (nacional e internacional) com análise de conteúdo e o consequente reexame das teorias já existentes, revisão legislativa (legislação brasileira, revogada, atual e em tramitação), revisão de casos paradigmáticos na jurisprudência nacional.

Desta forma, o procedimento de pesquisa aplica a tipologia jurídico-prospectiva, explorando premissas e condições relativas ao tema, com intuito de verificar a realidade que permeia a opção pela convivência em poliafetividade no Brasil. Para tanto, faz-se necessária a utilização de dados primários e secundários, bem como de outras fontes jurídicas tradicionais. É realizada também a chamada “Phronetic approach” (TRACY, 2013, p.4), que pode ser traduzida do grego phronesis, que pode significar tanto prudência quanto sabedoria prática, conforme preceituou Aristóteles. Seria, portanto a realização de uma abordagem mais prudente, cuidadosa, no sentido de esclarecer e deliberar sobre os problemas e sobre os

riscos enfrentados, buscando com isso descrever de qual forma as coisas podem ser feitas, sabendo plenamente que não é possível, ainda, encontrar respostas definitivas as questões levantadas, ou mesmo uma única versão do que as perguntas seriam.

Optou-se pela subdivisão da dissertação em três capítulos de desenvolvimento, cada qual com seu objetivo específico bem delimitado. Os capítulos serão conectados pela introdução e conclusão, relacionando os temas pesquisados. De forma geral, o objetivo desta pesquisa é a busca de possibilidades de conciliação em coexistência na mesma sociedade, da monogamia e da prática da não-monogamia responsável, pela poliafetividade, por meio da utilização da afetividade como vetor orientador.

No primeiro capítulo de desenvolvimento será apresentada uma análise acerca do status jurídico da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988. Para tanto, mostrou-se necessário iniciar o estudo por meio da apreciação da trajetória das conformações sociais familiares ocidentais ao longo da história, culminando no atual paradigma da família ocidental tradicional monogâmica. Após isto, apreciar-se-á o caso brasileiro, desde a época do descobrimento e da colonização, para que se possa entender a sedimentação da monogamia na cultura nacional, e a sua relação direta com os institutos do concubinato, da bigamia, do casamento e da união estável. Por fim, a monogamia será questionada diante dos princípios contidos da Constituição Federal de 1988.

O capítulo seguinte é aquele no qual se intenta discutir a dimensão multidisciplinar do afeto e da afetividade. Para tanto, enxergou-se a relevância de se trabalhar as chamadas funções sociais das famílias, ao longo da história e na atualidade. Em sequência, foram apresentados os conceitos para afeto e afetividade, posto que esta diferenciação se apresenta como essencial na introdução da temática da afetividade jurídica objetiva, ponto fulcral da análise a que o capítulo se propõe. Por fim, entendida a afetividade jurídica, dá-se início ao estudo das famílias fundadas no princípio da afetividade.

No terceiro e derradeiro capítulo de desenvolvimento, cuida-se de estudar o fenômeno do poliamorismo, distinguindo-o de outras formas relacionais não-monogâmicas por meio da apresentação de seus principais aspectos. Após, busca-

se aprofundar o estudo da poliafetividade, ou seja, da formação de entidades familiares por meio da prática do poliamorismo, tratando tanto de seus elementos característicos peculiares bem como da recepção e tratamento dado ao instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para encerrar este capítulo, é feito o estudo das relações entre a poliafetividade, a monogamia e os demais princípios constitucionais.

Por fim, cumpre-se ressaltar que muito embora a norma culta recomende que se referenciem os autores utilizados como fonte apenas pelo sobrenome, foi opção desta pesquisadora referencia-los também pelo prenome em diversas situações, posto a necessidade de se apontar e reverenciar a relevância da produção autoral feminina na (re)construção dos estudos das famílias e do próprio Direito das Famílias. Por ter em mente que temáticas como a imposição da monogamia no Ocidente e a vivência da não-monogamia responsável comumente costumam flertar com discursos religiosos, machistas ou puramente preconceituosos, expõe-se, intencionalmente, a voz das mulheres na produção acadêmica e científica, que, ativamente, tem contribuído para as mudanças nos paradigmas e na própria sociedade.

2 MONOGAMIA: EM BUSCA DO SEU STATUS JURÍDICO

O presente capítulo tem como escopo apresentar um estudo multidisciplinar acerca da apreensão, pela sociedade e pelo ordenamento jurídico brasileiro, do conceito da monogamia, investigando a forma em que tal conceito foi introduzido na legislação pátria e as consequências decorrentes dessa opção. Para tanto, há que se considerar a aparente sedimentação do tema 'monogamia' na doutrina nacional, e o fato de que nenhum assunto deve ser dotado de imunidade às problematizações sociais e jurídicas.

Cuida-se, portanto, de analisar qual o status jurídico da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988. A pergunta orientadora para este capítulo é aquela elaborada por Marcos Alves da Silva: "A regra da monogamia está alinhada à função constitucional da família que encontra no princípio da dignidade humana seu fundamento último?" (SILVA, 2013, p. 244). Intenta-se com isso, debater se, face ao neoconstitucionalismo e à constitucionalização do Direito Civil, com a preponderância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da intervenção mínima nas famílias e todos os corolários destes, há ainda que se falar na monogamia como elemento delimitador e definidor das relações de conjugalidade.

Objetiva-se, desta forma, analisar a literatura, sobretudo jurídica, fazendo-se uma revisão na doutrina acerca do que se entende por conjugalidade, monogamia, relações humanas e influências externas às famílias. Pela natureza qualitativa, a seguinte pesquisa busca descrever e interpretar as possibilidades (ou não) de desconstrução do chamado princípio da monogamia, justamente por sua inadequação sistemática com os princípios constitucionais balizadores das relações familiares; encontrando, assim, a real posição do dogma monogâmico no ordenamento brasileiro. Quanto às técnicas e procedimentos metodológicos, optou-se pela realização de pesquisa teórica, priorizando a análise da adequação da monogamia em face da proteção ofertada pela Constituição Federal de 1988 às entidades familiares.

Ademais, mostrou-se necessário estudo sobre as conformações sociais familiares ao longo da história, culminando no atual paradigma da família ocidental tradicional

monogâmica. A abordagem também se faz por meio de pesquisa documental, buscando uma análise de conteúdo, com o conseguinte reexame de teorias já existentes no ordenamento, objetivando-se o encontro de novas interpretações. O procedimento de pesquisa aplica a tipologia jurídico-prospectiva, explorando premissas e condições relativas ao tema, com intuito de verificar o estado da arte, no Brasil, acerca do tema. Para tanto, faz-se necessária a utilização de dados primários e secundários, bem como de outras fontes jurídicas tradicionais.

Considerando-se que o tema deste capítulo dialoga com a perspectiva da autonomia privada de se constituir família e da intervenção estatal nas relações familiares em face da não adoção voluntária e consciente do paradigma monogâmico, justifica-se a discussão que se adota.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA MONOGAMIA: BIOLOGIA, CULTURA E DOMINAÇÃO

Para que se possa cogitar o desenvolvimento de um estudo acerca do surgimento, expansão e internalização nas condutas humanas do paradigma monogâmico que reina com primazia nas Culturas Ocidentais, há que se fazer um recurso à trajetória histórica da monogamia, ou, como preferem David P. Barash e Judith Eve Lipton (2007), um incursão no chamado “O Mito da Monogamia”, título da obra. Neste livro, são abordadas questões de suma relevância para a compreensão dos motivos pelos quais se foi tão debatida a questão de ser ou não a monogamia inerente à espécie humana. Aduzem os autores que, em realidade, não são os seres humanos naturalmente monógamos, como se poderia supor, mas que, em realidade, esta opção (consciente ou não) se dá mais em face aos fatores, sociais, sociológicos e culturais, apreendidos ao longo das experiências de conjugalidade.

Ao optarem por uma abordagem focada em critérios biológicos (2007, p. 14), entendendo as questões da sexualidade humana como sendo inerentes à biologia evolutiva, os autores diferenciam duas facetas da monogamia: uma de cunho sexual ou genético, e outra de cunho social. Após estudos mais aprofundados nas diversas espécies, incluindo mamíferos e aves, afirmam não ser a monogamia fator natural

em nenhuma espécie, restando ela, em realidade, como estratégia de sobrevivência genética. Conforme entende Silva:

Na visão da biologia evolucionista a monogamia nada mais é do que uma estratégia engendrada pela força evolutiva, por questão de sobrevivência, mas não como algo natural. Este jogo ou disputa biológica guarda alguns parâmetros de comparação com a condição humana, que, repita-se, é estabelecida a partir de fortes componentes culturais, econômicos e sociais que não podem ser reduzidos a mero determinismo genético. (SILVA, 2013, p. 38/39).

No mesmo sentido, e em complementaridade, tem-se as seguintes considerações:

Não há evidências, nem da biologia, nem da primatologia ou da antropologia, de que a monogamia é 'natural' ou 'normal' para os seres humanos. Há, em vez disso, muitas evidências de que as pessoas há muito tempo tendem a ter vários parceiros sexuais. (BARASH e LIPTON, 2007, p. 40).

À guiza de conclusão, Barash e Lipton entendem que:

[...] espécie humana é preferencial e biologicamente polígina, mas também é principalmente monógama e – quando as condições são propícias – avidamente adúltera... Tudo de uma só vez. Não há um modelo animal simples que encerre toda a condição humana 'natural'. Assim, em algumas espécies, os machos procuram CEPs (cópula extrapar); em outras, são as fêmeas que o fazem. Qual o modelo para os seres humanos? Provavelmente os dois. (BARASH e LIPTON, 2007, p. 269).

O que se pode extrair deste estudo biológico é que não há uma única definição generalizante para os seres humanos. Os padrões e comportamentos adotados pelos indivíduos e pelas comunidades variam de acordo com as condições às quais os agrupamentos são submetidos. A monogamia humana, tida como característica da espécie, não é um comportamento que possa ser definido como inerente (ou natural) aos indivíduos; é, em realidade, constructo social, sendo sua obrigatoriedade e dominância constantemente associada ao adultério, conforme será visto mais adiante.

Excluído o caráter biológico da associação das relações humanas e conjugais com a figura monogâmica, há que se estudar este instituto por outra visão, mais focada nas relações e na cultura; ou seja, ainda em referência à historicidade da monogamia, faz-se obrigatória referência, pela sua relevância doutrinária, aos estudos de Engels.

Em “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, cuida o autor, lastreado nos levantamentos e estudos desenvolvidos ainda no século XIX por

Morgan (1887), de entender a família, sobretudo, como fenômeno histórico e cultural, intimamente associada aos meios de produção e à economia das diversas localidades em determinado tempo/espaço. As mudanças históricas desde o período da barbárie, caracterizado pela promiscuidade social, e os posteriores períodos referidos como sendo caracterizados majoritariamente pelas famílias consangüíneas, punaluanas, sindiásmicas, foram referidas no capítulo anterior. Refere-se, nesta análise, ao período em que esta linha do tempo culminou em seu momento monogâmico nas sociedades ocidentais.

Engels pontua que o surgimento da monogamia dá-se com a transformação das famílias sindiásmicas (nas quais muito embora um homem viva com uma mulher, apenas, vê-se tolerância à infidelidade ocasional e poligamia masculina quando há condições econômicas para tanto, exigindo-se a fidelidade feminina, com punições rigorosas para o adultério) no período compreendido como a transição da fase média para a superior da barbárie; sendo entendida, inclusive, como um dos principais sintomas da civilização nascente (ENGELS, 2016, p. 56/74). Elenca como principal mudança nos costumes o fato de que, com a monogamia, os laços conjugais tornam-se mais fortes; que agora, no entanto, só podem ser rompidos pelo homem.

A existência da escravidão junto à monogamia, a presença de jovens e belas cativas que pertencem, de corpo e alma, ao homem, é o que imprime, desde a origem, um caráter específico à monogamia – que é a monogamia só para a mulher, e não para o homem. (ENGELS, 2016, p. 76).

Desta forma, Engels defende ser a monogamia, em sua origem, forma de opressão ao sexo feminino. Em uma análise histórica e sociológica, chega a afirmar que a monogamia e a lealdade eram exigidas apenas das mulheres, já que a sociedade, machista e heterista, sempre tolerou o adultério masculino, o que corrobora com o entendimento já exarado por Barash e Lipton (2007, p. 269) e aqui já referido de que a sociedade monogâmica é avidamente adúltera quando encontra as condições propícias para tanto.

Neste caso, e seguindo o viés histórico, pode-se entender o predomínio e a dominação masculina como elementos autorizadores da infidelidade por parte dos homens. Isso se deu, justamente, por conta as intrincadas relações entre as famílias

e os meios de produção, referindo-se, sobretudo, aos meios de transmissão do patrimônio, da propriedade privada e do machismo estrutural.

[...] baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, nas posses dos bens de seu pai. (ENGELS, 1991, p. 66).

Propaga-se, portanto, o conceito de que “*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”. Dessa forma, e em uma visão por muitas vezes dominada pelo excessivo determinismo econômico característico das obras de tal autor, entende Engels que historicamente, enxergou-se a necessidade da imposição da monogamia, sobretudo a feminina, para justamente legitimar a prole de herdeiros.

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. (ENGELS, 1984, p. 70).

Não há correlação, portanto, das origens da monogamia com o ideal do amor (romântico ou sexual) como se poderia pensar, muito menos com a biologia da espécie humana, conforme já foi referido; mostra-se real instrumento de dominação e controle na relação dos gêneros. Repita-se: a fidelidade e a monogamia eram firmemente exigidas das mulheres, ao passo que dos homens a infidelidade era tolerada e, por muitas vezes, admirada. Regina Navarro Lins assim apresenta seus estudos focados na relação entre os gêneros:

A fidelidade feminina sempre foi uma obsessão para o homem. É preciso proteger a herança e garantir a legitimidade dos filhos. Isso torna a esposa sempre suspeita, uma adversária que requer vigilância absoluta. Temendo golpes baixos e traições, os homens lançaram mão de variadas estratégias: manter as mulheres confinadas em casa sem contato com outros homens, cinto de castidade e até a extirpação do clitóris para limitar as pulsões eróticas. As adúlteras eram apedrejadas, afogadas, fechadas num saco, trancadas num convento ou, como acontece hoje no Ocidente, espancadas ou mortas por maridos ciumentos, protegidos por leis penais lenientes com os crimes passionais. Ao homem, por não haver prejuízo para sua linhagem, concede-se o direito de infidelidade conjugal. (LINS, 2017, p. 40).

Mais uma vez, as condições sociais propiciam aos seres humanos do sexo masculino terreno fértil para a prática do adultério. Note-se: os homens impõem a

monogamia para as mulheres, mas não a seguem, tendo em vista que a infidelidade masculina é tolerada por não acarretar prejuízos à transmissão da propriedade e do patrimônio para seus legítimos herdeiros. Nada se fala nas figuras da “mulher traída” e da “amante desonrada”; o foco da análise é sempre o homem, os seus bens e os seus herdeiros. É preciso que se mude esta visão, que se coloquem as mulheres envolvidas nessas situações em destaque e que se busque alterar o foco de análise quando se trabalha com a temática das relações monogâmicas.

Em mais um exemplo de como a figura da mulher é vista, sobretudo, como um mero objeto dentro das relações familiares, Carlos Roberto Gonçalves (2013) apresenta uma conclusão, lastreada nos pensamentos exarados por Sílvio Rodrigues, José Lamartine e Francisco José Ferreira Muniz, no sentido de que:

Embora sob o prisma psicológico e social o adultério da mulher seja mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais e, com isso, introduzir prole alheia dentro da vida familiar, a ser sustentada pelo marido enganado, não se justifica, do ponto de vista jurídico, qualquer distinção entre a infidelidade masculina e a feminina, por constituir fator de perturbação da estabilidade do lar e da família, além de séria injúria ao consorte. (GONÇALVES, 2013, p. 192).

Opinião essa com imensa carga de preconceito, muito embora o autor busque amenizar o que afirma categoricamente com a informação que juridicamente ambos os atos teriam consequências similares. Porém, não se pode olvidar que em 2013, ano da publicação, não mais se justifica falar em distinção de papéis dentro da relação conjugal, sobretudo no que se refere ao “marido provedor” e fonte de sustento familiar; é ignorar anos de luta, conquistas e provações pelo qual as mulheres passaram e ainda passam na busca de respeito, independência e igualdade. Aceitar que opiniões como esta continuem a dominar a academia e a doutrina pátrias é retroceder e desmerecer tantos outros estudos de qualidade que focaram na temática da igualdade, do feminismo e no fim dos papéis sociais.

Neste momento, e buscando uma guinada nos estudos sobre a relação da monogamia com as sociedades, há que se averiguar de forma mais aprofundada da relação entre monogamia, sexualidade, gênero e a condição feminina. Há que se entender as questões referentes à condição feminina e a como as mulheres foram tratadas ao longo da história para que se possa buscar uma linha de pesquisa

menos focada nos papéis sociais construídos e mais nos indivíduos e suas especificidades.

Ora, longe de afirmar que as estruturas de dominação são a-históricas, eu tentarei, pelo contrário, comprovar que elas são produto de um trabalho incessante (e, como tal, histórico) de reprodução, para o qual contribuem agentes específicos (entre os quais homens, com suas armas como a violência física e a violência simbólica) e instituições, famílias, Igreja, Escola, Estado. (BOURDIEU, 2017, p. 56).

Neste momento, inegáveis as contribuições de Bourdieu nos temas que tocam a dominação simbólica, o sexismo e a condição feminina. Importante a delimitação destes conceitos neste momento, para a facilitação da compreensão de tais estruturas e da profunda influência entre a questão de gênero e a aceitação/imposição da monogamia. Um importante alerta é prestado pelo autor no que se refere a buscar uma referida historicidade das estruturas de gênero e dominação:

A pesquisa histórica não pode se limitar a descrever as transformações da condição das mulheres no decurso dos tempos, nem mesmo a relação entre os gêneros nas diferentes épocas; ela deve empenhar-se em estabelecer, para cada período, o estado do sistema de agentes e das instituições, Família, Igreja, Estado, Escola etc., que, com pesos e medidas diversos em diferentes momentos, contribuíram para arrancar da História, mais ou menos completamente, as relações de dominação masculina. (BOURDIEU, 2017, p. 118).

Ou seja, seria inconsistente um estudo que buscasse enxergar as relações entre os pares sem levar em conta todo o contexto social, cultural, histórico e religioso nos quais esta relação está inserida. Definitivamente, e como já exposto a partir do pensamento de Engels, pensar a monogamia é pensar as transformações das formas relacionais, é visualizar que, ao mesmo tempo em que não se pode afirmar uma unicidade do comportamento historicamente falando, também não se pode cogitar cair na excessiva simplificação de acreditar que há apenas um tipo de comportamento socialmente aceito, ou mesmo que o comportamento dominante o é em todos os nichos. A sociedade é plural, multifacetada e cheia de nuances: por que os relacionamentos seriam todos estanques, perfeitamente delimitáveis ou uniformes? Estudar as sociedades é estar atento às constantes mudanças e transformações que as caracterizam.

A maior mudança está, sem dúvida, no fato de que a dominação masculina não se impõe mais com a evidência de algo que é indiscutível. [...] O questionamento das evidências caminha *pari passu* com as profundas transformações por que passou a condição feminina, sobretudo nas categorias sociais mais favorecidas, [...] assim, embora a inércia dos *habitus*, e do direito, ultrapassando as transformações da família real, tenda a perpetuar o modelo dominante da estrutura familiar e, no mesmo ato, o da sexualidade legítima, heterossexual e orientada para a reprodução, embora se organize tacitamente em relação a ela a socialização e, simultaneamente, a transmissão dos princípios de divisão tradicionais, o surgimento de novos tipos de família [...] contribuem para quebrar o *doxa* e ampliar o espaço das possibilidades em matéria de sexualidade. (BOURDIEU, 2017, p. 124/125).

Impossível seria tentar dissociar, dentro da obra de Bourdieu, conceitos puros para dominação simbólica, sexismo e condição feminina, posto que eles se apresentam estruturalmente interligados, sendo justamente esta a beleza e profundidade da tese apresentada pelo autor. A dominação simbólica é tão forte e está incutida tão profundamente nas sociedades que se torna, inclusive, difícil de conceber se esse discurso, que a princípio se pensa como um ato de conhecimento e libertação, não seria, em verdade, um real ato de reconhecimento da própria dominação a que se está submetido. Afinal de contas, seria uma situação na qual o dominado busca aplicar a quem o domina, pensamentos e esquemas típicos da própria dominação, conforme bem alertou Bourdieu (2013, p. 27); ou seja, estar-se-ia, em verdade, reproduzindo o discurso que já se encontra estruturado e internalizado por conta da situação de dominação.

No entanto, não se pode olvidar que “o poder simbólico não pode se exercer sem a colaboração dos que lhe são subordinados e que só se subordinam a ele porque o constroem como poder” (BOURDIEU, 2017, p. 63). Desta forma, enxerga-se que, melhor do que se abster do debate é justamente escancará-lo, para que cada vez mais e mais pessoas possam atentar-se ao tema, tirando suas próprias conclusões e amplificando a força de seu discurso. O que se pode fazer, por ora, é clarificar os institutos e a relação direta dos mesmos com as Instituições.

Sobre a dominação simbólica, refere o autor que:

É na lógica da economia de trocas simbólicas – e, mais precisamente, na construção social das relações de parentesco e do casamento, em que se determina às mulheres seu estatuto social de objetos de troca, definidos segundo os interesses masculinos, e destinados assim a contribuir para a reprodução do capital simbólico

dos homens – que reside a explicação do primado concedido à masculinidade nas taxonomias culturais. (BOURDIEU, 2017, p. 67).

Da mesma forma que o racismo, o sexismo, por meio da dominação simbólica, exerce uma opressão, uma forma de negação da própria existência pública de determinados conceitos. Invisibiliza-se parcela da população, cria-se estigmas com base em caracteres oriundos de uma cultura androcêntrica. Para Bourdieu, o “sexismo é um essencialismo, como o racismo de etnia ou classe, que visa imputar diferenças sociais historicamente instituídas a uma natureza biológica, funcionando como uma essência, donde se deduzem implacavelmente todos os atos da existência.” (BORDIEU, 1990, p. 12)

Assim, e de maneira extremamente reduzida e simplificada, pode-se aduzir que “a dominação masculina encontra um de seus melhores suportes no desconhecimento, que favorece a aplicação, ao dominante, de categorias de pensamento engendradas na própria relação de dominação [...]” (BOURDIEU, 2017, p. 114). Ou seja, resta demonstrada a necessidade de se falar sobre dominação, sobre opressão e sobre o papel que a monogamia religiosamente imposta exerce na perpetuação deste sistema. Conclui-se que, historicamente, a monogamia é vista como um sistema de opressão de gênero, marcado pela tolerância às condutas masculinas de infidelidade e pelo excessivo rigor e força punitiva a quaisquer tentativas de reprodução destes comportamentos pelas mulheres.

Segundo ficou demonstrado por tudo que foi exposto, a peculiaridade do progresso manifestado nessa sucessão de formas de matrimônio consiste em que se foi tirando, cada vez mais, às mulheres (mas não aos homens) a liberdade sexual do matrimônio por grupos. Com efeito, o matrimônio por grupos continua existindo, ainda hoje, para os homens. Aquilo que para a mulher é um crime de graves consequências legais e sociais, para o homem é algo considerado honroso, quando muito, uma leve mancha moral que se carrega com satisfação. (ENGELS, 2016, p. 90/91).

Precisa-se, por meio do estudo e da difusão do conhecimento, acabar com a repetição quase que automática de algumas máximas tais como “a monogamia é natural ao ser humano” ou o “a monogamia surge do amor romântico” ou, mais ainda, “as mulheres preferem a monogamia”, tendo em vista a carga que esses discursos trazem consigo.

Em interessante estudo, Ruzyk (2005) opta por enxergar tanto a monogamia como a poligamia segundo uma ótica dual: em sua forma endógena (relação travada dentro

de uma única estrutura familiar) e de forma exógena (referindo-se às situações extramatrimoniais). Sobre a monogamia e suas subdivisões, entende o autor que:

A monogamia endógena consiste na existência de uma única relação de conjugalidade no interior de uma mesma estrutura familiar. Ela não exclui a possibilidade de conjugalidades múltiplas, desde que exteriores à estrutura monogâmica constituída. Difere, pois, de uma monogamia também exógena, que implica a vedação absoluta do relacionamento sexual com outros indivíduos que não aquele com o qual se constituiu a conjugalidade. (RUZYK, 2005, p. 98).

Ou seja, a monogamia endógena mantém-se atendida mesmo nas situações em que há infidelidade conjugal, posto que relações externas ao plano familiar não influenciam neste; por outro lado, caberia ao sistema exógeno cuidar destas situações. Ao expor essa dualidade, Ruzyk escancara, de forma contundente, a divisão dos papéis e do controle da disciplina dentro da relação conjugal dentro de um sistema eminentemente monogâmico.

A monogamia endógena para o homem e endógena e exógena para a mulher pode ser vista, pois, como traço estrutural de longa duração, que se identifica para além do movimento secular mesmo na família patriarcal que marca boa parte da história brasileira. Assim se mantém, sem prejuízo de uma poligamia masculina exógena que, sob suas diversas formas, transita historicamente entre o conjugal e o estrutural. (RUZYK, 2005, p. 106).

É preciso que se enxergue a monogamia, vista como um todo ou conforme as subdivisões apresentadas, como o constructo social que ela é, consideradas suas peculiaridades e sempre se atentando aos seus aspectos históricos e valorativos, inerentes ao surgimento e sedimentação do instituto nas sociedades ocidentais.

2.2 O PAPEL DA IGREJA NA DISSEMINAÇÃO DO DOGMA MONOGÂMICO: DO CONTROLE DA SEXUALIDADE À POSSE RECÍPROCA

Neste momento, objetiva-se “evidenciar o percurso da consagração da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família, sistematizado e consolidado nas proclamações dos cânones tridentinos e, posteriormente, transposto para a legislação civil fixada pelo Estado liberal burguês”. (SILVA, 2013, p. 52). Busca-se vislumbrar acontecimentos e elementos essenciais para a configuração da monogamia como este elemento quase que imanente aos sistemas

ocidentais, por conta da forte influência exercida pelas instituições religiosas, que tiveram o condão de alçar a monogamia a uma posição de um dos principais dogmas durante séculos.

Para tanto, há que se verificar um pouco da relação entre as pessoas, a sexualidade e as instituições. Seguir-se-á orientação inicial dada por Bourdieu (2017), para, em seguida, referir outros autores que cuidaram do mesmo tema de forma diversa, a exemplo de Foucault (1985) e Kant (2008). Importante perceber a forma com que cada um influenciou/foi influenciado pela temática, pelo momento histórico, pela Igreja e pela própria sociedade no qual estava inserido. Sobre a sexualidade, tem-se que:

A sexualidade, tal como a entendemos, é efetivamente uma invenção histórica, mas que se efetivou progressivamente à medida que se realizava o processo de diferenciação dos diversos campos e de suas lógicas específicas. [...] E a emergência da sexualidade como tal é indissociável também do surgimento de todo um conjunto de campos e de agentes concorrendo pelo monopólio da definição legítima das práticas e dos discursos sexuais – campo religioso, campo jurídico, campo burocrático – e capazes de impor essa definição nas práticas, sobretudo através das famílias e da visão familiarista. (BOURDIEU, 2017, p. 144/145).

E é justamente este o objetivo que se intenta neste tópico: enxergar a influência da Igreja e da Religião Católica na legitimação das práticas sexuais e relacionais das sociedades a ela convertidas/submetidas. Perquerir-se-á o papel da Igreja na legitimação da monogamia e na condenação de todas as práticas dissonantes; quanto aos campos jurídico e burocrático, serão examinados em momento posterior, em virtude, sobretudo, de uma tentativa de alinhamento temporal/histórico desta pesquisa, posto que, antes mesmo do Direito e do Estado, foi a Igreja a se afirmar como detentora do poder de normatizar a sexualidade humana.

Dito isso, pode-se afirmar que foi Foucault, em sua “História da Sexualidade” (1985) quem bem cuidou de averiguar grande parte da doutrina clássica no que se referem às práticas de austeridade e sexualidade no transcurso do tempo. Refere o autor que a “majoração da austeridade sexual na reflexão moral não toma a forma de um estreitamento do código que define os atos proibidos, mas a de uma intensificação da relação consigo pela qual o sujeito se constitui enquanto sujeito de seus atos” (FOUCAULT, 1985, p. 46). Considera o autor que as reflexões sobre a sexualidade constituídas ao longo da história influenciaram diretamente nos fundamentos,

sobretudo éticos e morais da doutrina cristã, estudando-as sob três principais aspectos: a) da arte do vínculo conjugal, b) da doutrina do monopólio sexual e c) da estética dos prazeres compartilhados. Sobre o exercício da sexualidade à época, tem-se que:

O estado de casado e a atividade sexual deveriam tender à coincidência. [...] Todavia, a castidade não era convertida em um preceito arrogante. A discricção era permanentemente recomendada. A conjugalidade de qualquer sorte sobressai como condição para o exercício legítimo da sexualidade. (SILVA, 2013, p. 54).

A sexualidade, portanto, deveria ser limitada e condicionada, vinculando-se diretamente à figura do casamento, sendo utilizada como meio para a produção de descendência legítima; desta forma, correlacionam-se diretamente os conceitos de sexo, conjugalidade, família, e filiação legítima. Por subsunção, tem-se que o prazer sexual deveria ser exercido dentro do ambiente da conjugalidade, com intuito de produção de herdeiros legítimos para a manutenção das famílias; decorrendo daí a exigência de uma fidelidade, ao menos feminina.

Porém, não se pode negar uma importante mudança perpetrada pela introdução dos valores éticos e morais no livre exercício da sexualidade: a infidelidade masculina, ou seja, a busca do prazer fora do casamento, que antes era tida como uma demonstração de superioridade do homem, agora é desaconselhada, vista como uma fraqueza deste. Há uma verdadeira “regulação heterônoma da sexualidade, primeiro por parte da Igreja, com o extenso e detalhado domínio exercido sobre a vida conjugal e, posteriormente, por parte do Estado que trará a si a prerrogativa da referida regulação” (SILVA, 2013, p. 59). Ocorre que, com o aumento das interferências externas nas relações conjugais, pela Igreja e pelo Estado, há também uma maior repressão aos impulsos sexuais e à sexualidade em si. Neste momento, enxerga-se real busca por se encontrar uma definição legítima das práticas e dos discursos sexuais, e um meio de controle desses impulsos e da própria sexualidade inerente às pessoas.

A Igreja evidentemente lutou desde cedo pelo casamento monogâmico. Mas o casamento assume essa forma rigorosa como instituição social obrigatória para ambos os sexos apenas em um estágio posterior, quando os impulsos e ardores caíram sobre controle mais firme e estrito. (ELIAS, 1994, p. 182).

E foi justamente a Igreja que assumiu, em primeiro momento, esse papel de regular as relações conjugais, através da figura do casamento canônico. A partir desta

assunção de controle, determinou-se que os casamentos deveriam ser dotados de publicidade, bem como que deveriam ser registrados. Objetivava-se estabilizar e controlar as comunidades, posto que ao aumentar o controle externo sobre as relações humanas, mantinha-se a sexualidade regrada e reprimida sob as normas clericais. Philippe Ariès (1987) enxerga a imposição do casamento clerical como uma forma que a Igreja encontrou de submeter a sociedade e assumir o controle e o poder à época, conforme se depreende da seguinte passagem:

O que importava acima de tudo não era tanto a cerimônia religiosa quanto o registro por escrito. A escrita fundamentava o ato, ao mesmo tempo que o controlava. A celebração na Igreja implicava dois atos fundamentais: 1. A publicidade do casamento; 2. Seu registro por escrito. Entrava-se, por um lado, numa nova concepção do poder e do seu controle, e, por outro, do tempo e de sua divisão. (ARIÈS, 1987, p. 180).

Um exemplo de como a imposição da monogamia, bem como do casamento eclesiástico, marcou a sociedade pode ser retirado da obra de Kant. Na construção de sua metafísica dos costumes, o autor reconhece a monogamia como um imperativo categórico no que se refere à conjugalidade; desta forma, enxergar-se o casamento como uma verdadeira posse sobre o outro, enquanto o concubinato seria em verdade uma locação sem garantias. Sobre a infidelidade, declara que:

[...] se um dos cônjuges se afastou ou se entregou à posse de uma terceira pessoa, o outro cônjuge terá a justificativa, sempre e de maneira inquestionável, de trazer seu parceiro de volta ao seu poder, tal como se justifica na recuperação de uma coisa. (KANT, 2008, p. 122/123).

Mais uma vez, busca-se legitimar a dominação dos gêneros através da figura do casamento, por ora eclesiástico. Equiparam-se as pessoas às coisas, e trata-se o casamento como um ato complexo, mas sem perder a natureza contratual, por conduzir a uma “posse dos atributos sexuais recíprocos”. Importante notar que o próprio Kant encontra problemas em sua tese, e busca encontrar uma saída para a reificação, ou seja, coisificação dos seres humanos, contrária à própria idéia de humanidade; no entanto, a saída encontrada pelo autor para seu próprio dilema é por demais simplista e, portanto, insatisfatória:

Só há uma condição na qual isso é possível: a de que quando uma pessoa é adquirida pela outra como se fosse uma coisa, aquela que é adquirida, por sua vez, adquire a outra, pois, desta forma cada uma se recupera e restaura sua personalidade. (KANT, 2008, p. 122).

Outro ponto polêmico na tese Kantiana é quando ele se propõe a falar em igualdade, tanto das posses das pessoas quanto dos bens na relação conjugal, e de como apenas o atendimento à monogamia possibilitaria o alcance desta chamada igualdade, que, em realidade, mostra-se a mais desigual, podendo e devendo ser vista como mais um fruto da tese da dominação masculina à qual tanto se faz referência nesta pesquisa. Perceba-se:

Pelas mesmas razões, a relação dos cônjuges num casamento é uma relação de igualdade de posse, igualdade tanto na sua posse recíproca como pessoas (daí somente na monogamia, visto que na poligamia a pessoa que cede a si mesma obtém apenas uma parte da pessoa que a obtém completamente, e, assim, se converte numa mera coisa) quanto também igualdade na posse de bens materiais. (KANT, 2008, p. 123).

Mais interessante ainda é notar o que seria essa igualdade Kantiana quando ele trata da igualdade entre os cônjuges na relação monogâmica. Especial menção para o fato de que este autor acredita e defende que a igualdade entre os cônjuges se mantém e deve levar em conta uma dita natural superioridade do marido em relação à esposa, dando origem a uma relação na qual há um comandante e um comandado, o que só se faria possível segundo o paradigma monogâmico. Outra evidente consideração de cunho sexista e androcêntrico.

Se é formulada, portanto, a questão, a saber, se também está em conflito com a igualdade dos cônjuges a lei referente à relação do marido com a esposa que estabelece que aquele deve ser o senhor desta (que ele é a parte que comanda, ela a que obedece), isso não poderá ser considerado como conflitante com a igualdade natural de uma casal, se essa dominação se basear somente na natural superioridade do marido em relação à esposa no que respeita à capacidade dele de promover o interesse comum da vida doméstica, e o direito de comandar que nisso está baseado pode ser deduzido do próprio dever de unidade e igualdade no que tange à finalidade. (KANT, 2008, p. 123/124).

A chamada “natural superioridade do marido em relação à esposa” é o fundamento utilizado por Kant para legitimar a questão da posse nas relações monogâmicas. Note-se que, para Kant, a igualdade em um casal leva em conta a soberania e superioridade masculina, que o autor entende como natural. Confirma-se, portanto, a tese já citada de que a monogamia surgiu como instrumento de dominação entre os gêneros; o homem, por sua natural superioridade, deve comandar a relação e a família, cabendo à mulher respeitar a figura do marido, ser submissa, leal e fiel.

Deve, portanto, renunciar à sua capacidade de buscar seus direitos em prol de um “representante”, aquele a quem foi dada plena capacidade de geri-la e comandá-la.

Por óbvio, para a análise de um discurso, devem-se levar em conta alguns aspectos relevantes, tais como época, local e emissor. Logo, correlaciona-se o pensamento kantiano com o período em que ele foi proferido; no entanto, não mais se justifica buscar a legitimação da monogamia para os tempos atuais em suas lições, posto que falar nos conceitos estabelecidos para “posse de atributos sexuais recíprocos”, “posse recíproca” e “natural superioridade” não mais se justificam, consideradas todas as mudanças sociais, históricas e doutrinárias que levaram ao período em que se vive. A consciência da inconsciente dominação deve estar sempre presente e orientando os esforços no sentido de que se enxergue nos discursos os elementos distintivos de cunho sexista e desprestigiador do feminino, em todas suas vertentes.

Tecidas estas considerações, busca-se, neste momento, aproximar esta análise histórica, repleta de recursos a elementos críticos, à realidade brasileira; para tanto, far-se-á um recorte histórico mais preciso, a partir do regramento tridentino, para que se possa entender como esta forma de conjugalidade monogâmica supracitada foi introduzida e apropriada na cultura brasileira, neste momento ainda em formação.

2.2.1 O Concílio de Trento: a sacramentalidade do matrimônio

A partir do questionamento inicial, já explicitado, há que se perquirir de qual forma se deu a introdução da monogamia no Brasil, e, mais ainda, como a monogamia assumiu aprioristicamente o status de princípio estruturante do Direito das Famílias brasileiro. O ponto de partida para este tópico é aquele apontado por Silva (2013) como sendo o momento de sistematização dos regramentos da Igreja Católica, dentre eles as questões dogmáticas, de ordem, disciplinares e sacramentais (aqui incluída a figura do casamento).

Para a compreensão da regulação jurídica do casamento no Brasil e da consagração do princípio da monogamia como ingrediente estruturante do estatuto jurídico da família é imprescindível tomar em consideração o regramento tridentino. O Concílio de Trento constitui referencial importante porque condensou e sistematizou o pensamento da Igreja Católica em relação ao matrimônio e sua repercussão alongou-se por séculos. (SILVA, 2013, p. 68).

A importância do Concílio de Trento pode ser assim sintetizada:

Os cânones e o decreto tridentinos são especialmente relevantes por pelo menos três razões. Primeiro, porque transformaram o casamento em um contrato solene. O casamento *solo consensu* foi banido, reprovando-se, daí em diante, os enlaces considerados clandestinos. Segundo, porque regulamentaram de forma detalhada o matrimônio, avocando à Igreja a exclusividade de sua realização. E, por fim, porque os cânones e o decreto tornaram-se a grande referência para a regulação do casamento nos países católicos e em suas colônias do Novo Mundo, com notórios reflexos posteriores na legislação civil. (SILVA, 2013, p. 69).

Cabe agora visualizar o texto dos cânones de forma individualizada, para que se possa clarificar a compreensão acerca da forma com que a Igreja e seus sacerdotes buscaram legislar o casamento e as relações humanas, transformando as núpcias em real sacramento eclesiástico, determinando a monogamia como único regime passível de adoção, estabelecendo impedimentos e condicionando um costume pré-existente nas sociedades conforme uma nova ordem, rigorosa e punitiva.

“CANON I. – Si quis dixerit, matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicae sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum, neque gratiam conferre: anathema sit”. O primeiro cânone, originalmente proferido em latim, foi traduzido para o português da seguinte forma: “Se alguém disser que o matrimônio não é verdadeira e propriamente um dos sete sacramentos da lei evangélica, instituída pelo Senhor Jesus Cristo, mas que é invenção de homens introduzida na Igreja, que não confere a graça: que seja anátema”.

Ou seja, ao afirmar o caráter divino do matrimônio, a Igreja toma para si o domínio sobre as relações conjugais, se colocando como única legitimada a dispor e regulamentar sobre seus requisitos e regramentos. Desta forma, todos os enlaces que não fossem realizados segundo as normas cristãs já citadas de solenidade e registro do ato não seriam válidos. As complexas regras para a celebração do casamento incluíam os proclamas, a necessidade de testemunhas, a solenidade e os devidos registros.

Crítica importante à atribuição de um caráter divino ao matrimônio pode ser encontrada na obra de Lutero:

[...] que significa proibir o casamento a não ser inventar tantos impedimentos e preparar ciladas para que não se casem ou, caso

tenham se casado, dissolver os matrimônios? Quem deu tal poder aos seres humanos? Admitamos que tenham sido santos e guiados pelo zelo piedoso. Mas por que a santidade alheia molesta a minha liberdade? Por que me aprisiona o zelo alheio? Seja santo e zeloso quem quiser e quanto desejar, contanto que não prejudique o outro e não me roube a liberdade. (LUTERO, 2011, p. 403/404).

Note-se que Lutero vai de encontro justamente à excessiva regulação da vida conjugal pela Igreja, entendendo pela manutenção de um espaço de liberdade dentro das relações humanas.

“*CANON II. – Si quis dixerit, licere Christianis plures simul habere uxores, et hoc nulla lege divina esse prohibitum: anathema sit.*” O segundo cânone, originalmente proferido em latim, foi traduzido para o português da seguinte forma: “Se alguém disser que é lícito aos cristãos ter diversas mulheres ao mesmo tempo, e isso não é proibido por nenhuma lei divina: que seja anátema”. Este é justamente o enunciado que traz a vedação da poligamia e, portanto, a consagração da monogamia como dogma cristão. Note-se que a vedação se refere à questão da poligamia simultânea, sendo possível a inferência de que a poligamia sucessiva (ou seja, a possibilidade de que se celebrem novas núpcias após o falecimento de um dos cônjuges) resta autorizada.

“*CANON III. – Si quis dixerit, eos tantum consanguinitatis et affinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum et dirimere contractum, nec posse Ecclesiam in nonnullis illorum dispensare aut constituere, ut plures impediunt et dirimant: anathema sit.*” O terceiro cânone, originalmente proferido em latim, foi traduzido para o português da seguinte forma: “Se alguém disser que somente os graus de parentesco por consanguinidade e afinidade estabelecidos no Levítico podem impedir a realização do matrimônio e dissolvê-lo quando já contraído, e que a Igreja não pode dispensar alguns desses, ou estabelecer outros impedimentos ou dirimentes: que seja anátema”.

Por meio deste terceiro cânone, a Igreja puxa para si a competência de estabelecer quais seriam os impedimentos matrimoniais, tendo plena liberdade para dispensá-los ou estabelecer novos parâmetros para as regras do casamento, conforme lhe aprover. Para deixar mais claro o assunto, foi editado o quarto cânone, que a este terceiro é complementar: “*CANON IV. – Si quis dixerit, Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia, vel in iis constituendis errasse: anathema sit.*” O quarto cânone, originalmente proferido em latim, foi traduzido para

o português da seguinte forma: “Se alguém disser que a Igreja não pode estabelecer impedimentos dirimentes do casamento, ou que errou ao estabelecê-los: que seja anátema”.

O quinto e o sexto cânone tratam conjuntamente da figura da indissolubilidade do vínculo matrimonial, consequência direta da assunção do dogma monogâmico:

“CANON V. – Si quis dixerit, propter haeresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam a conjuge, dissolvi posse matrimonii vinculum: anathema sit”.

O quinto cânone, originalmente proferido em latim, foi traduzido para o português da seguinte forma: “Se alguém disser que por causa de heresia, penosa coabitação, ou ausência simulada de uma das partes, o vínculo do matrimônio pode ser dissolvido: que seja anátema”.

“CANON VI. – Si quis dixerit, Ecclesiam errare, cum docuit et docet juxta evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere, maecharique eum, qui dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quae, dimisso adultero, alii nupcerit: anathema sit”. O sexto cânone, originalmente proferido em latim, foi traduzido para o português da seguinte forma: “Se alguém disser que a Igreja cometeu erro, tendo instruído e educado de acordo com os ensinamentos evangélicos e apostólicos, que por causa do adultério de um dos casados o vínculo do matrimônio não pode ser dissolvido; e que ambos, nem mesmo o inocente, que não deu causa ao adultério, não pode contrair outro matrimônio, enquanto vivo o outro, mas que comete adultério tanto o homem que, tendo rejeitado a adúltera, casar com outra, bem como aquela que despediu o adúltero, tomar outro marido: que seja anátema”.

Pela compreensão destes dois cânones, entende-se que é expressamente vedada, pela Igreja, a contração de novas núpcias estando o primeiro cônjuge ainda vivo, mesmo com a ocorrência de adultério; o vínculo matrimonial só é dissolvido, portando, com a morte de um dos consortes, sendo todas as demais hipóteses de dissolução causadoras de adultério. Desta forma, tem-se como corolário à monogamia a expressa vedação ao divórcio, separação, desquite ou qualquer que

seja o termo adotado para denominar a dissolução do vínculo conjugal em vida por vontade de um ou de ambos os cônjuges.

“*CANON VII. – Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos: anathema sit*”. O sétimo cânone, originalmente proferido em latim, foi traduzido para o português da seguinte forma: “Se alguém disser que as causas matrimoniais não são de competência dos juízes eclesiásticos: que seja anátema”.

Mais uma vez, a Igreja busca estabelecer sua competência exclusiva para regular as questões matrimoniais, afastando a competência concorrente do Estado, e, portanto, a secularização do casamento. De forma adicional aos cânones acima trabalhados, há que se fazer menção também ao Decreto Tametsi, que em seu Capítulo VIII tratou da proibição e penalização do concubinato, estabelecendo diferenciações e graus de punição aos que se encontrassem como concubinos, com penas distintas para homens e mulheres, conforme entendimento dominante à época. Para os homens, as penas iam desde a advertência para abandonar a concubinação até a excomunhão; já para as mulheres eram impostas punições mais rigorosas, que podiam, inclusive, levar à sua expulsão da cidade, a critério da autoridade eclesiástica.

2.2.2 Recepção do Decreto Tridentino em Portugal

A recepção do Decreto Tridentino nos países europeus católicos, a exemplo da Itália, França, Espanha e Portugal, se deu tanto por força da Lei quanto de um forte esforço catequético por parte da Igreja. O Direito Canônico, nestes países, influenciava diretamente o Direito Civil, pela confusão entre o Estado e a Igreja, na figura do Cardeal Dom Henrique. Por ora, tem-se que:

As regras matrimoniais, na formatação dada pelo Concílio de Trento, impuseram-se em Portugal não somente pela força da legislação eclesiástica, mas também, como resultado de um bem-sucedido investimento pastoral doutrinário e catequético, por meio de obras didáticas e de cunho moral. (SILVA, 2013, p. 77).

O Direito Português, portanto, foi construído sob a égide, também, do Direito Canônico, em vista do fato de que em 1564, quando foi publicada a Bula Papal que homologou e publicou os Decretos Tridentinos, o Reino Português era regido Pelo

Cardeal Dom Henrique, tio de Dom Sebastião, que cumulava na sua pessoa as funções de Regente do Reino, Arcebispo de Lisboa e Legado Pontifício. Estado e Igreja, mais que nunca, confundiam-se por esta reunião, na mesma pessoa, dos poderes espiritual e temporal.

E mesmo quando Dom Sebastião alcançou a idade de quatorze anos e exerceu seu Reinado, tal confusão não foi desfeita; pelo contrário, à Igreja foram dados ainda mais poderes, já que o Rei, por meio da Provisão de 19/03/1568, reconheceu jurisdição que “facultava às autoridades eclesiásticas o poder de executarem suas sentenças sobre qualquer pessoa, sem a interferência do Estado, e antes que este pudesse averiguar se houve processo regular e sentença assentada devidamente nos decretos tridentinos”. (SILVA, 2013, p. 81).

O Rei abdicou, em nome do Estado, de seus poderes típicos em favor da Igreja; tal Provisão gerou tanta controvérsia que, segundo contam os historiadores, a exemplo de Marcelo Caetano (1965), o próprio Papa foi compelido a baixar uma Bula Papal em louvor de Dom Sebastião, mas também contendo limitações à atuação da Igreja em Portugal, com as especificações de sua função, e também contendo a restituição das prerrogativas régias e do Estado Português. Desta forma, restou consignada, ainda, uma forte ligação entre a Igreja e o Estado Português, de forma que a primeira poderia decretar prisões e degredos como formas de punição aos pecados e as heresias, mas caberia ao segundo atuar na execução das penas e no confisco dos bens.

2.3 MONOGAMIA À BRASILEIRA: COLONIZAÇÃO E CONCUBINATO

Com as grandes navegações e todo o processo de colonização capitaneado, sobretudo, pelos portugueses, não é de se estranhar que o Brasil tenha recebido forte carga dogmática e legal de seu principal colonizador, Portugal.

A noção de concubinato é fundamental à interpretação da formação cultural brasileira. Todos os chamados intérpretes do Brasil fizeram referência ao concubinato como uma das mais distintivas marcas da colonização. O concubinato acabou por ser a expressão doméstica da colonização, do exercício do domínio sobre o inferior, nesse caso, sobre a mulher índia, negra ou branca pobre, de qualquer sorte, subjugada, colonizada. (SILVA, 2013, p. 93).

Por meio desta expressão, tão forte e tão real, pode-se entender um pouco mais da situação do Brasil, que, fora do continente europeu, e, portanto, distante de suas transformações (das quais se exemplifica o declínio do concubinato por conta das noções advindas da Reforma Protestante e da Contrarreforma Católica) absorveu de forma tão basilar os institutos, costumes e regulações europeus, sem, contudo adaptar-se e ser adaptado pelas mudanças nos mesmos, permanecendo estanque em alguns costumes já superados por seus colonizadores luso-ibéricos. Foi desta forma, e por estas razões que o Brasil tornou-se, por excelência, território fértil para o afloramento das relações concubinárias, que devem ser interpretadas para além de seu sentido originário, de casamentos não-formalizados, mas também como o real exercício do poder de dominação do senhor.

Na Colônia, o concubinato não guarda qualquer relação com a noção de casamento. O estigma da concubina não permite essa aproximação. Também, o ingrediente racista do concubinato não deve ser amenizado. O concubinato não resulta de uma relação entre iguais, que, rejeitando as imposições e complexas regras do casamento, optaram pela informalidade, na constituição de uma família. Longe disso [...] (SILVA, 2013, p. 94).

Silva (2013) tece importantes considerações acerca deste instituto. Informa que, ademais da situação de dominação exercida pelos Senhores, o concubinato espalhou-se também nos outros substratos sociais, situações nas quais sua configuração mais se assemelhava à concepção originária do concubinato, como uma união entre iguais dissociada dos rigores formais estabelecidos pela Igreja para o casamento: entre os escravos, era a forma de união conjugal mais corriqueira, que poderia ser estabelecida e rompida meramente por conveniência de seus senhores; entre os homens livres simples, era a principal forma de união justamente pela falta de opção, vez que o sacramento do matrimônio era burocrático e custoso. Muitas vezes, entretanto, confundia-se também com a prostituição, vista como fonte de renda para algumas famílias. À guiza de conclusão, tem-se que o concubinato era:

[...] a principal alternativa de vida amorosa e sexual para os 'protagonistas da miséria', escravos, forros e pobres, para os quais o casamento era 'interditado' ou despropositado, fosse pela condição servil, fosse pela instabilidade que lhes marcava a existência. (VAINFAS, 1997, p. 99).

Eis que, na esteira deste pensamento, autores como Marisa Corrêa (1994), Torres-Londoño (1999), Caio Prado Júnior (2000) e o próprio Marcos Alves da Silva (2013) entendem, na contramão do pensamento convencional exarado e popularizado por

Gilberto Freyre na sua “Casa Grande e Senzala” (2003), principalmente, de que o principal modelo familiar brasileiro do período colonial não seriam as grandes famílias patriarcais; mas sim as situações concubinárias. Evita-se, com isso, a generalização exacerbada de se enxergar a realidade das grandes fazendas e dos grandes engenhos como a principal formação familiar do Brasil; as famigeradas famílias patriarcais eram exceção à dura realidade a que estavam submetidos os demais brasileiros.

A admissão da família patriarcal como modelo da organização familiar colonial, na prática, implica a marginalização ou estigmatização de outras formas alternativas ou mesmo sua negação. Assim, a perquirição da genealogia do concubinato em *terra brasiliis* evidencia a criação de um lugar de não direito, fruto do modelo colonialista aqui implantado, da escravidão e do racismo, tendo como cenário de fundo a instabilidade social, a pobreza e a sujeição. (SILVA, 2013, p. 97).

Entendida a colonização brasileira e a real prevalência das relações concubinárias, por questões sociais e consuetudinárias, perquerir-se-á a evolução da sociedade e das formas de relacionamento com o passar do tempo e as transformações pelas quais o Brasil passou até chegar-se ao momento atual. Necessária, portanto, uma breve análise da tipificação da bigamia em uma sociedade marcada pela informalidade dos vínculos conjugais àqueles sem condições sociais e econômicas de arcarem com o sacramento matrimonial.

2.3.1 “Vagamundos”: concubinato, bigamia e tipicidade penal

É fato que, da ausência de registro da grande maioria das relações conjugais no Brasil colônia, não raras eram as situações nas quais pessoas ingressavam em múltiplas conjugalidades, sequenciais ou simultâneas. Os motivos eram dos mais variados: desde a pré-existência de um matrimônio no país de origem antes da migração para a colônia, da constante necessidade de migração dentro do território nacional na busca por riquezas ou sobrevivência, das vendas e transferências de posse das pessoas em situação de escravidão, dentre outras. O concubinato, em um primeiro olhar, era uma forma de relacionamento funcional, que abarcava essas situações de constantes mudanças e incertezas; sendo o casamento eclesiástico e

solene a forma de união daquelas pessoas que já se encontravam bem estabelecidas na sociedade (moças “de família” e os Senhores).

Ocorre que o Concílio de Trento, atento à essa situação, determinava especial prudência dos clérigos quando da celebração dos casamentos daqueles considerados “vagabundos” (VAINFAS, 1986), justamente para evitar a proliferação da já criminalizada bigamia, delito dos “[...] aventureiros que abandonavam a família na metrópole e acabam se fixando na Colônia; mulheres cansadas de esperar os maridos, que adentravam as matas e ficavam por anos a fio sem dar notícia [...]” (VAINFAS, 1986, p. 48), dentre outras situações já exemplificadas.

No entanto, subentende-se que a elevada incidência da bigamia na sociedade colonial não era fruto exclusivamente de uma má-fé ou de uma falta de caráter a nível nacional: era decorrência natural das próprias condições de colonização, das constantes migrações internas e externas, da necessidade de se buscar sustento e oportunidades fora do seio familiar, e da precariedade dos meios de comunicação. Desta forma, mesmo tendo sido atribuída pena de morte aos praticantes do crime de bigamia pelas Ordenações Filipinas, porém, e em razão das peculiaridades já referidas, notável benevolência estatal nas punições, bastante abrandadas.

A proteção ao sistema monogâmico e à fidelidade conjugal mostrou-se historicamente tão importante que os legisladores incluíram no Código Penal Brasileiro (1940) dois tipos penais aos quais caberia a tutela do sistema monogâmico: o art. 235, que tipifica a bigamia, e o art. 240, que tipificava o adultério (o qual foi revogado pela Lei nº 11.106/2005). “O bem jurídico protegido pela tipificação da bigamia é a ordem jurídica matrimonial ancorada no princípio da monogamia. Protege-se, sobretudo, uma dada forma de organização da instituição familiar” (SILVA, 2013, p. 104).

O crime de bigamia é assim tipificado no Código Penal brasileiro:

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.

Note-se: é elemento essencial do tipo penal de bigamia que um dos sujeitos seja, efetivamente, casado, e que vise contrair novo matrimônio. Retornar-se-á às

especificidades deste tipo penal em momento mais oportuno. Por ora, cumpre-se apenas referir à existência (e vigência) deste tipo no ordenamento jurídico brasileiro. Por sua vez, o tipo penal que apresentava como crime a figura do adultério já se encontra revogado desde 2005, pela Lei nº 11.106/2005, mas enxerga-se a relevância de observar a dicção original do artigo 240 do Código Penal, qual seja:

Art. 240 - Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.

§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.

§ 3º - A ação penal não pode ser intentada:

I - pelo cônjuge desquitado;

II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.

§ 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.

De todo o exposto, pode-se entender que se mantém no ordenamento jurídico brasileiro a proteção à instituição familiar formada pelo matrimônio, porém a honra do cônjuge e o dever de fidelidade não encontram mais respaldo criminal por meio de tipificação penal. Em adendo, e conforme já visto em capítulo anterior, posição mais atual doutrinariamente é aquela que defende não ser mais a família uma instituição, e sim um instrumento de realização pessoal de seus membros; e que o casamento não é mais a única forma autorizada constitucionalmente a originar família, existindo outras possibilidades dentro da legislação, doutrina e jurisprudências pátrias. Por ora, tem-se que:

A tipificação da bigamia como crime estava perfeitamente adequada à família capturada pelo Código Civil de 1916, uma família que se define como: matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição transpessoal. Todavia, na Constituição Federal de 1988, outra família é captada pelo legislador constituinte. Marcada pela pluralidade de entidades familiares, não mais definidas com exclusividade pelo matrimônio, pela igualdade material, pela direção diárquica e guiada por uma orientação eudemonista. (SILVA, 2013, p. 106).

Visto isso, e à guiza de conclusão deste recurso histórico no recorte brasileiro, deve-se entender a grande influência que a monogamia, introduzida pela religião católica, teve na formação da sociedade brasileira. Não se pode desconsiderar todo esse conjunto de fatores que levou à preponderância de um regime monogâmico no

Brasil, que se verifica, inclusive, na legislação que rege o casamento monogâmico e suas peculiaridades.

2.3.2 A doutrina monogâmica: absorção dos dogmas

Muito se fala sobre o período colonial, sobre as navegações e a importação do Direito Português (inchado de preceitos da fé cristã e do Direito Canônico) para o Brasil, mas quais foram as consequências diretas dessa soma de fatores para a autodeterminação nacional? Em que influenciou a apreensão dos costumes europeus, misturados com os costumes dos nativos e dos povos africanos que para cá foram forçosamente trazidos? Quais as influências dessa miscelânea para o Direito que aqui se formou? A princípio, Ana Carla Harmatiuk Matos define, com clareza, o resultado da colonização e do descaso com a situação familiar e conjugal da maior parcela populacional em prol de uma visão centrada nas grandes famílias da Casa Grande em detrimento do Brasil experimentado e vivido pelo seu próprio povo. Afirma-se que:

A espécie de família acolhida no sistema clássico apresenta algumas características primordiais justificadoras de seus contornos jurídicos. Esse sistema é o da família patriarcal, heterossexual, matrimonializada, hierarquizada e “transpessoal” – somando-se ao modelo da Grande Família. (MATOS, 2000, p. 18).

Esta conformação tradicionalista e reducionista, que em verdade nunca se adequou com primazia ao cenário nacional, o que hoje é de fácil visualização, foi o que influenciou diretamente os juristas e os legisladores na edição de versões mais pretéritas das legislações pátrias, e da doutrina nacionalmente reconhecida como majoritária. Dentre os autores clássicos nacionais, destaca-se o pensamento de Pontes de Miranda, que atribuiu às mulheres uma natural inclinação para a monogamia.

É um dado sociológico que a mulher, na história, quando dela depende a fixação das formas, prefere a monogamia, exatamente o que é mais propício à procriação, à criação dos filhos e à segurança da família num par andrógino + filhos. (MIRANDA 2001, p. 63).

Ainda se tratando dos clássicos, Clovis Beviláqua, por sua vez, entende a monogamia como o ápice das relações humanas, muito embora evite correlacionar a mesma ao “dever de fidelidade conjugal”. Afirma ele que a monogamia:

É a forma de união conjugal de mais forte coesão entre os consortes, a melhor organizada para a manutenção da prole, a mais consentânea com a dignidade da mulher e com a moralidade social, finalmente, a mais adaptada ao desenvolvimento da simpatia humana. (BEVILACQUA, 1956, p. 42).

Não há como se dissociar das opiniões proferidas a questão temporal e espacial na qual foram expressos tais pensamentos. Muito embora atualmente seja mais fácil de enxergar questões como a não-naturalidade da monogamia na espécie humana e as questões de dominação de gênero que auxiliaram a sua consagração, à época em que estes excertos foram escritos, era pensamento amplamente difundido a comum associação da monogamia com o amor romântico e com a manutenção da honra e dignidade das mulheres. O Direito reflete a sociedade, com seus vícios e virtudes. Inclusive, a existência deste pensamento é mais um fato que comprova a questão do poder simbólico do qual tratava Bourdieu (2017).

[...] essa maneira, particularmente viciosa, de ratificar a dominação que consiste em atribuir às mulheres a responsabilidade de sua própria opressão, sugerindo, como já se fez muitas vezes, que elas escolhem adotar práticas submissivas (“as mulheres são os seus piores inimigos”), ou que elas gostam dessa dominação. [...] O poder simbólico não se pode exercer sem a colaboração dos que lhe são subordinados e que só se subordinam a ele porque o constroem como poder. (BOURDIEU, 2017, p. 63)

Por outro lado, ver a reprodução deste pensamento por autores contemporâneos já é um fator a ser abertamente criticado. Não faltam estudos e pesquisas dos quais não se pode questionar a seriedade e o comprometimento com a cientificidade afirmando em sentido contrário, a exemplo dos aqui já citados. Apenas a título de exemplo, Maria Helena Diniz, em posição passível de críticas, chega a afirmar que “A monogamia é a forma natural e mais apropriada de aproximação sexual da raça humana, ao passo que a poligamia, como pondera Savigny, é o estágio menos avançado da moral”. (DINIZ, 2008, p. 45).

Afirmar na atualidade a monogamia como natural à humanidade é ignorar diversos estudos antropológicos, sociológicos e biológicos já realizados por tantos outros autores de renome, a exemplo do próprio Engels, de Morgan, de Barash e Lipton e tantos outros já excessivamente referidos nesta pesquisa. A monogamia, bem como

o casamento monogâmico são construções culturais, resultantes de diversas modificações sociais ao longo da história. As famílias já apresentaram diversas outras conformações não-monogâmicas. Mais ainda, diversas culturas contemporâneas continuam a fundamentar suas sociedades em formas de relacionamentos não-monogâmicos, não sendo prudente afirmar que estas sociedades são imorais ou amorais por conta da opção pelas formas de conjugalidade não-monogâmicas.

Na contramão dos pensamentos tradicionalistas e tipicamente excludentes, Harmatiuk Matos (2000) desenvolveu, justamente, uma pesquisa visando entender como fica a condição feminina à luz das famílias extramatrimoniais, em face dessa prática costumeira consubstanciada na cultura brasileira das relações familiares não fundadas pelo casamento. Segundo a autora “Tem-se por objetivo, também, procurar na reflexão crítica a partir da problemática de gênero à luz do Direito, contribuir para o debate na busca de soluções as quais colaborem para superar a exclusão social e jurídica da mulher dentro da família e da sociedade”. (MATOS, 2000, p. 3) A autora aponta a relevância social de seu trabalho justamente no fato de que há real exclusão das pessoas, sobretudo mulheres, apenas por integrarem as chamadas famílias concubinárias ou simultâneas.

Repita-se: a opção pela monogamia pode ser facilmente relacionada com o domínio do cristianismo, conforme também pondera Washington de Barros:

Em todos os países em que domina a civilização cristã, a família tem base estritamente monogâmica, que, no dizer de Clóvis, é o modo de união mais puro, mais conforme com os fins culturais da sociedade e mais apropriado à conservação individual, tanto para os cônjuges como para a prole. (MONTEIRO, 1996, p. 56).

San Tiago Dantas chega a afirmar que a importação da monogamia ao Direito Brasileiro deu-se por conta da apropriação, pelo direito português dos fundamentos romano-germânicos e do cristianismo (DANTAS, 1991, p. 07), conforme amplamente verificado. E essa apropriação se deu de forma tão natural que “nos manuais de direito civil, o princípio da monogamia aparece como um dado e não, como uma construção jurídica que possa ser problematizada.” (SILVA, 2013, p. 149), corroborando com o pensamento exarado pela doutrina majoritária nacional quando da redação do Código Civil de 1916 e dos demais corpos normativos que consagram uma afirmada carga principiológica à monogamia. Verificar-se-á de quais formas a

assunção desse dogma por grande parcela da doutrina e pela jurisprudência majoritária influenciaram a formação do Direito Civil brasileiro.

O Direito, apreendendo relações sociais, organiza sua sistemática de modo a estabelecer “modelos” de conduta e, conseqüentemente, excluir outras realidades. As peculiaridades, as diversidades da vida são reduzidas pelo Direito. Quando o Direito “diz” – define –, outrossim exclui. A linguagem jurídica, ao mesmo tempo em que assegura alguns fatos como produtores de efeitos jurídicos, exerce a exclusão daqueles fatos não disciplinados. (MATOS, 2000, p. 10/11).

No entanto, acredita-se que não há tema, jurídico ou não, que tenha imunidade às problematizações sociais e jurídicas. Debater a monogamia e sua posição no ordenamento é essencial quando se leva em conta o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito civil. Deve-se a todo custo evitar que este estabelecimento de condutas pré-determinadas e acolhidas pela norma padrão leve a um esquecimento, real exclusão, de todas as situações destoantes do comportamento idealizado ou tido como dominante; o Direito não pode se consolidar como fator de exclusão social. Desta forma, busca-se averiguar:

O princípio da monogamia deve e pode continuar sendo utilizado como critério de exclusão da tutela jurídica de entidades familiares que se formam simultaneamente? Em face do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal e de seus reflexos e desdobramentos no âmbito da família (repersonalização, despatrimonialização), há ainda lugar para se falar em concubinato e, portanto, na manutenção da monogamia como princípio estruturante do sistema jurídico pátrio? (SILVA, 2013, p. 26).

Não se pode continuar a marginalizar as pessoas que optam por conformações familiares que não se originam da figura do matrimônio. O crime de bigamia tutela a formalidade jurídica e pública que se tem a respeito do casamento, mas não a figura do terceiro envolvido e do cônjuge originário. Verificar-se-á, agora, a situação dos concubinos frente ao dogma monogâmico e à constitucionalização do Direito Civil.

2.4 UM ESTUDO DA INVISIBILIDADE JURÍDICA: CONCUBINATO E BIGAMIA À LUZ DO DOGMA MONOGÂMICO

Quando se busca referir a uma possibilidade de estipulação de um marco temporal para o aparecimento do concubinato na sociedade brasileira, remonta-se à época das navegações e do Descobrimento, ou seja, ao Brasil colônia. No entanto, quando

esta busca é feita na legislação pátria, torna-se tarefa mais árdua, haja vista que as breves menções ao instituto no corpo das Ordenações Filipinas e no Código Civil de 1916 referiram-se apenas aos aspectos patrimoniais que poderiam se originar de venda ou doação feita por homem casado à concubina. Note-se: pouco se importavam com as pessoas envolvidas nesta relação, o foco era justamente na manutenção do patrimônio familiar e da herança a ser deixada à prole.

O legislador de 1916 ignora a então chamada família ilegítima e as raras menções que faz ao concubinato (CC, arts. 248, IV, 1.177 e 1.179, III, etc.) são apenas com o propósito de proteger a família constituída pelo casamento, e nunca como reconhecedoras de uma situação de fato digna de amparo. (RODRIGUES, 2002, p. 284).

Esta pesquisa, no entanto, e objetivando uma maior humanização das relações e um maior respeito às pessoas e à sua dignidade, fundamento último de proteção constitucional, vai em sentido contrário, e busca enxergar os seres humanos, seus motivos e razões que os levaram a esta situação. Enxergam-se as pessoas, não os papéis ou as alcunhas pejorativas a elas ofertadas por uma sociedade até então preconceituosa e excludente.

Esse modelo genérico de estrutura familiar, comumente denominado patriarcal, serviu de base para caracterizar a família brasileira como um todo, esquecidas as variações que ocorrem na organização da família em função do tempo, do espaço e dos diferentes grupos sociais. [...] concluímos pela ineficácia de se utilizar um conceito genérico para representar a sociedade brasileira como um todo. (SAMARA, 1987, p. 30).

Trata-se, portanto, do concubinato e da bigamia, não com o viés de criticar ou julgar, mas de entender as consequências e os dissabores que o enquadramento nesta posição causa às pessoas que ali se encontram. Um exemplo do tratamento degradante dado às concubinas pode ser extraído do entendimento de Carlos Alberto Maluf:

[...] concubina é a amante, a mulher dos encontros velados, frequentada pelos homens casados, que convivem ao mesmo tempo com sua esposa legítima, é a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, como prática de bigamia, paralelamente ao lar legalmente constituído. (MALUF, 1994, p. 23).

O respeito à dignidade humana não pode permitir que tratamento pejorativo como este continue sendo dado a seres humanos que se encontram em uma situação fática que o Direito optou por estigmatizar. Desta forma, em uma pesquisa que se propõe a tratar do tema de uma forma despida de preconceitos, passo importante é

buscar uma definição de concubinato que não seja impregnada de moralismos ou de qualquer outra forma de pré-julgamento ou de estigmatização que possa vir a contaminar o estudo do tema. Desta forma, entende-se adequada a definição apresentada por Adriana Maluf (2010), abaixo transcrita:

Concubinato pode ser então compreendido como a união livre estabelecida entre o homem e a mulher, com intuito de vida comum, sem a observância das formalidades do casamento, correspondendo por isso à chamada união livre ou informal que abrange tanto as situações de vida em comum de pessoas desimpedidas de casar como as uniões paralelas ao casamento ou adúlteras. (MALUF e MALUF, 2010, p. 109).

Tendo este conceito em vista, passar-se-á à análise do tratamento dado pelos poderes judiciário e legislativo ao concubinato e às pessoas envolvidas nas relações ditas concubinárias.

2.4.1 O concubinato e o Enunciado de Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal – sociedade ou família

Um passo importante para que fosse dada maior relevância à situação do concubinato e dos concubinos foi quando o Supremo Tribunal Federal lançou a famigerada súmula 380, em 1964. Em sua redação, pode-se ler que: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Muito embora o julgador tenha feito um esforço interpretativo para conceder direitos patrimoniais aos concubinos, reconhecer uma união típica do Direito de Família como uma sociedade de fato, característica do Direito Comercial (a exemplo do que vem sendo feito com as uniões poliafetivas, que serão vislumbradas em um capítulo subsequente) é desabonadora das pessoas ali envolvidas, que, para além de uma sociedade, podem ter uma razão de ser de cunho familiar. Neste sentido:

Ainda que se reconheça ter a Súmula 380 constituído um primeiro e importante passo para o reconhecimento das famílias sem casamento, ela ainda condena o concubinato à invisibilidade jurídica. Ele não existe, ainda, juridicamente. O que o direito entrevê é, no máximo, o esforço comum entre duas pessoas, sob o *nomen iuris* de sociedade de fato, desprezando totalmente a razão de ser da relação estabelecida entre elas. (SILVA, 2013, p. 109).

Ponto importante deste estudo é o reconhecimento de que, ao se enquadrar uma relação precipuamente familiar como uma sociedade, visando apenas a proteção patrimonial dos envolvidos, relega-se essas pessoas a uma situação de invisibilidade jurídica. Ocultar juridicamente a existência de uma relação familiar não tem o condão de fazê-la desaparecer: é uma família de fato, atendidos ou não os requisitos tidos como jurídicos para sua constituição. No entanto, não se pode olvidar a relevância jurídico-temporal deste precedente, no sentido de inaugurar, ao menos simbolicamente, os estudos sobre as uniões concubinárias e tratar da relevância, mesmo que apenas patrimonial, destas situações de fato na vida das pessoas:

É nesse pressuposto que a nossa jurisprudência evolui. [...] Foi com base na teoria da sociedade de fato, portanto, que os tribunais buscaram, inicialmente, o suporte de suas decisões. Foi no campo do Direito das obrigações que eles se sustentaram. (PEREIRA, 2013, p. 88/89).

O mesmo ocorre com as famílias que se originam das situações tidas como de bigamia: a vedação legal e a tipificação penal não impedem, por si só, que famílias surjam em um contexto no qual um de seus membros esteja praticando o crime de bigamia; e nem por isso as pessoas ali envolvidas devem ser consideradas como cidadãos de segunda classe ou pessoas menos merecedoras de direitos oriundos desta situação familiar. Tanto é que, no cenário nacional, já existem debates e propostas no sentido de se descriminalizar a bigamia, pelo enfoque abstrato presente no tipo, a exemplo do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012.

O tipo penal da bigamia enaltece a família constituída pelo matrimônio como a única digna de tutela no âmbito criminal. A proteção do indivíduo fica em segundo plano. O amparo estatal está direcionado para a entidade familiar em si mesma, enquanto a interpretação do ordenamento constitucional exige justamente o oposto. (SILVA, 2016, p. 56).

Por conta do recorte temático dado à pesquisa, não se aprofundará mais o debate, neste trabalho, da bigamia, sua tipificação e demais questões penais. De forma geral, entende-se que se devem proteger os direitos das pessoas, sua dignidade, mesmo que isso possa vir a significar um enfraquecimento do paradigma monogâmico e de seus correlatos institutos. Pessoas são mais importantes que conceitos, e é isso que se busca defender neste trabalho. Mesmo as famílias de fato que não se adequam aos ditames tradicionais merecem respeito e proteção estatal,

não por serem enxergadas como “instituições familiares”, mas porque são pessoas de verdade, com seus vícios e virtudes, que as compõem, sendo objetivo máximo do Estado a garantia e realização de suas dignidades.

Visto isso, continuar-se-á verificando os efeitos que a edição da Súmula 380 pelo STF, e a doutrina e legislação subsequentes provocaram no Direito brasileiro. Não há como se olvidar da importância da Lei nº 8.971/1994, ao regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Note-se o uso do termo companheiros, e o fato de que a lei regulou em pé de igualdade para a companheira de “homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo” e para o companheiro “de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”, em ambos os casos sendo necessária a comprovação da convivência por período superior a cinco anos.

Por sua vez, a Lei nº 9.278/1996 veio para regulamentar o §3º do art. 226 (“§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”), da Constituição Federal de 1988 no que se refere ao instituto da união estável, estabelecendo, inclusive, em seu art. 9º, a competência do juízo das Varas de Família para cuidar de assuntos atinentes às uniões estáveis. Confirmado e regulamentado, portanto, o caráter familiar desta forma relacional não matrimonializada.

Dito isso, e de forma ainda que tardia, chegar-se-á a um momento crucial no Direito Civil brasileiro: a divisão da figura do concubinato em suas categorias, puro e impuro doutrinariamente, o que foi uma espécie de pontapé inicial para a possibilidade de consideração de que conjugalidades não matrimonializadas também são merecedoras da tutela Civil, o que confirmou, ainda mais, a manutenção da figura da união estável como um dos temas centrais no Direito das Famílias, por sua relevância social e pela abertura e atenção que foi propiciada às situações de fato no campo familiar.

2.4.2 Concubinato puro e impuro: origens do reconhecimento da união estável

A crescente demanda pela chancela jurídica das situações de fato fez com que o legislador, o julgador e os estudiosos do Direito se atentassem à situação do

concubinato. A notável ausência de abordagem legislativa sobre a temática levou à efervescência doutrinária, que culminou na consolidação da Súmula 380, do STF, já citada. No entanto, a delimitação dos efeitos patrimoniais não se fez (e nem poderia) suficiente no tocante às relações não matrimonializadas, não atendendo aos anseios de boa parcela da sociedade que se encontrava nestas uniões. Cuidou a doutrina, portanto, de conceituar e diferenciar as situações de concubinato.

Havia, segundo construção primordialmente desenvolvida no campo doutrinário e acatada pela jurisprudência, uma divisão em duas espécies de concubinato – puro e impuro –, levando-se em conta a existência ou não de impedimentos matrimoniais. O concubinato puro era considerado aquele em que os concubinos, se desejassem, poder-se-iam casar, por inexistir entre eles qualquer impedimento matrimonial. No concubinato impuro, por sua vez, havia impedimento matrimonial, dividindo-se em adúlterino e incestuoso. No adúlterino, ambos ou um dos concubinos possuíam vínculo de casamento com outra pessoa, chamando-se bilateral quando o impedimento existia tanto ao homem quanto à mulher, e adúlterino “*a matre*” quando apenas à mulher havia impedimento e “*a patre*” se o impedimento era do homem. (MATOS, 2000, p. 36/37).

A categorização e a subdivisão do concubinato em espécies distintas, às quais foram atribuídos efeitos diversos foi outro passo importante na trajetória evolutiva do reconhecimento das relações não matrimonializadas dentro do ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, e do contínuo uso pejorativo desta denominação ao longo da história, mostrou-se um acúmulo de cargas negativas e de estigmas no termo, fazendo-se necessária uma “revolução copernicana” dentro do instituto.

É inegável que a expressão “concubinato” traz consigo uma carga intensa de estigmas morais, um verdadeiro sentido depreciativo para toda a cultura ocidental. Desse modo, sempre identifiquei uma relação familiar menos importante (que o casamento), um caráter de discriminação com relação ao casamento e à posição da mulher na sociedade [...] (NAMUR, 2009, p. 162).

Desta forma, uma grande mudança estrutural na visão do concubinato foi provocada pela mudança dos léxicos referentes ao mesmo. Após a Constituição Federal de 1988, onde se lia “concubinato não-adúlterino”, ou simplesmente “concubinato puro”, lê-se “união estável” (Art. 226, §3º, CF/88), e onde se lia “concubinato adúlterino” ou “concubinato impuro”, lê-se apenas concubinato (Art. 1.727, CC/02). A diferença entre ambos, no entanto, se mantém como sendo a existência ou não de impedimentos matrimoniais.

Mais ainda, ao concubinato puro, agora união estável, foi ofertada a proteção constitucional expressa, consubstanciada no artigo 226 da Constituição Federal de 1988:

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

[...]

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

[...]

§ 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.

[...]

A união estável também foi contemplada com um Título próprio no Código Civil de 2002, que abrange os artigos a partir do art. 1.723 (que a reconhece como entidade familiar) ao art. 1.727 (que versa sobre as relações concubinárias impuras e/ou incestuosas, *lato sensu*). Por se tratar de pesquisa realizada dentro de um contexto de interdisciplinaridade, do qual não se tem o conhecimento do Direito e de seus compêndios legislativos como pré-requisito, e realçado o interesse de apresentar o conteúdo de forma clara, precisa e inteligível, enxerga-se a necessidade de se colacionar, neste momento, excerto da legislação do Código Civil que rege as uniões estáveis:

TÍTULO III DA UNIÃO ESTÁVEL

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

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

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.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

No §1º do art. 1.723 explicita-se a aplicação dos critérios matrimoniais, quais sejam os impedimentos de casar, ao instituto da união estável, ponto ao qual se tecerão críticas em momento oportuno, mas fica-se desde já ponderado que, desde o Brasil Colônia, vislumbra-se que o recurso ao concubinato (agora união) vem justamente das diferenças simbólicas e práticas dos institutos, enxergando-se tal esforço de equiparação como potencialmente inócuo, pelas razões que serão aduzidas em breve. Por ora, consistem tais impedimentos na vedação do casamento (e da união estável *stricto sensu*) entre: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas (excetuadas as separadas de fato ou judicialmente); e, VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

O ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à regulamentação das relações de família, vive verdadeiro paradoxo. De um lado, a Constituição Federal, superando o modelo de família originada exclusivamente do casamento, consagrou o princípio da pluralidade de entidades familiares, e, de outro, o sistema do Código Civil de 2002 – ainda que, por exemplo, trate da união estável, ressuscitou a noção de concubinato que parecia já definitivamente superada pela Constituição Federal e pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. (SILVA, 2013, p. 126).

Conclui-se este trecho com esta atenta consideração: seria, portanto, o Código Civil de 2002 consolidador de um avanço social no sentido de tutelar as uniões estáveis já consagradas na CF/88 e nas Leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996 ou verdadeiro retrocesso ao reintroduzir no ordenamento a figura do concubinato sob esta alcunha?

2.5 UNIÃO ESTÁVEL: CASAMENTO PRECARIZADO OU CONJUGALIDADE DISSOCIADA DO CASAMENTO?

Conforme já visto, a Constituição Federal de 1988, com base em valores mais humanizados (e com cunho menos patrimonialista), fraternais, plurais e igualitários, lastreados na dignidade da pessoa humana, enxerga e afirma que existem formas outras de se constituir família que não apenas por meio do casamento. Tanto é que no próprio bojo do art. 266 encontram-se, em pé de igualdade com o mesmo, sendo merecedoras de especial proteção estatal tanto as famílias oriundas da união estável quanto as famílias monoparentais, além de tantas outras que são merecedoras de tal proteção, muito embora não se encontrem expressamente positivadas no texto constitucional.

Ao tratar do tema da pluralidade das formas familiares, Jatobá (2016) apresenta os novos contornos das famílias contemporâneas brasileiras, que não podem mais ser encaradas de forma generalizante ou excludente, haja posto que “em um sistema jurídico que se pretende democrático, humanitário, solidário e afirmativo da dignidade da pessoa humana, não se poderia, sequer remotamente, negar proteção a toda e qualquer estrutura familiar [...]”. (JATOBÁ, 2016, p. 14). Assim sendo, o autor subdivide e elenca as formas familiares em macro categorias, para facilitar a compreensão da pluralidade: a) as famílias fundadas no casamento; b) as famílias fundadas na união estável; c) as famílias fundadas na parentalidade, que se subdividem em família monoparental, família ampliada, família anaparental e família multiparental; d) as famílias homoafetivas, tanto no que se refere à união homoafetiva quanto ao casamento homoafetivo); e) famílias recompostas; e, por fim, f) as famílias que ainda se encontram à margem do reconhecimento, que seriam as oriundas de concubinato, simultaneidade familiar ou poliafetividade.

Resta, portanto, quebrada a hegemonia do casamento, que não pode mais ser encarado como paradigma das formas familiares ante a tantas formas outras que se impuseram socialmente e foram/estão sendo reconhecidas pela população, pela doutrina, pelo judiciário, pelo legislativo e pelas demais ciências e campos do conhecimento. No entanto, não se busca com isto desprestigiar ou desmerecer a figura do casamento; apenas, deve-se manter atento que existem outras formas relacionais, de conjugalidades sobretudo, que não intentam ser casamento, e que, por isso, a elas deve ser dado tratamento distinto do que é dado ao casamento.

Neste momento é que se visualiza um grande problema no regramento das uniões estáveis, tendo em vista que ele é feito, a priori, com base nos regramentos para o

matrimônio; outrossim, notáveis são as aproximações entre os institutos, inclusive em pontos polêmicos.

Mesmo depois de bom tempo da consagração da tábua principiológica fixada pela Constituição, o legislador, o doutrinador e a jurisprudência de um modo geral, ainda, pensam a conjugalidade a partir dos moldes do casamento. Daí resulta a dificuldade histórica, diga-se – de construção autóctone da conjugalidade no âmbito da família não fundada no casamento. [...] Enquanto a união estável for tratada como uma derivação do casamento ou como um quase-casamento, as formulações jurídicas a seu respeito serão defeituosas. (SILVA, 2013, p. 130/131).

Há que se averiguar, neste sentido, se mesmo em face do reconhecimento da pluralidade das formas familiares, é lógico, ou ao menos viável, o aproveitamento e a transposição de institutos e regramentos típicos do matrimônio (e, portanto, impregnados dos dogmas religiosos) para as demais formas relacionais, em especial para a união estável, ou se o correto seria o estabelecimento de um novo regramento, mais atento às particularidades de cada entidade. Busca-se visualizar e entender a tendência de equiparação, para, a partir disto, tecer as críticas que se fizerem pertinentes.

2.5.1 Da inadequação da equiparação – distinção dos institutos

Conforme visto, o instituto da união estável foi desenhado tomando por molde a necessidade (e a tendência) de se atribuir efeitos jurídicos, para além dos efeitos meramente patrimoniais às relações conjugais que não são casamento *strictu sensu*. “A união estável é um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude da Constituição Federal e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria” (LÔBO, 2010, p. 165). Necessário, neste momento, verificar quais são os elementos distintivos entre os institutos jurídicos da união estável e do casamento para após averiguar se mostram-se adequadas, ou ao menos condizentes, com a natureza da união estável, as tentativas de equiparação.

Schreiber (2017) enfrenta a questão da equiparação ao afirmar a existência de duas correntes principais dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Uma primeira corrente enxergaria a equiparação como autoritarismo estatal, conforme se depreende do excerto:

Tal equiparação seria contrária à intenção do Constituinte, que contemplou a união estável como forma autônoma de família, distinta da família matrimonial. A equiparação seria, assim, uma intervenção autoritária do Estado – no caso, do Estado-juiz –, pois resultaria numa espécie de conversão forçada da união estável em casamento, jogando por terra a liberdade concedida aos particulares para escolherem suas próprias formas de convivência, com as vantagens e desvantagens asseguradas em cada caso pela lei ordinária, inclusive para fins sucessórios. (SCHREIBER, 2017, p. 01).

Contrária a esse posicionamento, uma segunda corrente tenderia a enxergar as uniões estáveis como “casamentos de fato”, ou como uma etapa preliminar deste.

De outro lado, há aqueles que entendem que deve, de fato, haver equiparação, uma vez que a união estável seria uma forma de convivência *more uxorio*, uma espécie de casamento de fato, e a própria Constituição teria reconhecido tal circunstância ao mencionar no artigo 226, §3º, o dever do legislador de facilitar a conversão da união estável em casamento. A união estável seria, assim, mero simulacro de casamento ou uma etapa preliminar de convivência destinada a ascender em algum momento futuro ao modelo matrimonial. (SCHREIBER, 2017, p. 01).

No entanto, muito embora enxergue que a maioria da doutrina nacional se posicione segundo a primeira ou a segunda corrente, Schreiber apresenta pensamento distinto, unindo elementos de ambas as correntes em uma posição moderada.

Afirma:

Nenhuma das duas posições mencionadas acima parece tecnicamente correta. Nem se pode suprimir a liberdade dos particulares de elegerem a união estável como forma de convivência diversa do matrimônio, nem parece justo afirmar que o posicionamento que vem sendo desenhado pelo STF promove uma equiparação plena entre união estável e casamento. Aqui, é preciso fazer importante distinção: a união estável se distingue fundamentalmente do casamento, naquilo que diz respeito à chancela estatal da convivência, mas se equipara ao casamento naquilo que diz respeito aos direitos dos conviventes. (SCHREIBER, 2017, p. 02).

Depreende-se que, para o autor, casamento e união estável devem se aproximar quando os bens tutelados são os direitos pessoais dos conviventes, mas que é necessária a distinção quando se faz referência às possibilidades de interferência estatal na relação conjugal travada entre os particulares. Seu posicionamento mostra-se acertado e prudente, vez que atento aos ditames constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana, da afetividade, e das próprias pessoas envolvidas na relação, desde que tal interferência não atinja a forma de convivência estipulada pelos próprios conviventes. Ou seja, o Estado deve se ater a proteger as

pessoas envolvidas na relação, sem, contudo, intervir na forma de constituição da própria relação, caso ela se configure de forma outra que não matrimonial.

Em pensamento consonante, muito embora enxergue o casamento como paradigma para as relações conjugais, Rodrigo da Cunha entende ser paradoxal as tentativas de, ao mesmo tempo em que se busca aproximar os institutos pelas vias legal e judicial, enxergar as distinções entre os mesmos. Desta forma, tem-se que:

A forma paradigmática de constituição de família sempre foi e continuará sendo o casamento. Mas isto não autoriza ninguém a considerá-la superior, melhor ou pior que as outras. Novas estruturas parentais e conjugais estão em curso, e todas elas trazem consigo, em sua essência, aquilo que todos sonham e desejam: dar e receber amor. De uma forma ou de outra, a família é o núcleo estruturador e estruturante do sujeito. Embora seja paradoxal, todos os esforços legislativos são em direção à aproximação da união estável ao casamento. Em alguns momentos estas duas modalidades de constituição de família se confundem, em outros apenas se assemelham e em outros se diferenciam. (PEREIRA, 2012, p. 57).

Antes que se possa tratar dos referidos esforços na aproximação dos institutos, faz-se importante recurso, ainda que de forma breve e resumida, às principais características distintivas de ambos, segundo o regramento pátrio.

2.5.2 Do casamento – elementos conceituais e legais no Código Civil de 2002

De início, há que se atentar para a dificuldade de se estabelecer conceitos fixos para institutos que sofrem tamanha variação no tempo e espaço, e também a depender do prisma que se intente analisar a temática do casamento. Por ser estrutura multidisciplinar, e interagir e condicionar tão diretamente as relações humanas, o casamento sempre foi matéria a atrair interesse dos mais diversos campos: religião, ciência, educação, direito; todos os campos doutrinários tem suas definições próprias para este instituto multifacetado:

A doutrina, sempre que empreendeu tentativas de conceituar casamento, deparou-se com a difícil tarefa de congregar, numa definição, os múltiplos aspectos que compõem este instituto jurídico. O casamento é, ao mesmo tempo, o liame que une dois seres física e afetivamente, a conjugação de corpo e espírito, uma instituição moral e religiosa, uma agregação socialmente organizada, o ato jurídico que lhe dá nascimento, o estado vincular e a sociedade conjugal por ele gerados. (SAAD, 2008, p. 03).

Então, e atenta a importância do instituto para o Direito, a autora busca aproximar sua tentativa de encontrar uma definição para o casamento nos moldes jurídicos (estatais), sem, contudo, chegar a uma definição precisa, vez que não há universalidade na conceituação do casamento.

Não há uma definição que possa satisfazer a todos os regimes jurídicos, mesmo porque a evolução histórica e social do casamento traz novos elementos substanciais que alteram o conteúdo e a estrutura matrimoniais. De qualquer modo, é inegável que o casamento é uma convenção criada pelo homem para disciplinar o que foi criado pela natureza – a família. Esta recebeu da inteligência humana contornos sociais, culturais, filosóficos, psíquicos, morais, religiosos, econômicos, científicos e jurídicos; foi condicionada por solenidades, formas de constituição e de dissolução, direitos e deveres, regimes patrimoniais. De “conjunção do macho e da fêmea” a “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada”, o casamento já foi alvo de variadas definições. (SAAD, 2008, p. 04).

Visando evitar esta celeuma intelectual, insolúvel, opta-se por tentar encontrar uma conceituação para o casamento segundo o mesmo se encontra positivado no ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, evitam-se redundâncias e divagações, que muito embora de extrema relevância científica e quiçá humanitária, em nada corroboram com a objetividade a que este trabalho se propõe. Importante ressaltar que o legislador, atento às dificuldades já mencionadas, e à mutabilidade esperada do Direito, adaptando-se à sociedade, não estabeleceu conceito expresso do que seria o casamento no Código Civil de 2002, da mesma forma que não o fazem também o Código Civil Alemão, o Código Civil Italiano, o Código Civil Francês e o Código Civil Suíço, estes apenas a título exemplificativo. De forma oposta à esta tendência, o Código Civil Português apresenta uma definição para o casamento no artigo 1.577, qual seja: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

Pois bem. No Código Civil Brasileiro de 2002, a disciplina direta do casamento inicia-se no artigo 1.511 e vai até o artigo 1.582, tratando das seguintes temáticas: disposições gerais, da capacidade para o casamento, dos impedimentos, das causas suspensivas, do processo de habilitação para o casamento, da celebração do casamento, das provas do casamento, da invalidade do casamento, da eficácia do casamento, da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Ademais, cumpre-se ressaltar que outros tantos artigos também se prestam a cuidar, de forma indireta,

do casamento e das conseqüências advindas deste, a exemplo a da participação do cônjuge no regime sucessório. Alguns pontos importantes podem ser diretamente extraídos da dicção dos artigos já citados.

Dentre as disposições gerais, há que se ressaltar que “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (Art. 1.511, CC/02). Mais ainda, resta estabelecido que o casamento, antes visto como sacramento religioso, foi secularizado, sendo agora instituto de Direito Civil (Art. 1.512, CC/02), mesmo que ainda se faça possível a equiparação do casamento religioso mediante registro próprio e respeitadas as normas de Direito. Por fim, quanto ao momento da celebração do casamento (marco inicial da relação matrimonial), tem-se positivado que “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (Art. 1.514, CC/02).

Quanto à capacidade para o casamento, a regra é que “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil” (Art. 1.517, CC/02). No entanto, admitem-se exceções, a exemplo das hipóteses legais de casamento para os menores de 16 anos e a possibilidade de suprimento da autorização dos pais ou responsáveis pelo juiz.

Sobre os impedimentos legais para o casamento disciplina o artigo 1.521 que não podem casar: os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Note-se que há vedação legal expressa para que pessoas casadas contraíam novo matrimônio na constância do primeiro casamento; este ponto será melhor debatido posteriormente.

As causas suspensivas (art. 1.523, CC/02), por sua vez, e admitindo sempre prova em contrário, informam que não devem casar: o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos

herdeiros; a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

O casamento, via de regra, exige processo de habilitação prévio, mediante requerimento e com apresentação de documentos, podendo tal habilitação ser impugnada ou até mesmo dispensada, atendidos os requisitos legais. São listados também, uma série de normas e requisitos para que possa ser realizada a celebração do casamento, que, com todas as suas especificidades, é ato formal. Após a celebração é feito o registro, que é o principal meio de prova do casamento; caso falte ou seja perdido, serão admitidas outras provas que possam atestar a posse do estado de casados.

No capítulo referente à invalidade do casamento são tratadas as causas de nulidade (art. 1.548) e de anulabilidade (art. 1.550) do casamento. Segundo o Código Civil de 2002, o casamento é nulo se há infringência de impedimento; e anulável nas seguintes hipóteses: de quem não completou a idade mínima para casar; do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges; por incompetência da autoridade celebrante.

São definidos neste tópico ainda requisitos específicos, prazos para o requerimento, dentre outros ditames. Importante referir o consignado no art. 1.561, que falada boa-fé dos cônjuges quando da ocorrência de uma das hipóteses de nulidade ou anulabilidade; *ipsi literis*: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. §1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. §2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o

casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.” O assunto da boa-fé será melhor debatido em momento posterior face à sua importância para a presente pesquisa.

As disposições referentes à eficácia do casamento são de suma importância para o desenvolvimento da comparação a que se pretende chegar. É no §2º do art. 1.565 que se estatui que “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.” Por sua vez, no artigo seguinte são estabelecidos os deveres dos cônjuges, e no art. 1.567 é estabelecida a direção conjunta e colaborativa da sociedade conjugal por ambos os cônjuges, no interesse do casal e de seus filhos.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

Por fim, dispõe o Código Civil de 2002 sobre a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, informando como hipóteses para o fim da sociedade conjugal: morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial; pelo divórcio. Cuida o regramento de detalhar minuciosamente as questões referentes ao fim do casamento, divisão dos bens e situação dos filhos. Neste ponto, destacam-se os motivos que podem caracterizar a impossibilidade da manutenção do matrimônio:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I - adultério;
- II - tentativa de morte;
- III - sevícia ou injúria grave;
- IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V - condenação por crime infamante;
- VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Enfim, visto um resumo dos principais aspectos positivados acerca do casamento no Código Civil de 2002, há que se investigar a natureza jurídica do mesmo. Por conta da opção legislativa feita no sentido de não apresentar na Lei um conceito expresso para o casamento, se formaram ao longo da história pátria três principais correntes no sentido de estabelecer a natureza jurídica do casamento: a primeira seria a

corrente contratualista; a segunda, a corrente institucionalista; e uma terceira corrente, mista, que combinaria elementos das duas anteriores.

Segundo a primeira corrente, a contratualista, o casamento deve ser entendido como um contrato, posto a relevância assumida pelo elemento volitivo (vontade dos nubentes) em suas diversas etapas, tais como na formação, escolha do regime de bens, do nome a ser adotado pelos cônjuges, e da própria continuidade do matrimônio. Os autores que se filiam a esta corrente, a exemplo de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (1990), Ana Prata (1995), C. Massimo Bianca (1987), Eduardo dos Santos (1985), Colin e Capitant (1934) enxergam que, muito embora se diga que o “contrato” de casamento tenha caráter solene, com pressupostos rigorosos e interesse estatal envolvido, essas características não são suficientes para elidir a sua natureza como “negócio jurídico bilateral”. Os autores da primeira corrente, ademais, cuidam também da diferenciação entre os conceitos de “contrato” e de “negócio jurídico”, e da questão da redução da teoria contratualista apenas aos seus aspectos econômicos, o que prejudicaria o enquadramento do casamento dentro dos negócios jurídicos.

A segunda corrente, por sua vez, é aquela que defende que o casamento seria, em realidade, uma instituição, posto que se basearia, sobretudo, na mudança do estado civil dos nubentes, e nos reflexos sociais provocados por esta mudança. A exemplo de Maria Helena Diniz (2002) e de Arnold Wald (2002), os autores desta corrente enxergam que o casamento não poderia ser um contrato posto que os envolvidos não possuiriam liberdade para alterar a grande maioria das normas deste instituto, que podem ser vistas, desta forma, como normas de interesse público.

Deveras, difere o casamento, profundamente, do contrato em sua constituição, modo de ser, alcance de seus efeitos e duração. O contrato tem no acordo de vontade dos contraentes seu principal elemento, ao passo que, no matrimônio, a simples vontade dos nubentes não tem o condão de constituí-lo; requer necessariamente, a intervenção da autoridade eclesiástica ou civil para sancionar e homologar tal acordo. No contrato as partes estipulam livremente condições e termos, o que não se dá no casamento, porque as normas que o regulam não só limitam como chegam até a aniquilar toda autonomia da vontade; logo, os consortes não podem, de modo algum, adicionar cláusulas, disciplinar as relações conjugais e familiares de forma contrária à estabelecida em lei, salvo no que concerne aos interesses patrimoniais, embora limitadamente [...] Além disso, não pode ser dissolvido por mútuo consentimento ou pelo distrato, como ocorre no contrato; somente poderá ser resolvido

nos casos expressos em lei (CF, art. 226, § 6.º). Logo, o casamento é um estado matrimonial, cujas relações são reguladas por norma jurídica. (DINIZ, 2002, p. 44/45).

Já para a terceira corrente, mista, o casamento deve ser visto em seu duplo aspecto; desta forma, seria um contrato em sua formação, e instituição no que se refere à sua existência e à sua finalidade, mesclando os aspectos já apresentados pelas correntes anteriores. Marcel Planiol [...] e Sílvio Rodrigues (2002) são exemplos de autores que se filiam a esta corrente; Rodrigues (2002) enxerga o casamento como um “contrato de Direito de Família”, já que “o casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, mas que se completa pela celebração, a qual é ato privativo de representante do Estado”. (RODRIGUES, 2002, p. 22). Ou seja, teria que haver uma coincidência entre a vontade dos nubentes e a vontade do Estado (inexistência de impedimentos e atendimento aos demais requisitos legais) para que se possa cogitar a celebração do casamento, não sendo ele puramente nem contrato e nem instituição.

Mas do que se trata, fundamentalmente, nessas três concepções é, sim ou não, da liberdade dos cônjuges de romper a comunhão conjugal e dissolver o casamento, e do fundamento último dessa liberdade. Na concepção religiosa, essa liberdade está excluída, por o casamento ser uma instituição divina, perpétua, por isso. Na concepção contratualista, os cônjuges são livres de dissolver o vínculo matrimonial quando e como entenderem, porque são senhores, os dois únicos senhores, da sua comunidade conjugal. Na concepção social, os cônjuges poderão ter essa faculdade se o Estado lhe atribuir. E somente nos precisos termos e casos que ele definir e fixar. (SANTOS, 1985, p. 132/133).

Vistos os elementos fundamentais do casamento e as principais correntes doutrinárias acerca de sua natureza jurídica, deve-se passar ao estudo da união estável.

2.5.3 Da união estável – elementos conceituais

Considerando o fato de que as disposições legais atinentes à união estável já foram trabalhadas no tópico 6.2, aproveitar-se-á a abertura deste tópico para se debater aspectos doutrinários que ficaram pendentes e que se fazem indispensáveis na

construção de um arcabouço para que se possa debater as aproximações e as diferenças fundamentais entre casamento e união estável, para que, enfim, se possa perquirir se é válido o empréstimo supletivo de parte do (extenso) regramento dado ao matrimônio para a união estável ou se, em virtude das distinções dos institutos, tal importação mostra-se evitada de erros.

[...] é de todo natural que o legislador ordinário tenha tomado como ponto de partida os direitos do cônjuge, pela absoluta ausência na nossa legislação de outro modelo qualquer. [...] Tem-se aí grave erro de perspectiva, que enxerga a união estável não como entidade familiar diversa, mas como entidade familiar inferior ao casamento, quando o Constituinte não acolhe tal hierarquização. (SCHREIBER, 2017, p. 02).

Enquanto no que se refere ao casamento o Código Civil de 2002 cuida das disposições gerais, da capacidade para o casamento, dos impedimentos, das causas suspensivas, do processo de habilitação para o casamento, da celebração do casamento, das provas do casamento, da invalidade do casamento, da eficácia do casamento, e da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal em mais de setenta artigos específicos; para a união estável a legislação é bem menos extensa e criteriosa, contando com apenas cinco artigos, muitos dos quais contam com referências expressas aos artigos do título do casamento. No §1º do art. 1.723 há a transposição dos impedimentos do casamento para as uniões (o mesmo não ocorre com as causas suspensivas, por vedação do §2º do mesmo artigo), que caso se configurem entre pessoas impedidas de casar, a elas deve ser dada a pecha de concubinato, segundo dicção do art. 1.727.

Por sua vez, e em importante distinção, o art. 1.724 fala dos deveres dos companheiros: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Conforme já visto, os deveres do cônjuge são: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, e respeito e consideração mútuos. Evidente a intenção do legislador em dar efeitos distintos a formas relacionais distintas; fala-se do dever de fidelidade no casamento, enquanto na união estável a menção é a um dever de lealdade.

Seguindo ainda a sequência:

Com efeito, a união estável é, por definição, entidade familiar que prescinde do reconhecimento estatal. Sua constituição é espontânea

e progressiva, de modo que se afigura impossível delimitar temporalmente, de modo pontual, o seu “termo inicial”. Frequentemente nem os próprios companheiros têm plena consciência do momento em que passaram a conviver em união estável. Trata-se de uma situação jurídica de constituição fática, não-formal, que dispensa por completo a ação do Estado. (SCHREIBER, 2017, p. 02).

Tomando por base este aspecto, impossível se cogitar a atribuição de natureza contratual à união estável, posto inexistir um marco temporal exato que informe seu início. Não é para menos que a certidão de união estável se afirma como declaração, e não como ato constitutivo, posto que, por meio do documento, apenas se declara, para fins legais, a existência de uma relação pública, notória e duradoura no plano fático.

2.5.4 Vinculação entre monogamia e casamento – inaplicabilidade às uniões estáveis

Uma tendência atual no ordenamento brasileiro é aquela em que se equiparam institutos com intuito de suprir deficiências na construção dos mesmos e de seus regramentos jurídicos próprios. Ora, ignoram-se fatores característicos distintivos essenciais aos conceitos do próprio instituto para que se possa, de maneira mais ágil, menos burocratizada e excessivamente simplificada dar solução judicial a problemas pontuais que surgem das próprias relações entre os seres humanos. No que se refere à tendência judicial de equiparação às figuras do casamento e da união estável, justamente por conta da previsão legal de conversão da união estável em casamento contida no art. 1.726 do CC/02 e no §3º do art. 226 da CF/88, lúcida a opinião de Schreiber:

A igual hierarquia entre casamento e união estável não significa, contudo, equiparação plena entre as duas figuras. O núcleo conceitual da união estável, que assenta sobre a informalidade da união e a dispensa de qualquer chancela estatal, impede uma equiparação integral com o casamento, ontologicamente distinto e caracterizado pelo referendado do Estado em todas as suas etapas de constituição, característica que se reflete inevitavelmente sobre o seu desenvolvimento. O que se deve perquirir – e eis aí a questão central neste tema – é quais consequências jurídicas do casamento encontram sua ratio na chancela estatal e quais, ao contrário,

encontram sua razão de ser no convívio familiar dos cônjuges. Enquanto as primeiras não podem ser aplicadas à união estável, as últimas podem e devem, pois o convívio familiar é elemento comum a ambas as modalidades de família. (SCHREIBER, 2017, p. 02).

Desta forma, há que se buscar entender que, ao contrário do senso comum de ser a união estável uma forma de casamento com menos formalidades, ou mesmo um quase-casamento ou uma etapa de convivência até a formalização do casamento, ela é instituto diferente, com núcleo conceitual diferente, elementos diferentes e atendimento a requisitos diferentes. Sua normatização, portanto, não pode continuar sendo aquela que meramente acolhe e transpõe impedimentos, causas suspensivas, regimes de bens e outros regramentos pensados, *a priori*, para a figura do casamento. “Não é admissível nem tão pouco honesto do ponto de vista acadêmico, bem como da perspectiva jurídico-prática, simplesmente, transpor para a união estável as formulações seculares construídas em torno do casamento”. (SILVA, 2013, p. 132). Por conseguinte, serão vistos alguns pontos distintivos essenciais entre ambos os institutos, bem como os elementos nos quais estas formas relacionais se assemelham.

Conforme trabalhado em tópico anterior, ao contrário do que ocorreu com os impedimentos, causas suspensivas e regimes de bens, cujo regramento para as uniões estáveis faz expressa menção às consagrações legais destes institutos dentro do regime matrimonial, quanto aos deveres oriundos das distintas formas de conjugalidade, não houve mera transposição. No que se refere aos deveres dos companheiros, seriam eles lealdade, respeito e assistência, guarda, sustento e educação dos filhos; enquanto os deveres dos cônjuges são fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, e respeito e consideração mútuos. Ou seja, foram feitas algumas substituições, que a princípio podem parecer singelas, mas guardam consigo grande relevância.

No que se refere aos deveres dos cônjuges ou companheiros para com os filhos, note-se que é a mesma previsão legal em ambas as relações, quais seja a guarda, o sustento e a educação dos filhos. Isso porque a família se subdivide em dois grandes grupos relacionais: de conjugalidade e de parentalidade; alterações na conjugalidade não devem interferir nas relações parentais entre quaisquer dos

genitores e seus filhos. Portanto, qualquer que seja a forma de relação conjugal *lato sensu*, a situação de parentalidade, e as obrigações decorrentes desta não devem se alterar.

Um outro ponto interessante é que a previsão referente à construção de um domicílio conjugal e da coabitação neste só é dever positivado dentro do casamento, não tocando o regramento da união estável. No entanto, verifica-se, cada dia mais, e mesmo dentro do casamento, o dever de coabitação vem sendo mitigado pelas próprias contingências da vida, como bem informa Lobo:

[...] da realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viver em residências separadas, especialmente quando saídas de relacionamentos conjugais, ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais. A estabilidade da convivência não é afetada por essa circunstância, quando os companheiros se comportarem, nos espaços públicos e sociais, como se casados fossem. (LÔBO, 2011, p. 172 e 173).

Acertada, portanto, a ausência deste dever como necessário à configuração das uniões estáveis; no entanto, a coabitação pode e deve ser entendida como mais um indício, forte, de que aquela relação em exame intenciona ser família, e merece proteção como tal, mais ainda por não ser obrigatória por lei.

Quanto ao respeito e assistência (incluída aí a consideração mútua também como dever oriundo do casamento), são estes, de fato, elementos essenciais para a configuração e manutenção de uma relação conjugal, qualquer denominação que ela receba. Por outro lado, necessário que se ressalte que, *a contrário sensu*, também se enxerga que em diversas relações, muito embora eivadas de toda a legalidade e formalidade exigidas, não há respeito a tais deveres, inexistente respeito e assistência entre cônjuges ou companheiros, havendo em realidade ambiente hostil e de violência.

Atento a isso, o legislador pátrio editou a Lei nº 11.340/2006, a famigerada Lei Maria da Penha, que intentou criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Desta forma, são desenvolvidas políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, consoante dicção da própria Lei. É importante notar que

mesmo uma violação grave de um dever conjugal, tais como o respeito e a assistência são, não leva ao fim legal da relação, ou mesmo à proibição de sua continuidade, por violação *lato sensu* do dever de respeito.

Por fim, um último dever previsto no casamento é o da fidelidade recíproca, que para a união estável é substituído pelo dever de lealdade. De pronto, fidelidade e lealdade não são sinônimos, e nem devem ser enxergados como tal. O dever de fidelidade deve ser visto como sendo a real expressão jurídica da existência de um “princípio da monogamia” (ou seria dever de monogamia exógena?) dentro das relações matrimonializadas. A fidelidade se refere à exclusividade da prática sexual entre os parceiros, da qual decorre a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento, com a legitimidade da prole e a correta transmissão dos bens por sucessão. Por conta disso, a fidelidade feminina sempre foi exigida, posto que não existem dúvidas quanto à maternidade de uma criança nascida do próprio ventre, mas quanto à paternidade elas sempre podem existir.

Mesmo dentro da esfera do casamento, há que se investigar se é possível a manutenção de um dever conjugal que, para sua verificação, implica na violação do art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização, pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, como bem aduz Lôbo (2010, p. 136). A prova da (in)fidelidade conjugal normalmente se faz por meio do sacrifício da intimidade, com incursões investigatórias que afetam também a vida privada, a honra e a imagem dos envolvidos. Ademais, com a revogação dos dispositivos legais que cuidavam da questão da culpa na separação conjugal, a exemplo do art. 1.572 do Código Civil de 2002, e de sua conseqüente penalização, perde-se o sentido em se atribuir à fidelidade a característica de dever, por ausência de sanção.

O dever de fidelidade reduziu-se, nessa toada, a mero dever moral, pois não há que se falar em dever jurídico se do seu descumprimento não decorre uma sanção. A bem da verdade, tanto a monogamia quanto o dever da fidelidade conjugal se resumem a valores morais e culturais, que não devem ser elevados à categoria de institutos com efeitos jurídicos, não cabendo ao Estado perquirir acerca da fidelidade dos cônjuges ou mesmo da sua escolha quanto à forma de se relacionar enquanto família. (VERAS, 2013, p. 24).

Em mesmo sentido:

A fidelidade ou a infidelidade é uma escolha pessoal, insuscetível do controle do Estado e do Direito, e negar direitos, considerando-se o comportamento fiel ou infiel na família, é retroceder e ignorar conquistas históricas, como o abandono da discussão da culpa na separação. (FIUZA; POLI, 2015, p. 11).

Mas correto, portanto, seria a consideração de que um dever à lealdade é o mais condizente no âmbito das relações amorosas e afetivas humanas. A lealdade, por sua vez, pode ser vista como uma verdadeira fidelidade aos compromissos assumidos. Ora, como diria um famoso dito popular “o combinado não sai caro”; cabe às pessoas envolvidas na relação acordarem os termos desta. Havendo mútuo acordo, respeito, honestidade e compromisso de todos os envolvidos, não há justificativa para uma desmedida interferência estatal no âmbito da intimidade das relações conjugais. Se há uma convergência de opiniões de um casal monogâmico no sentido de não sentirem necessidade da estrita fidelidade, o Estado deveria respeitar essa decisão; da mesma forma, pode ser acordado que em uma relação poliafetiva seja necessária a fidelidade de todos os companheiros entre si. O que importa, primordialmente, é o que as pessoas envolvidas na relação decidiram por meio de conversas e acordos que devem permanecer na seara da intimidade destas relações. Por isso, correta e justa a previsão legal deste dever de lealdade dentro do âmbito das uniões estáveis, devendo o mesmo pensamento ser aplicado para as relações matrimonializadas, porquanto mais coerente com a atual situação das famílias e da própria sociedade.

2.6 STATUS JURÍDICO DA MONOGAMIA

Perpassado o debate sobre a diferenciação do casamento e da união estável como formas de conjugalidade aptas, cada uma a seu jeito, a originar núcleos familiares, há que se retornar ao debate acerca da monogamia e o seu papel dentro do ordenamento jurídico brasileiro após a edição da Constituição Federal de 1988 e de todos os princípios nela inscritos, explícitos ou implícitos. Verificar-se-á o atual status da monogamia, se princípio implícito ou se valor do ordenamento, mas sem carga principiológica. Sobre a possível natureza principiológica da monogamia:

Um princípio que regia o Direito de Família como direito matrimonial – posto que o sistema reconhecia como família apenas aquela fundada no casamento – pode ter a mesma força e expressão, quando o leque de tutela da família ampliou-se para bem além do casamento? Permanece hígido o princípio como antes da virada do Direito de Família, que ganhou especial visibilidade no texto constitucional? (SILVA, 2013, p. 151).

Não se pode negar que quando o matrimônio era o único meio legitimado juridicamente para a constituição das famílias (o que ignorava, inclusive, toda a realidade social ao redor), havia sentido em se referir a um princípio da monogamia, corolário do dever conjugal de fidelidade recíproca, posto que havia apreciação da culpa por violação desse dever. Ocorre que na atualidade, não faz mais sentido que se cogite o matrimônio como forma única, ou mesmo superior, de constituição de uma conjugalidade, não se devendo, portanto, transpor os seus limites e restrições para as demais formas de conjugalidade não matrimonializadas, conforme já foi visto em diversas passagens desta obra.

Note-se que a afirmação da monogamia e de seu caráter principiológico é resquício de toda uma construção histórica, pautada sobretudo pela dominação masculina, pela legitimação dogmática da assimilação pelo Direito Civil do Direito Canônico e pela criação de lugares de não-direito, aos quais diversas mulheres, sobre a alcunha de concubinas foram (e ainda são) relegadas. Ticiania Barradas Carneiro (2018, p. 116/117) entende que diversos fatores devem ser considerados quando da análise da recepção da monogamia no mundo ocidental, tais como: a notoriedade da existência de um maior número de mulheres do que de homens; a alta taxa de mortalidade dos homens decorrente das guerras, crimes violentos, acidentes com vítimas fatais e todas as situações nas quais reste demonstrada a prevalência de ocorrência com homens; e a desigualdade entre os sexos oriunda do patriarcado.

Há que se repensar o Direito atento aos novos paradigmas, que vem sendo conquistados e expandidos diariamente. Desta forma, não se pode ignorar o processo emancipatório feminino, a pluralidade das formas familiares e a luta pela igualdade de direitos destas, a laicização do Estado e a necessária limitação da interferência do poder estatal nas relações de intimidade.

Em relação à conjugalidade, a modernidade foi mais tardia. O matrimônio, no Estado moderno, ainda carregou fortes marcas canônicas e com enorme dificuldade é que experimenta a secularização que alcançaram, rapidamente, os demais ramos do

direito. No Brasil, ainda que com certo retardo, desde o segundo quadrante do século XX, mediante grandes embates, a regulação das relações conjugais vem desvencilhando-se de seu invólucro religioso, para encontrar seu fundamento ético na tábua axiológica dos valores e princípios fixados pela Constituição. (SILVA, 2013, p. 186).

Na esteira do proposto por Silva (2013), objetiva-se repensar a monogamia diante do pacto constitucional, e de sua principiologia orientada sob as perspectivas do personalismo e do solidarismo. Para tanto, verificar-se-á a adequação e possibilidade de coexistência em um mesmo ordenamento de um dito “princípio” da monogamia com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da pluralidade, da liberdade e da democracia, estes a título exemplificativo.

Parte-se da premissa, ou, ainda melhor, da suspeita/hipótese de que a monogamia – submetida à prova dos princípios constitucionais incidentes sobre o ordenamento como um todo, o que inclui as situações subjetivas existenciais de natureza familiar – não pode ser carreada pura e simplesmente para o âmbito do direito civil contemporâneo, nem tão pouco subsiste como princípio estruturante do estatuto jurídico da família. (SILVA, 2013, p. 188).

Mais ainda, considerar a monogamia como fundamento moral das relações conjugais é partir de uma premissa, inverídica, de que todos os que vivem sobre o regime poligâmico nos países do Oriente, muçulmanos, ou mesmo nos países ocidentais (mesmo que a lei não autorize ou lhes conceda direitos) seriam imorais ou amorais. Desta forma, há que se ponderar se não seria mais adequado enxergar a monogamia endógena não como princípio, mas sim como elemento de longa duração das famílias ocidentais, conforme orienta Ruzyk (2005, p. 101), tendo em vista também que:

[...] tomar o princípio jurídico da monogamia como um ‘dever-ser’ imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade. (RUZYK, 2005, p. 197).

Maria Berenice Dias assinala uma possível consequência paradoxal da manutenção da monogamia com aspecto principiológico em simultaneidade com os demais princípios constitucionais, que reconhecem a existência de famílias não matrimonializadas, e mesmo a possibilidade de ocorrência de simultaneidade familiar.

Pretender elevar a monogamia a status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando a simultaneidade das relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um ou, pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito do parceiro infiel. [...] Essa solução, que vem sendo apontada pela doutrina e aceita pela jurisprudência, afasta-se do dogma maior de respeito à dignidade da pessoa humana, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à ética. (DIAS, 2010, p. 60).

Em mesmo sentido:

Conclui-se então que a monogamia tendo status de princípio ou não, acaba sendo mitigada por diversos fundamentos. Seja pelo enriquecimento sem causa, por não estar disposto expressamente na Constituição Federal ou por não poder ser regra ou princípio que inviabilize direitos. Com a separação da Igreja e Estado percebe-se a laicização do mesmo, que não pode se valer de regras intrínsecas a seus valores e culturas para aplicar a todos os cidadãos sem vislumbrar, ao menos, o caso concreto bojo da problemática. (MENDONÇA, 2018, p. 120).

Desta forma, opta-se por tratar das possíveis relações entre a monogamia e os demais princípios constitucionais que regem as relações familiares, sempre se atentando às peculiaridades das situações de vida nas quais estão imersas as pessoas.

2.6.1 Monogamia x dignidade da pessoa humana

Debater a questão da dignidade da pessoa humana é tarefa das mais delicadas hodiernamente, posto que a dignidade é princípio que se identifica diretamente com a própria condição humana. A dignidade não se põe a cuidar de uma dimensão, ou de uma faceta da existência, tal como outros princípios e direitos fundamentais mais especificados e delimitados (a exemplo da honra, imagem, dentre outros), restando a ela proteger a própria condição do 'ser' humano. Inclusive, a dignidade se encontra positivada no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência, e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". (ONU, 1948) Conforme entende Sarlet (2004), a dignidade deve ser enxergada como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2004, p. 59/60).

Tal pensamento faz-se possível a partir de uma proposição que une em si mesma, e, portanto, na dignidade, duas dimensões de direitos fundamentais: a dimensão negativa, de não interferência estatal, com a dimensão positiva, eminentemente prestacional, conforme informa Steinmetz (2004, p. 116). Ou seja, o Estado, para além de reconhecer e respeitar a dignidade inerente das próprias pessoas (e sua autonomia), deve oferecer meios para que essa dignidade seja promovida e efetivada; ela deve ser enxergada, simultaneamente, como limite para o exercício dos poderes externos, mas também como fundamento da própria República.

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (TEPEDINO, 2001, p. 48).

Desta forma, e enxergada a dignidade da pessoa humana como verdadeiro fundamento da República, há que se questionar se a manutenção do entendimento da monogamia como princípio do ordenamento brasileiro não estaria afrontando a dignidade das pessoas que, conscientemente e voluntariamente, optam por formar e conduzir suas relações conjugais segundo um paradigma não-monogâmico. Pensamento interessante é aquele apresentado por Rodrigo da Cunha, ao enxergar a monogamia como princípio a ser ponderado com a dignidade da pessoa humana nos casos concretos; assim refere o autor:

É a relação conjugal composta por apenas duas pessoas, seja homem/mulher, homem/homem ou mulher/mulher. [...] É um princípio jurídico organizador das relações conjugais, e funciona como um interdito proibitório para viabilizar e organizar determinados ordenamentos jurídicos. Contudo, deve ser ponderado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Por exemplo, não pode prevalecer o princípio da monogamia, e com base nisso negar

direitos a uma família simultânea. Não respeitar o princípio da dignidade humana, nesses casos, é repetir o mesmo discurso hipócrita e moralista que excluiu pessoas do laço social, condenando-as à invisibilidade, como ocorria com os filhos ilegítimos havidos fora do casamento, denominados até a CR de 1988 de ilegítimos. (PEREIRA, 2017, p. 515).

Repita-se, a monogamia deve ser vista como corolário das relações matrimonializadas, não devendo o seu regramento ser transposto para as demais relações de conjugalidade fora da esfera matrimonial. Note-se a transição paradigmática da família-instituição, que devia ser protegida como fim em si mesma, para a família-instrumento, de promoção da dignidade, da personalidade, da individualidade de seus membros e da solidariedade e afeto entre estes. Com isso, pode-se vislumbrar a importância da repersonalização das relações familiares, que deve ser tida como vetor de apreciação do corpo normativo infraconstitucional já posto, sempre tendo como base a avaliação da adequação do regramento existente face à primazia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

[...] a legislação infraconstitucional somente pode impor restrições às garantias individuais e sociais se, e somente se, tais restrições encontrarem justificativa no próprio princípio da dignidade humana, torna-se imprescindível a interpretação conforme a Constituição de todo e qualquer texto de legislação infraconstitucional. Esta premissa traz implicações e impõe releitura de textos legais que são tomados, frequentemente, para reforçar a regra da monogamia e impor a exclusão de tutela a certas pessoas que integram núcleos familiares resultantes de conjugalidades simultâneas. (SILVA, 2013, p. 259).

Assim, deve-se problematizar, mais uma vez, a questão dos impedimentos matrimoniais e de sua cega transposição para o regramento das uniões estáveis. Lôbo (1988) entende que “[...] boa parte dos impedimentos matrimoniais não tem as pessoas, mas o patrimônio dos cônjuges como valor adotado”. (LÔBO, 1988, p. 65) Desta forma, não seria coerente a manutenção destes impedimentos face à repersonalização do Direito das Famílias, que pugna que a finalidade máxima da proteção dada pelo Direito sejam as pessoas, e não mais o patrimônio. Tal incoerência se dá devido ao fato de que, muito embora o Código Civil tenha tido vigência em 2002, momento posterior à edição da Constituição Federal de 1988, sua elaboração deu-se no princípio da década de 1970, passando ele apenas por ajustes no sentido de evitar flagrantes inconstitucionalidades, vez que elaborado em momento prévio à atual principiologia constitucional.

Sobre a importância dada ao casamento e ao seu regramento pelo Código Civil de 2002, em desprestígio da união estável e das demais formas relacionais, Silva (2013) é incisivo:

[...] o critério último não é a proteção da dignidade da pessoa humana. A marca distintiva deste critério é a desigualdade, posto que privilegia a titularidade de uma dada relação jurídica e desconsidera totalmente outra situação subjetiva coexistencial que, sociologicamente, é configuradora de relação familiar. Verifica-se, em consequência, a ausência de respeito ao outro em sua integridade moral, mormente, porque em termos jurídicos recebe a alcunha de concubino, ou melhor, e mais especificamente, de concubina. Impera a desclassificação da pessoa. Logo, ofensa a sua dignidade. A autonomia privada que deveria ser prestigiada e maximizada quando exercida em situações subjetivas existenciais, sofre a indevida intromissão do Estado, por meio de regras que de forma injustificada limitam o direito à livre conformação das entidades familiares, o que em última instância cria as condições de alienação e marginalização social. (SILVA, 2013, p. 267).

Desta forma, enxerga-se que a transposição dos impedimentos matrimoniais levada a cabo pelo §1º do art. 1.723 do CC/02, bem como o exposto enquadramento das relações que se desenvolvem alheias aos impedimentos matrimoniais (art. 1.727, CC/02) como concubinárias é ato atentatório à dignidade da pessoa humana, por violar espaço de intimidade, comunhão de vida e afeto, relações familiares estas precipuamente privadas, que merecem especial proteção estatal, inclusive, de acordo com previsão constitucional do art. 226, CF/88.

Neste cenário, entende-se que a formação da família de maneira digna é direito humano a ser respeitado e protegido pelo Estado, sobretudo, como meio de permitir o desenvolvimento pessoal e social a cada membro da família, sem qualquer discriminação, em relação ao formato ou forma de constituição da entidade familiar, hetero, homo ou poliafetiva. (VIEGAS, 2017, p. 131).

A monogamia, conforme construção histórica e social, deve ser apreciada e considerada dentro da relação de casamento, não podendo/devendo ser transposta para as demais relações conjugais, sob pena de violação da dignidade das pessoas que optam por constituir suas famílias de forma diversa, mas sempre pautadas nos princípios do afeto, da solidariedade, e da honestidade, dentre outros. A elevação da dignidade a fundamento da República demonstra a necessidade de respeito e proteção das individualidades, por meio do desenvolvimento livre da personalidade, que só pode ser alcançado caso o Estado se abstenha de interferir na comunhão da

vida privada, ao mesmo tempo que propicie ferramentas de reconhecimento e efetivação das formas familiares amparadas pela pluralidade.

2.6.2 Monogamia x solidariedade

A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, outros princípios, decorrentes deste, ganharam lugar de destaque dentro do ordenamento jurídico. Pode-se destacar o princípio da solidariedade como um dos principais corolários da dignidade, devendo ser entendido como um dever jurídico imposto a todos os cidadãos.

O princípio da solidariedade não se confunde com a fraternidade humana, comum entre os agrupamentos humanos em razão de afinidades religiosas, ideológicas, esportivas e outras. Numa sociedade marcada pelas diferenças, pelo pluralismo cultural, pela diversidade de concepções de vida, o princípio da solidariedade sobressai como comando constitucional de respeito à diferença, de tal sorte que seja possibilitada coexistência pacífica dos diversos grupos, e, mesmo entre si, cada um dos seres humanos com suas idiossincrasias, sendo todos percebidos com igual dignidade. (SILVA, 2013, p. 269).

Por meio do entendimento do princípio da solidariedade, pode-se entender que a existência e o reconhecimento das relações não-monogâmicas dentro do ordenamento brasileiro não intentam extinguir a monogamia, de forma alguma. Pelo contrário: busca-se apenas a legitimação para uma outra realidade social já existente, e que, por ausência de previsão normativa e por conta de uma elevada carga de preconceito, acaba gerando lugares de exclusão, com a marginalização dos envolvidos que, muitas vezes, deixam de ter acesso à direitos básicos decorrentes da própria relação. Note-se que esta escolha em não reconhecer as relações não-monogâmicas como família, ou mesmo a escolha em considerar a legislação atinente ao casamento como centro do Direito das Famílias e usá-la como base para todas as demais relações, é voluntária, fruto de uma opção de natureza jurídico/normativa.

Desta forma, tem-se que a manutenção do entendimento de que o casamento seria uma forma última, superior, de conjugalidade é o que origina toda a carga negativa

atribuída às demais entidades familiares, o que leva à marginalização das pessoas que se encontram nas relações não matrimonializadas. Enxergar a união estável como um “casamento simplificado”, ou mesmo como um “passo para o casamento”, ou que as famílias monoparentais são sempre oriundas do abandono de um dos parceiros, ou mesmo que as famílias concubinárias seriam sempre aquelas formadas mediante a existência de algum impedimento ou vício é a prova real de que a solidariedade não vem sendo respeitada.

Ademais, conforme já foi visto, o concubinato no Brasil deve ser entendido como produto histórico de uma colonização amparada em bases machistas, racistas e de cunho excessivamente opressor e marginalizador dos excluídos socialmente. Necessária se faz, portanto, intervenção estatal, não no sentido de limitar ou retirar direitos daqueles que já não os tem, mas de expandir a proteção normativa para acolher àqueles que são vitimizados e revitimizados ao formarem núcleos familiares pautados pela informalidade e pela prevalência da necessidade. Sobre a manutenção do concubinato no texto do Código Civil de 2002, e sua inadequação à principiologia constitucional, Maria Berenice Dias (2010, p. 173) assevera: “[...] nitidamente punitiva a postura da lei, pois condena à invisibilidade e nega proteção jurídica às relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças [...]”.

Desta forma, e em respeito ao princípio da solidariedade, não soa razoável que a manutenção da monogamia dentro do ordenamento pátrio funcione como óbice para o reconhecimento e concessão da tutela jurisdicional e da proteção estatal àquelas pessoas que se encontram em relações que não se submetem voluntariamente ao dogma monogâmico. “O princípio da solidariedade dirigido ao fim da transformação social e da promoção da pessoa humana não admite o *discrímen* consagrado no art. 1.727 do Código Civil.” (SILVA, 2013, p. 275). Assim, imperioso o reconhecimento da possibilidade de existência simultânea de relações monogâmicas e não-monogâmicas dentro de um mesmo sistema jurídico, devendo ser dado tratamento distinto para as conjugalidades distintas, entendidas suas particularidades, em claro atendimento à solidariedade constitucionalmente exigida, do respeito às diferenças e do pluralismo das formas familiares.

Ainda em se tratando de solidariedade, há que se vislumbrar a boa-fé como efetivação da solidariedade social, conforme preceituam Farias e Rosenvald (2015, p. 109). A decorrência lógica deste reconhecimento da boa-fé como princípio geral do direito é o fato de que esta pode ser utilizada de forma a se tornar uma limitação da conduta do particular; há o estabelecimento de um padrão ético de conduta. Desta forma, há que se notar a importância do reconhecimento da boa-fé dentro das relações intersubjetivas, sobretudo no Direito das Famílias. Sobre o tema da boa-fé, em específico, será tratado em momento posterior, quando forem abordadas as diferenças entre as relações monogâmicas e não-monogâmicas.

2.6.3 Monogamia x igualdade

Quando se busca referir à igualdade, não se pode deixar de retomar o pensamento de Kant (2008), tratado em tópico anterior, para quem a igualdade dentro da relação conjugal deveria ser entendida como igualdade de posse recíproca dos cônjuges e igualdade na posse dos bens, o que demonstra o caráter extremamente materialista (porém, adequado à época). O mesmo autor também referia que o fato de o homem ser o senhor da relação, por conta de sua natural superioridade, não atentava à igualdade dentro da relação, posto que bem definidos os papéis dentro da conjugalidade. Hannah Arendt (2001, p. 41), de forma muito lúcida, entende que “a família era o centro da mais severa desigualdade”.

Pois bem, tal pensamento não mais se justifica. Atualmente, em virtude da consagração constitucional da igualdade, não há mais tal funcionalização e divisão de papéis dentro de uma relação. A igualdade de gêneros, para além de mera igualdade formal, deve ter seu conteúdo material reafirmado diariamente, daí a importância dos movimentos sociais feministas, que lutam pelo reconhecimento do espaço das mulheres na sociedade, pela reafirmação de seus direitos e pelo fim da violência de gênero. Por sua vez, e conforme já foi visto, a monogamia sempre foi utilizada como ferramenta de dominação, posto que desde seu surgimento sempre foi obrigatória apenas para as mulheres, sendo o casamento monogâmico espaço de despotismo e submissão. Gischkow defende que “a plenitude de igualdade dos

cônjuges não significa completo abandono de uma certa preocupação protetiva no tocante à mulher, quando necessário, em face das desigualdades socioeconômicas ainda persistentes”. (PEREIRA, 1993, p. 131).

Neste ponto, uma necessária consideração deve ser feita: muito embora se defenda a mínima intervenção estatal no que se refere à constituição das diversas formas de relações familiares, deve o Estado manter-se atento à possíveis violações à igualdade material no interior das famílias, qualquer que seja sua conformação. Não há como se afirmar que determinada forma familiar, monogâmica ou não, traz no seu íntimo maior propensão à uma desigualdade entre os consortes; tal pensamento se dá no lugar comum oriundo do preconceito propagado contra as uniões não monogâmicas. A desigualdade de gêneros, e a violência decorrente desta, pode existir em qualquer família, e deve ser combatida, inclusive com a possibilidade, e dever, de intervenção estatal nos casos mais graves. A igualdade entre os gêneros deve ser buscada, de forma que não hajam mais papéis pré-definidos dentro da relação.

O princípio da igualdade, no Estado democrático de direito, constitui elemento sine qua non ao objetivo posto à República: erradicar a marginalização. [...] a predominância da regra da monogamia tem-se prestado a intensificar a desigualdade e fundamentalmente, a marginalização da mulher em situação de vulnerabilidade socioeconômica. (SILVA, 2013, p. 295/296).

Mais ainda, por meio do princípio da igualdade, sobretudo em sua vertente de igualdade material, tem-se a necessidade de dar tratamento desigual àqueles que se encontram em situação de desigualdade, sem que isso seja visto como violação ao próprio princípio. Em mesmo sentido, Ferreira Filho (1990, p. 243) chega a afirmar que este tratamento distinto é exigência do próprio conceito de Justiça, ou seja, afirma a necessidade das ações afirmativas como real forma de se tentar alcançar a igualdade.

O princípio da igualdade, pois, traduz a máxima de que a Lei deve tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, podendo assim resguardar juridicamente os interesses da sociedade como um todo. Tal preceito se mostra importante para o reconhecimento da família poliafetiva, que não pode ser discriminada apenas pela escolha de um arranjo familiar fora dos padrões convencionais esperados. (VIEGAS, 2017, p. 139).

Desta forma, considerando a desigualdade existente entre famílias que se formam sob o paradigma monogâmico daquelas que o rechaçam, justifica-se a necessidade de tratamento diferenciado, por meio de regramentos distintos, para ambas as formas familiares. A desigualdade de tratamento que se propõe, neste caso, deve ser vista como real ação afirmativa na busca da efetivação dos direitos oriundos da própria personalidade e da dignidade dos indivíduos insertos nesta realidade social.

2.6.4 Monogamia x pluralidade

A partir da compreensão de que todos são (e devem ser) iguais dentro das relações familiares, deve-se fazer uma importante distinção: muito embora as pessoas devam ser vistas como iguais entre si, o mesmo não se pode transpor para as famílias: as famílias, mesmo aquelas formadas de acordo com um mesmo método constitutivo, não são iguais entre si; cada família possui suas peculiaridades, que devem ser levadas em conta sempre na análise de suas relações internas e com a sociedade exterior. O princípio da pluralidade familiar prega que existem diferentes formas de se constituir família, e que todas essas formas devem ser igualmente reconhecidas e protegidas, por serem espaço de realização pessoal de seus membros. Recorde-se que a família deixou de ser vista como instituição fim em si mesma para ser encarada como espaço de comunhão de afeto e de exercício da dignidade das pessoas. Não é para menos que há uma notável tendência em se referir a um Direito das Famílias (e não de Família), em uma singela demonstração de que devem ser acolhidos e protegidos os diversos tipos de conformação familiar. “Merecerá tutela jurídica e especial proteção de Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes”. (TEPEDINO, 2001, p. 329).

Não se pode mais falar “na família” como elemento abstrato e generalizador frente às mudanças sociais trazidas pela Constituição Federal de 1988, que consagrou a pluralidade das entidades familiares. Conquanto não há mais um modelo único, também não se pode continuar a enxergar uma hierarquização dos tipos familiares; o pluralismo familiar é justamente o princípio que sustenta a tese de que a forma

matrimonializada não é a forma paradigmática, última, perfeita ou qualquer outro adjetivo que vise atribuir ao casamento maior dignidade ou maior proteção do que às demais entidades familiares. Ademais, outro ponto importante apontado por Lôbo (1989) é o fato de que o rol de famílias elencado pelo artigo 226 da CF/88 é meramente exemplificativo, não sendo, portanto, excludente das demais formas familiares que possam vir a existir; ademais, tal entendimento já foi apontado também pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4.277 e da ADPF 132, ao reconhecer a possibilidade de união estável entre pessoas de mesmo sexo (a diversidade de sexos era requisito consignado no § 3º do art. 226, CF/88).

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter 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 compromissos mútuos. (DIAS, 2010, p. 49).

Ou seja, no que se refere ao reconhecimento e proteção das famílias, o princípio da pluralidade faz com que não mais se valore a estrutura da entidade familiar, mas sim sua função, como espaço afetivo e de desenvolvimento humano. Correlacionando isto com a monogamia, tem-se ainda mais evidente de que esta não pode mais ser tida como princípio dentro do ordenamento brasileiro, posto que sua aplicação indistinta a todos os núcleos familiares é ferramenta de exclusão de diversos tipos de família que optam pela não adoção do paradigma monogâmico, a exemplo das famílias poliafetivas ou mesmo das famílias simultâneas.

[...] o livre exercício da autonomia privada, a observância da preservação da dignidade e do livre desenvolvimento são bastantes para atrair a proteção do Poder Público para a entidade familiar, não cabendo mais ao Estado aquele antigo papel de impor certo modelo de família. Admitida a pluralidade familiar pelo constituinte brasileiro, não pode o Direito Civil negar as novas formas de convivência intersubjetiva, pois, cuida-se antes de tudo de uma realidade sociológica que precede o direito. (VIEGAS, 2017, p. 141).

Conforme apontado por Silva (2013, p. 293), o fundamento último da monogamia não é a proteção da dignidade humana ou mesmo das pessoas envolvidas na relação conjugal, e sim a transmissão do patrimônio e a garantia da linhagem masculina. Considerando a mudança no pensamento de parcela significativa da sociedade, e no próprio Direito Civil, face à principiologia constitucional, é possível que se continue a admitir que uma regra de caráter eminentemente patrimonialista e

machista continue a limitar a plena realização da dignidade das pessoas que não se encontram moralmente submetidas a este dogma? É possível condicionar a busca pela felicidade no ambiente familiar à obediência cega do “princípio” da monogamia; ou estaria a sociedade abrindo-se à (nem tão) novas formas familiares que prezam pela realização pessoal por meio do (mais) livre exercício da afetividade? Após toda a construção realizada ao longo deste capítulo, não devem mais existir dúvidas quanto às respostas que devem ser dadas à estas perguntas.

2.6.5 Monogamia x autonomia privada

Para que se possa falar em autonomia privada, há que se recorrer, ainda que de forma breve, à evolução dos conceitos de liberdade e autonomia, apontando suas ressignificações históricas. Desta forma, conceitua-se a liberdade como a propriedade que o homem tem sobre si mesmo. John Locke enxerga a liberdade como sendo a capacidade que o indivíduo tem de “dispor e ordenar, conforme lhe apraz, a própria pessoa, as ações, posses e toda a sua propriedade, dentro da sanção das leis sob as quais vive, sem ficar sujeito à vontade arbitrária de outrem, mas seguindo livremente a própria vontade”. (LOCKE, 1983, p. 298). A primeira noção que se tem quando se trata de liberdade é justamente a contratualista, muito ligada às questões patrimoniais, trabalhada por Locke na vinculação entre Estado, liberdade e propriedade.

No entanto, é preciso que se enxergue a liberdade por outro viés, focado na personalidade e nos direitos inerentes à esta. Em Kant é possível encontrar uma maior vinculação da liberdade com a dignidade e a autonomia dos indivíduos, no sentido de autorregulação. Em sua *Metafísica dos Costumes* pode-se ler que: “uma pessoa é um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas. A personalidade moral não é, portanto, mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais. [...] Disto resulta que uma pessoa não está sujeita a outras leis senão àquelas que atribui a si mesma. (KANT, 2008, p. 66). Em mesmo sentido, Cabral (2004, p. 90) entende que “autonomia significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se esteja submetido a imposições

de ordem estranha.” Desta forma, por meio do reconhecimento da autonomia, cada indivíduo teria a possibilidade de agir com independência moral e intelectual; a autonomia seria corolário da própria liberdade.

Do conceito de liberdade, derivou-se o de autonomia, como liberdade de auto regulação. A autonomia, por sua vez, pode ainda ser subdividida em duas vertentes, com base na apreensão histórica do instituto. A primeira a aparecer foi a autonomia da vontade, elemento de destaque da teoria contratual clássica do século XIX. Cláudia Viegas (2017, p. 146) destaca que o princípio da autonomia da vontade era marcado por seu forte caráter político e ideológico, elevando o indivíduo, agora sujeito de direitos, a um status central nas relações sociais. No entanto, e por conta da demasiada abstração do princípio, que culminou nas bases da criação da teoria da igualdade formal, ele foi perdendo força, face ao crescente reconhecimento de que existiam desigualdades que não podiam ser superadas pelo mero reconhecimento de uma igualdade formal no âmbito contratual. Pelo contrário, afirmar que havia igualdade gerava ainda mais desigualdade e injustiça social. Desta forma, é relativizado o dogma da vontade.

Desse modo, a decadência do liberalismo e o surgimento da sociedade de massas, na maior parte dos países ocidentais, exigiram a reformulação do princípio da autonomia da vontade que, adaptado à nova realidade, passa a ser chamado de autonomia privada, cuja liberdade se mostra bem mais restrita pelo Estado se comparado ao século XIX. (VIEGAS, 2017, p. 147).

Não se pode confundir, portanto, autonomia da vontade com autonomia privada. Martins Costa (2002, p. 614/615) diferencia os institutos ao afirmar que a autonomia da vontade seria a construção jurídica voltada à oposição dos excessos do liberalismo, enquanto a autonomia privada é o poder conferido aos particulares de regularem seus próprios interesses dentro dos limites estabelecidos pelo Estado. Viegas (2017, p. 148) complementa, ao afirmar que a autonomia privada resultou justamente das (necessárias) modificações sofridas pela autonomia da vontade, por conta das transformações socioeconômicas da transição do Estado Liberal em Estado Social.

Essa noção de autonomia privada, como liberdade de auto regulação dentro dos limites do ordenamento, não pode ser perdida de vista frente à ressignificação do Direito Civil brasileiro pós Constituição Federal de 1988. Há que se referir à

repersonalização do Direito Civil, que retirou boa parte de seu cunho eminentemente patrimonialista, de proteção da propriedade privada, transferindo esta importância para a proteção dos indivíduos, de sua dignidade. Essa conjugação dos princípios da dignidade, da igualdade, da pluralidade e agora da liberdade, entendida sob o novo aspecto, dá origem à mais moderna concepção de autonomia privada nacional, que “se apresenta, assim, para as situações existenciais, como verdadeiro instrumento de promoção da personalidade”. (MEIRELES, 2009, p. 88).

Sobre o entrelace entre a questão da liberdade, entendida como autonomia privada, e a monogamia, tem-se que a aplicação cega desta visa condicionar todas as conformações familiares a um único modelo, estanque e incapaz de atender aos anseios de relevante parcela populacional. “Uma situação subjetiva existencial decorrente do exercício da autonomia privada não pode ser considerada ilícita, simplesmente porque contrária ao que é tido como aceitável por uma dada maioria”. (SILVA, 2013, p. 305) Conforme já dito e redito, pretender aplicar o paradigma monogâmico à todas as situações de conjugalidade é ignorar a realidade social existente, as individualidades e peculiaridades de cada família em si considerada. Sobre a família, tem-se que:

Ela é formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. As ‘razões de família’ não têm autonomia em relação às razões individuais. (PERLINGIERI, 1999, p. 179).

Desta forma, incabível se pensar que um ‘princípio’ cunhado exclusivamente para a proteção do patrimônio, do Estado e da relação considerada em si mesma, tal como o é a monogamia, deve sobrepujar a busca pela felicidade e realização das pessoas individualmente consideradas. Não cabe ao Estado interferir excessivamente na esfera da intimidade das pessoas, de se determinarem com interesse na plena realização de sua personalidade.

[...] a monogamia é refutada como princípio jurídico porque se revela intromissão indevida do Estado em um âmbito em que a autonomia privada deve ter a sua máxima expressão, e isso, em prestígio ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que se tornará inócuo se não houver pleno exercício de liberdade na esfera existencial. Neste aspecto, a monogamia não é criticada propriamente como estatuto de exclusão, mas, sim, como regra de

cerceamento inconstitucional da autonomia privada em situações subjetivas existenciais. (SILVA, 2013, p. 309).

Mais ainda, o próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 1513, dispõe que “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Ou seja, é importante que o Estado, atento às esferas da liberdade, da intimidade e da autonomia privada, respeite as suas próprias disposições e se abstenha de tentar impor restrições exacerbadas dentro de uma seara que não lhe compete.

A ampliação da autonomização do direito de família levou o ordenamento jurídico à ampliação de possibilidades de escolha para que as pessoas decidam como irão constituir um vínculo familiar, a fim de prover sua felicidade pessoal. Essa liberdade de escolha ou autodeterminação integra o conjunto de direitos da personalidade, enquanto direito existencial do ser humano. (ALVES, 2010, p. 141).

Desta forma, enxerga-se que no atinente às escolhas individuais dentro da esfera da intimidade, deve-se trabalhar com um Direito de Família mínimo, que cuidaria de tutelar situações sociais já existentes (desde que não violadoras dos princípios constitucionais ou ilícitas), atribuindo-lhes garantias, sem, contudo, interferir diretamente no direito de auto regulação dos particulares. Neste ponto, importante questionamento é levantado por Viegas (2017, p. 156) que se pergunta “até que ponto a intervenção do Estado nas relações de família, no atual contexto socioeconômico brasileiro, é desejável?” A autora baseia seu questionamento em observações feitas acerca da atuação estatal, sobretudo do legislador infraconstitucional:

De um lado, a Constituição preceitua a autonomia, a dignidade, a solidariedade, a pluralidade familiar e a não intervenção estatal na família. De outro, observa-se o legislador interferindo de forma excessiva e desnecessária na família, traçando comportamentos a muito afastados pela realidade social, ou o mesmo legislador se mostrando inerte, negando direitos às novas famílias, basicamente, em função da moral social e religiosa. (VIEGAS, 2017, p. 156).

Desta forma, atentando-se inclusive à própria disposição do art. 1.513, no Código Civil de 2002 que consagra a não-intervenção no Direito de Família, entende-se em sentido similar a Viegas (2017, p. 157) que a atuação estatal no tocante à esfera de intimidade dos indivíduos deve se ater à tutela das situações existentes, não cabendo a intervenção estatal na própria organização familiar e/ou em sua estrutura. Sobre o tema, Pereira (2004, p. 109), estabelece clara distinção entre tutela e

intervenção, referindo que a possibilidade (ou dever) estatal de tutela das situações subjetivas não dá ao Estado poder de fiscalização ou controle da configuração familiar, que estaria protegida pela autonomia privada. Assim, resta entendido que a própria consagração, pelo Estado, da autonomia privada constitui óbice para a sua presença e intervenção nestas situações. Em mesmo sentido, opinam Farias e Rosenvald (2015, p. 124), ao afirmar que o intervencionismo do Poder Público nas situações de relação familiar deve ser apenas no sentido de se garantir o exercício das liberdades.

2.6.6 Monogamia x democracia

Falar da democracia contemporânea é uma tarefa das mais árduas, posto que a globalização, a abertura das fronteiras e o multiculturalismo interferem diretamente nas relações entre Estado e sociedade. A percepção que o povo tem das leis, do governo e do próprio Direito foi alterada, e houve uma real virada copernicana no sentido de que é a sociedade quem deve ditar as leis; o povo possui poder jurisdicção, tal qual preceitua Orlando de Carvalho (1981, p. 92). Desta forma, não mais se pode falar em normas que possuem poder absoluto de reger todas as situações da vida cotidiana, em um Código que pretendia ser completo e perfeito ou mesmo num Direito que está apto, de *per si*, a identificar e regular todas as interações humanas.

A premissa é de que a regra da monogamia como preceito geral e intransponível só é admissível em uma dada compreensão do direito, que atribui ao Estado, como centro de poder, a exclusividade na produção normativa e que, conseqüentemente, percebe a sociedade na mera condição de passividade, a sofrer os influxos da norma estatal como sua destinatária. (SILVA, 2013, p. 324).

A sociedade, mais do que nunca, busca um maior conhecimento do regramento jurídico, se envolve no processo de produção das leis, está atenta às decisões judiciais, comenta, critica, opina e busca, sobretudo, que as normas se adequem às necessidades experienciadas. Vive-se uma maior sociabilidade do Direito (e da Política), que tem que se adaptar a uma sociedade complexa, plural, não mais podendo se valer da máxima da necessidade de separação dos fatos do direito. O

princípio democrático foi ressignificado, de diversas formas, das quais destacam-se, segundo o recorte escolhido para esta pesquisa, o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares e a democratização do próprio espaço de intimidade dentro das relações familiares. Questionar o caráter absoluto da monogamia dentro do Direito das Famílias é uma consequência lógica desta maior abertura, tanto para debates quanto para críticas; pugna-se pelo respeito à diversidade.

Trata-se do problema do multiculturalismo, e que no mundo globalizado está cada vez mais comum. Como conciliar o casamento poligâmico em ordenamentos jurídicos monogâmicos? Por exemplo, é possível proceder ao registro do casamento em cartório de registro civil de um cidadão marroquino, casado naquele país com três mulheres, e que fixou residência no Brasil? [...] Mas afinal, qual princípio a ser invocado se há um encontro, ou desencontro de dois princípios polarizados? A aplicação aqui deverá ser a do princípio da menor intervenção estatal em consonância com a hermenêutica constitucional que dá ao brasileiro e estrangeiro residente no Brasil os mesmos direitos (art. 5º). Entre esses direitos garantidos está o da cidadania e liberdade, pressupondo aí o respeito à identidade cultural diferente. Sendo assim, entendemos possível o registro de casamento poligâmico estrangeiro em cartório brasileiro, aliás requisito obrigatório para que eles tenham eficácia no Brasil, da mesma forma que é possível o registro de um casamento francês, espanhol, etc. Esse direito sustenta-se, em síntese, no respeito à identidade cultural dos povos, cuja base principiológica está na Constituição da República. (PEREIRA, 2016, p. 89/90).

Desta forma, e havendo entendimento no sentido da possibilidade de reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de uniões não-monogâmicas originadas em outros países, indaga-se se não seria possível, portanto, o reconhecimento, com consequente registro, destas mesmas uniões quando realizadas por brasileiros. Mais ainda, e caso um brasileiro(a) resolva estabelecer uma relação não-monogâmica fora do país, poderá esta ser registrada posteriormente no Brasil? São questionamentos como estes que impulsionam a pesquisa, no tocante a se pensar no status da monogamia dentro do Brasil e no contexto mundial de globalização e migrações.

Há que se retomar um ponto importante, de intersecção entre democracia, autonomia e intervenção. Ficou consignado que o estado não deve intervir na forma de constituição das famílias, mas que deve atuar de forma a tutelar a existência das mesmas.

[...] não basta, nesses casos, a ausência de interferência estatal, pois se mostra imprescindível criar instrumentos jurídicos legitimadores

para contribuir para as aspirações de felicidade de seus membros, reconhecendo-lhes, isonomicamente, todos os direitos das Famílias brasileiras, bem como as políticas públicas que objetivem o respeito e a ausência de discriminação, em face dos novos arranjos familiares. (VIEGAS, 2017, p. 161).

Se atentando ao fato de que as leis exigem um maior tempo de pensamento, produção e maturação, justamente para evitar a celeuma da excessiva produção de leis emergenciais ou a toque de caixa para regulamentar situações pontuais ou oriundas exclusivamente de clamor midiático, que se propõe um maior ativismo judicial no tocante às questões já citadas, problemáticas inseridas dentro do Direito das Famílias. Os Tribunais, assim, devem ser entendidos como real espaço de reconstrução e de aproximação do Direito com a realidade social, conforme será estudado no próximo tópico.

2.7 TRIBUNAIS COMO ESPAÇO DE RECONSTRUÇÃO E APROXIMAÇÃO DO DIREITO COM A REALIDADE SOCIAL

O Direito é um saber prático. Muito embora o legislador tente positivar e normatizar o máximo de situações nas Leis e nos Códigos, fato é que as constantes transformações sociais tornam essa missão quase que impossível; as codificações não possuem a mutabilidade e a rapidez necessária para estarem sempre atualizadas face aos anseios sociais. Desta forma, deve-se atentar à necessidade de que, dado o Direito posto, seja ele interpretado e reinterpretado pelos juristas. Ressalte-se que o texto da lei não se identifica com a norma, posto que é pela interpretação que a norma se expressa; assim, entende-se que os textos legais só ganham sentido quando interpretados, convertendo-se, portanto, em norma.

Como a finalidade da legislação é organizar a sociedade, a tendência é preservar as estruturas de convívio já existentes. O legislador não é afeiçoado a criar, inovar. Limita-se a estabelecer regras de conduta dotadas de sanção e não consegue se desapegar dessa função na hora de regular relações afetivas. A lei é retardatária, sempre vem depois. Daí a tendência de ser conservadora. Tenta impor limites, formatar comportamentos dentro dos modelos preestabelecidos pela sociedade, na busca de colocar moldura nos fatos da vida. (DIAS, 2016, p. 65).

De fato, o interprete não pode se abster de sua responsabilidade no que se refere à construção e reconstrução do Direito. Por certo que a atividade interpretativa não pode ser arbitrária ou mesmo desconectada do sentido básico do texto legal, no entanto, seria incoerente afirmar que existiria um único sentido, ou uma única interpretação dos textos legais. Cabe ao interprete, portanto, a relevante atividade de fazer a individuação da norma e sua aplicação ao caso concreto, e este esforço interpretativo deve ser feito de forma que a norma se adeque aos preceitos constitucionais. “A interpretação revela-se como atividade vinculada, controlada e responsável exatamente porque supera a noção do ordenamento como um sistema imóvel, formado por um conjunto de enunciados linguísticos encadeados em uma hierarquia formal”. (SILVA, 2013, p. 209) Assim, o interprete encontra-se diretamente vinculado aos valores constitucionais, sendo sua atividade precipuamente de reconstrução do direito posto em consonância com o princípio democrático e com a dignidade da pessoa humana, posto que elevada a fundamento da República.

A importância da atividade do interprete pode ser vista no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42), que dispõe que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A omissão legal refere-se justamente à esta impossibilidade de que a lei, por meio da positivação, abranja todas as situações fáticas que ganham relevância jurídica; cabe ao interprete sanar essa aparente ausência quando ela se revela no caso concreto. “Quando não existe direito positivado, a função de apanhar o fato e conferir-lhe tutela jurídica é delegada ao Poder Judiciário, que tem o dever de fazer justiça”. (DIAS, 2016, p. 65). O Direito não pode se afastar da realidade social que o cerca, deve ele manter-se atualizado por seus intérpretes, sendo os Tribunais o mais notável espaço de reconstrução e de aproximação com a sociedade.

Neste ponto, há que se referir a existência de um princípio implícito do não retrocesso social, que seria “a vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social”. (CANOTILHO, 2003, p. 339). Desta forma, entende-se que o Estado não poderia reduzir ou suprimir as conquistas sociais já alcançadas.

Por esse raciocínio, se a Constituição da República de 1988 impõe ao Estado a proteção da família plural e isonômica – não pode haver

norma infraconstitucional válida – que restrinja direito de formar famílias, ainda que não muito convencionais, desde que fundadas na afetividade, solidariedade e confiança. (VIEGAS, 2017, p. 170).

Uma questão atinente à monogamia foi recentemente apreciada pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, que em 26/06/2018 decidiu que os cartórios brasileiros não podem mais registrar uniões poliafetivas em escrituras públicas. Ressalte-se declaração prestada pelo Ministro João Otávio de Noronha, no sentido de que: “(Nesse julgamento) eu não discuto se é possível uma união poliafetiva ou não. O corregedor normatiza os atos dos cartórios. Os atos cartorários devem estar em consonância com o sistema jurídico, está dito na lei. As escrituras públicas servem para representar as manifestações de vontade consideradas lícitas”.

Importante destacar que foi uma decisão dividida (8 a 6), e que, dentre os argumentos apresentados pelo relator, Ministro Noronha, está o fato de que a monogamia “é a cultura de um povo predominantemente cristão”. Ainda da entrevista do relator, retira-se que a decisão “não é falso moralismo, não é nada. Se as pessoas querem viver uma relação de poliamor, que vivam, é outra coisa. Mas a escritura pública está aqui para declarar a vontade jurídica das partes. Se a vontade é jurídica, [a união estável poliafetiva] reputa a vontade ilícita, a vontade não permitida pela lei”. Desta forma, restou entendido que o mais recente posicionamento do CNJ não impede que os Tribunais continuem se manifestando no sentido de reconhecer efeitos às uniões poliafetivas e não-monogâmicas, mas apenas que os cartórios, a priori, registrem estas relações por meio da Declaração de União Estável.

Após essa decisão, fica ainda mais evidenciada a importância do interprete, no âmbito dos Tribunais, para conferir direitos às pessoas que se encontram marginalizadas pelo próprio ordenamento. Argumentos como religião não podem continuar a ser levantados com a clara intenção de negar o reconhecimento de uma situação fática com claros efeitos jurídicos, isto dentro de um Estado que se diz laico. Reconhecer direitos familiares, sucessórios e patrimoniais às relações não-monogâmicas não é negar a existência e a importância da monogamia como característica de longa duração dentro do ordenamento brasileiro, mas sim ampliar o leque da proteção constitucional à uma outra categoria de família, que é merecedora

de sua própria regulação. Neste ponto, importa aprofundar o estudo acerca da relevância da afetividade dentro do atual Direito das Famílias.

3 DO AFETO À AFETIVIDADE JURÍDICO OBJETIVA

O presente capítulo tem como escopo apresentar um estudo multidisciplinar do afeto e da afetividade, investigando de qual forma tais conceitos foram apreendidos e positivados na seara jurídica, pelo ordenamento jurídico brasileiro. Há que se notar as semelhanças e diferenças da compreensão jurídica da afetividade para as compreensões elencadas pelas demais ciências humanas e sociais.

Toma-se como ponto de partida para esse estudo afirmações feitas por Rafael Cerqueira Fornasier no artigo “Amor e vínculo conjugal” no sentido que:

A experiência e a concepção afetivas tendem cada vez mais a serem interpretadas sob a égide da emoção. Fala-se do amor de modo que esta passa a ser qualquer expressão afetiva, como vivência de emoções entre duas ou mais pessoas, sem nenhuma distinção ética de seu conteúdo. No âmbito jurídico, chega-se a falar de direito absoluto ao afeto, como se isso fosse a máxima manifestação da liberdade dos sujeitos, fundamentando os arranjos familiares afetivos. (FORNASIER, 2016, p.90).

Objetiva-se, desta forma, discutir a dimensão multidisciplinar do afeto e da afetividade, investigando de qual forma tais conceitos foram apreendidos e positivados no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, há que se analisar a literatura, sobretudo jurídica, fazendo-se uma revisão na doutrina acerca do que se entende por afeto e por afetividade e de qual forma tais conceitos foram apropriados pelo Direito, e de qual forma ambos se relacionam com as “novas formas familiares”.

Por possuir natureza qualitativa, a seguinte pesquisa busca descrever e interpretar a afetividade segundo seu viés jurídico. Quanto às técnicas e procedimentos metodológicos, optou-se pela realização de pesquisa teórica, priorizando a construção de conceitos específicos pertinentes à afetividade no Direito de Família, tendo sido precedida de processos discursivos e argumentativos. A abordagem também se faz por meio de pesquisa documental, buscando uma análise de conteúdo, com o conseguinte reexame de teorias já existentes no ordenamento, objetivando-se o encontro de novas interpretações.

O procedimento de pesquisa aplica a tipologia jurídico-prospectiva, explorando premissas e condições relativas ao tema, com intuito de verificar o estado da arte,

no Brasil, acerca do tema afetividade. Para tanto, faz-se necessária a utilização de dados primários e secundários, bem como de outras fontes jurídicas tradicionais.

3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Adriana Maluf (2010, p. 96), com maestria, levanta uma questão de inigualável importância dentro do Direito das famílias. Enuncia a autora: “Uma pergunta chave para o tema: tem a sociedade o direito de intervir no afeto privado?” Para que se possa tentar elucidar tal questão, faz-se necessário um breve estudo sobre a chamada “função social da família”. De início ressalte-se que não existe uma única função social da família, haja vista a multiplicidade de papéis que a família exerce na vida dos indivíduos a ela ligados; no mais, outro ponto importante no tema é o fato de que as funções sociais atribuídas às famílias são mutáveis, acompanhando o desenvolvimento histórico e sociológico da humanidade. *“El funcionalismo explica como necesarias las relaciones sociales que se establecen en el interior de la familia occidental; analiza la familia como un sistema de relaciones, funciones y papeles interactuantes que son el núcleo primario de la vida social del individuo.”* (FERRUFINO, 1981, p. 167).

Desta forma, considerando a importância do recurso histórico como elemento facilitador da compreensão de que tanto a família quanto suas funções sociais se alteraram conforme a sociedade ia avançando, enxerga-se a necessidade de tratar, de maneira detalhada, porém objetiva, das diversas conformações familiares vislumbradas historicamente, e das suas relações com elementos externos às próprias famílias, tais como religião, Estado e propriedade.

3.1.1 Famílias em foco: mutações históricas

Falar em evolução histórica das famílias é falar da própria história da humanidade. A família, tomada em seu caráter mutável, nunca apresentou uma única conformação, tendo apresentado diversos formatos a depender da época e do período histórico que se deseje averiguar. “Família é realidade em movimento” (2013, p. 20), como

resume Calderón. Sobre as mutações familiares, importante alerta deve ser feito, no sentido de que:

[...] do uso continuado da palavra família podemos pensar muita coisa, mas temos de estar atentos para o fato de que a continuidade do uso da palavra pode esconder a descontinuidade de suas práticas. (LOPES, 2008, p. 06).

Ou seja, muito embora se fale na família, ou nas famílias, há que se ressaltar que esse vocábulo apresenta significados diversos a depender do período histórico a que se refira. Isto se relaciona diretamente com a perspectiva das diversas funções assumidas pelo agrupamento familiar ao longo da história, conforme será tratado; há que se averiguar quais foram estas funções e qual sua importância dentro do recorte histórico no qual inserida aquela forma familiar.

A mudança das formas de se constituir família nos períodos mais pretéritos pode ser extraída da obra de Engels, que apresenta aos leitores algumas conformações familiares mais primitivas e bem distintas dos moldes mais modernos, a exemplo das entidades familiares consanguíneas, punaluanas, sindiásmicas e, por fim, monogâmicas.

Encontramo-nos frente a uma série de formas de família que estão em contradição direta com as até agora admitidas como únicas válidas. A concepção tradicional conhece apenas a monogamia, ao lado da poligamia de um homem e talvez da poliandria de uma mulher, silenciando – como convém ao filisteu moralizante – sobre o fato de que na prática aquelas barreiras impostas pela sociedade oficial são tácita e inescrupulosamente transgredidas. (ENGELS, 2016, p. 37).

Engels, baseado em estudos conduzidos por Lewis H. Morgan (1887) concluiu que, ultrapassado o estado primitivo de promiscuidade, formaram-se diversos tipos familiares. Refere como primeira etapa a “família consanguínea” hoje em dia já extinta; nesta etapa, os grupos conjugais classificavam-se por gerações, ou seja, dentro de uma mesma geração (exemplo: entre irmãos e/ou primos) estaria pressuposta a relação carnal mútua. Desta forma, apenas seriam vedadas as relações carnis entre ascendentes e descendentes, tendo em vista que “irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs, e, por isso mesmo, maridos e mulheres uns dos outros.” (ENGELS, 2016, p. 45). Foi, justamente, a primeira etapa de progresso em relação à barbárie por vetar relações sexuais recíprocas entre pais e filhos.

Ou seja, seria elemento distintivo e caracterizador das famílias consanguíneas o fato do aparecimento de um primeiro tabu de ordem sexual: a vedação da relação sexual entre ascendentes e descendentes. Acredita-se que a família consanguínea teria sido o primeiro progresso em relação à barbárie dos tempos primitivos, marcada pela total promiscuidade nas relações sexuais. A segunda etapa de evolução seria a denominada “família punaluana”: o grande avanço dessa forma familiar foi ampliar a vedação de relações sexuais, excluindo agora também os irmãos. O principal traço característico deste momento histórico é justamente o fato desta forma familiar consistir em uma comunidade recíproca de maridos e mulheres em um único círculo familiar, excluídos os irmãos carnais de manterem relações entre si.

De acordo com o costume havaiano, certo número de irmãs carnais ou mais afastadas (isto é, primas em primeiro, segundo e outros graus) eram mulheres que viviam maritalmente com os maridos em comum, à exceção dos próprios irmãos. Esses maridos, por sua vez, não se chamavam de irmãos, pois já não tinham necessidade de sê-lo, mas “punalua”, que quer dizer companheiro íntimo [...]. (ENGELS, 2016, p. 47).

O mesmo era válido caso fosse um grupo de irmãos, que tinham esposas em comum. Nota-se, assim, verdadeiro matrimônio (*lato sensu*) por grupos. Neste período, importa ressaltar dois elementos essenciais: a manutenção da vedação de relações sexuais entre ascendentes e descendentes, e o surgimento de uma nova vedação, no que se refere às relações sexuais entre irmãos e irmãs consanguíneos. Desta forma, em um notável avanço no que se referem às famílias consanguíneas, vão se formando entidades familiares com um maior grau de organização social, posto que reconhecida a ascendência comum como elemento identificador de um real vínculo entre dois indivíduos de mesma classe (irmãos), resultando no tabu da manutenção de relações maritais entre filhos carnais de uma mesma pessoa.

Mesmo durante esta época onde predominava esse tipo de matrimônio coletivo, já se formavam uniões por pares (casais), consistindo em uma esposa (ou marido) principal dentre os demais. A partir disto, teve origem a “família sindiásmica”, que consiste no terceiro estágio de evolução das famílias. O principal elemento distintivo das famílias sindiásmicas é justamente o fato de que a convivência em pares começa a ganhar relevância dentro das sociedades, assumindo o protagonismo frente às uniões em grupos. As famílias sindiásmicas são vistas como uma transição da predominância do paradigma poligâmico para um novo modelo de conjugalidade,

o paradigma monogâmico, onde um homem convive com uma mulher. No entanto, a poligamia e a infidelidade são toleradas como direito dos homens, ao passo que das mulheres passou a ser exigida completa fidelidade, sendo o adultério feminino duramente castigado. O vínculo conjugal, por sua vez, pode ser facilmente dissolvido por qualquer das partes, os filhos pertencendo exclusivamente às mães.

É na constância das famílias sindiásmicas que se denotam dois elementos cruciais que vieram a determinar toda uma nova reorganização das estruturas familiares: a perda do espaço feminino, com a crescente imposição da dominação masculina dentro das relações familiares. A linhagem matrilinear vai sendo deixada de lado em prol de uma crescente necessidade de afirmação da paternidade dos filhos havidos pelo casal, com finalidade precípua de transmissão hereditária do patrimônio amealhado pelo genitor ao longo de sua vida. Todos estes elementos conjugados levam à mais uma transição histórica, quiçá a última até o momento: o surgimento da família monogâmica, a quarta etapa evolutiva.

A família monogâmica e todos os seus corolários já foi estudada em momento anterior, porém vale lembrar de que ela se mostra caracterizada por uma maior solidez dos laços conjugais, que apenas poderiam ser rompidos pelo homem, por meio do repúdio a mulher. Mesmo nesta etapa, a infidelidade masculina continua sendo tolerada, por costume, já que a monogamia, castidade e a absoluta fidelidade são exigidas apenas da mulher. A monogamia faz-se o principal elemento de dominação entre os gêneros, conforme asseverou Bourdieu (2017) em sua obra “A dominação masculina”, já trabalhada no capítulo anterior.

De todo o exposto, pode-se extrair a conclusão de que a família pode, e deve, ser considerada como a primeira forma histórica de organização social, dando significação profunda àquela frase clichê que se costuma repetir hodiernamente: família é a base de tudo. No entanto, a família nem sempre existiu de acordo com a atual prevalente conformação monogâmica das relações de conjugalidade; pelo contrário, as primeiras conformações familiares eram marcadas pela poligamia. Desta forma, não há cabimento em se pensar a monogamia como única forma histórica de se constituir família; a monogamia foi um elemento incidental que apareceu em uma transição histórica, e que acabou se transformando e se sedimentando como característica de longa duração das famílias ocidentais,

conforme aduz Ruzyk (2005), por conta da forte influência dos fatores externos, sobretudo da Igreja Católica.

Desta forma, entende-se que:

A família é uma entidade histórica, ancestral, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história. Assim sendo, a história da família se confunde com a história da própria humanidade. (HIRONAKA, 2001, p. 16).

O que se percebe, na esteira do concluído por San Tiago Dantas (1991, p. 18) é que a família tida como tradicional atualmente (ou seja, a família monogâmica, heterossexual e matrimonializada) é um resultado das modificações promovidas tanto pelo Direito Canônico quanto pelas instituições germânicas na Família Romana, isso ocorrido durante a Idade Média. O mesmo foi notado por D'Agostino, que sintetizou:

Al parecer, la evolución normativa impone a los juristas el abandono de la perspectiva tradicional (que encuentra su origen em el derecho romano y em el canónico), según la cual no puede establecerse ningún nexo jurídicamente significativo entre el matrimonio <legal> y las <uniones de hecho>. (D'AGOSTINO, 2006, p. 134).

Desta forma, nota-se claramente o caráter evolutivo das conformações familiares, consentâneo lógico das mudanças nos costumes e na própria sociedade. O casamento monogâmico é apenas mais uma etapa na história das famílias, podendo ser superado em momento posterior por alguma nova forma que se mostre mais adequada aos anseios sociais de determinada época. A história é constantemente escrita e reescrita, e o que hoje é visto como um comportamento dominante e perene pode ser substituído com o passar do tempo; não se pode esquecer disto.

3.1.2 Transformações nas funções sociais das famílias

Averiguadas as mudanças nas próprias famílias, há agora que se perquirir quais as funções sociais desempenhadas pelas famílias ao longo do tempo e na atualidade. Pode-se elencar, em breve análise, diversas funções que estão/já estiveram no encargo familiar: a família exerce/já exerceu a função protetiva, reprodutiva, econômica, religiosa, política e sociocultural (como instrumento básico de socialização dos indivíduos), estas apenas a título de exemplo.

Ao estudar as famílias romanas, Fustel de Coulanges (2008) verificou que a principal função social das famílias neste período era a religiosa, acima de todas as outras. Não era o afeto familiar, nem o parentesco e nem mesmo o poder do *pater* que unia o núcleo familiar, e sim o culto aos mesmos deuses e aos mesmos antepassados. Isso se extrai do fato que a designação de família, *epístion*, significava “aquilo que está perto do fogo”.

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. (COULANGES, 2008, p. 35).

Ocorre que, com o passar do tempo, e com as mudanças das sociedades, tais funções foram sendo institucionalizadas por entes externos à família, reduzindo, com isso, estas funções em seu seio:

[...] a família veio perdendo com a evolução dos tempos muitas de suas funções iniciais, que têm sido transferidas para outras entidades sociais: o culto religioso foi transferido do âmbito da família para os sacerdotes, a função de defesa dos membros está praticamente extinta, as funções de assistência vêm sendo assumidas pela sociedade e pelo Estado. No entanto, os laços de afeto terão aumentado, o amor conjugal terá assumido definitivamente seu papel preponderante de formador da família. (CAMPOS, 1993, p. 22).

Há uma tendência atual de valorização do afeto e da afetividade como elementos basilares, formadores e de identificação das entidades familiares, tendência esta que traz novas funções para a família. Alguns exemplos destas novas funções sociais da família são: espaço de assistência psicológica, material, moral e espiritual. Por óbvio, não se pode olvidar das antigas funções, que muito embora tenham sido transferidas para outras entidades externas à família, ainda encontram nesta uma certa subsidiariedade; a título meramente exemplificativo, muito embora a prática da religião tenha sido transferida para os cultos e templos, é no seio familiar que se tem o primeiro contato com esta, a família dá um direcionamento, ao menos *a priori*.

Desta forma, considerando a coexistência das novas funções da família com as antigas funções, atualmente diminuídas em importância por conta da assunção das mesmas por elementos externos, deve-se entender a função afetiva como a principal função social exercida pelas famílias na atualidade. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo princípios e valores orientadores das

relações humanas, tais como a dignidade da pessoa humana e a especial proteção às famílias, houve uma real mudança de paradigma, que provocou uma virada copernicana no estudo das famílias e do Direito das Famílias: passou-se da “família-instituição” (protegida como um fim em si mesmo) para a “família-instrumento” (de realização de seus integrantes).

Assim, tendo em vista esse novo conceito, a família passou a ser vista como um instrumento de realização da personalidade e das potencialidades de seus integrantes, protegendo principalmente as partes mais vulneráveis na relação familiar: as crianças, os adolescentes, e os idosos. (MALUF, 2010, p. 46).

Está configurada, portanto, a função social afetiva dos núcleos familiares, base para a existência das famílias em si, bem como das demais funções sociais prestadas por essas. *“Las funciones son todas aquellas tareas o cometidos sociales que realiza la familia; son biológicas, educativas, económicas, afectivas, etc. y todas tienen un valor en cuanto a que su cumplimiento es fundamental gran para la supervivencia y conservación de la sociedad.”* (FERRUFINO, 1981, p. 167/168) Essa visão da família como instrumento de realização pessoal de seus integrantes é ponto fulcral do novo estudo dentro do Direito das Famílias, posto que traz em si toda uma significação de proteção individualizada das pessoas, abrangidas suas particularidades e escolhas. Assim, a família não é mais protegida como fim em si mesmo, como instituição inabalável que deve se manter mesmo diante da infelicidade de seus integrantes; há uma valorização do eudemonismo, da busca pela realização e pela felicidade dentro do ambiente familiar.

Conforme bem aponto Lúgia Ferrufino: *“La familia moderna va perdiendo funciones pero conserva dos fundamentales para el desarrollo de la personalidad individual: socialización primaria y soporte emocional del individuo.”* (FERRUFINO, 1981, p. 168) Tendo em vista a valorização da família como espaço afetivo, há que se estudar de qual forma o afeto e a afetividade se comportam no ordenamento jurídico, e qual o seu ponto de inserção na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

3.2 O AFETO E A AFETIVIDADE NO MUNDO JURÍDICO

Com efeito, as transformações ocorridas no âmbito das funções exercidas pelo núcleo familiar provocaram uma real reviravolta na visão que se tem das famílias, de sua estruturação e dos valores que devem ser vistos como guia para a convivência harmoniosa nestes núcleos. Se em tempos pretéritos já predominaram laços de cunho religioso, biológico, servil, ou mesmo matrimonial, para a definição de quem seriam as pessoas integradas a uma determinada família, foi na Modernidade que os aspectos pessoais, individuais e subjetivos assumiram protagonismo como identificadores dos núcleos familiares.

Tendo por objetivo investigar a relevância jurídica que o afeto assume dentro do ordenamento pátrio, justamente por conta da revalorização das famílias e da tábua axiológica da Constituição Federal de 1988, adentra-se ao estudo do afeto e da afetividade no mundo jurídico. Para tanto, há que se investigar, a princípio, os impactos causados nas famílias e na própria sociedade por conta das relevantes transformações sociais ocorridas no século XX e início do século XXI.

Como a família é reflexo da sociedade na qual está inserida, certamente sofreu os influxos desses movimentos, passando por uma verdadeira transição paradigmática que lhe ocasionou mudanças estruturais e funcionais. (CALDERON, 2013, p. 397).

De fato, não se pode perder de vista que, muito embora as mudanças sociais tenham impactado as famílias, estas mantiveram sua relevância como *locus* de formação, crescimento e interação das pessoas, bem como primeiro espaço de sociabilidade.

3.2.1 Transição paradigmática

No que se refere ao surgimento da família como instituição, há que se indagar qual seria o principal critério de identificação das pessoas com determinado núcleo familiar. Muito embora se possa pensar que o primeiro elemento teria sido o natural ou biológico, historiadores dão conta de que o principal laço a formar vínculos familiares era o religioso, acima dos demais. “O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: esse poder se encontra na religião do lar e na dos antepassados. [...] A família

antiga é desse modo mais uma associação religiosa do que uma associação da natureza”. (COULANGES, 2005, p. 31).

Isso se deu sobretudo porque na figura da família antiga estavam englobados mais do que os parentes consanguíneos e/ou agregados por meio das uniões e casamentos *lato sensu*, mas também os escravos, servos e demais pessoas que se encontravam submetidas a um mesmo poder, ao adorar os mesmos deuses. “[...] a família ou *gens* era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um chefe único: o *pater famílias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião”. (NOGUEIRA, 2008, p. 112).

Essa característica, que ganhou destaque na família romana, manteve-se mesmo após a queda do Império, sendo também vista na Idade Média, com o Senhor unindo sob sua tutela mulheres, crianças, escravos e servos. “[...] o sentimento da família era desconhecido da Idade Média e nasceu nos séculos XV e XVI, para se exprimir com um vigor definitivo no século XVII”. (ARIÈS, 1981, p. 211). Conforme já visto, com a ascensão da Igreja Católica e a secularização do casamento, a religião mantém-se determinante dentro da comunhão de vida familiar, orientando uniões e práticas, restando pouco ou nenhum espaço para a subjetividade dos indivíduos. A família era formada conforme interesses sociais, econômicos e religiosos, e os matrimônios em sua grande maioria eram por conveniência e interesse, e não por amor ou afeto.

A mudança da concepção da família, com o aumento dos espaços privados, distanciados da interferência direta da Igreja e do Estado, se deu com o início da Modernidade.

No século XVIII, a família começou a manter a sociedade a distância, a confiná-la num espaço limitado, aquém de uma zona cada vez mais extensa de vida particular. [...] A reorganização da casa e a reforma dos costumes deixaram um espaço maior para a intimidade, que foi preenchida por uma família reduzida aos pais e às crianças, da qual se excluíam os criados, os clientes e os amigos. (ARIÈS, 1981, p. 265/267).

Na Modernidade, houve um decréscimo da influência da Igreja, o que levou a uma maior atenção às questões individuais e mesmo sentimentais dentro do seio familiar. A Revolução Francesa foi um marco, com a transposição dos ideais de *Liberté, Egalité, Fraternité* também para os núcleos familiares. Ademais, a mudança nos costumes levou a uma notável alteração, qual seja a produzida pela redução do

núcleo familiar, que ficou restrito aos parentes mais próximos. Desta forma, intensificadas as relações, inclusive afetivas, entre os familiares.

No final do século XVIII e, principalmente, após a Revolução Francesa, a juventude começou a dar mais atenção aos seus próprios sentimentos e não às considerações exteriores. A propriedade, o desejo dos pais e as injunções de ordem social foram negligenciadas na escolha do cônjuge. Surgia um novo mundo marcado por uma nova mentalidade. (LEITE, 1991, p. 277).

Esta nova mentalidade refere-se a um maior reconhecimento e respeito da uma esfera de subjetividade, com maior liberdade na escolha dos parceiros e nas decisões que irão reger a vida pessoal. Essas escolhas refletem na própria formação das famílias, com a secularização do casamento e a abertura à possibilidade de divórcio. Importante também o crescimento dos movimentos feministas, tendo em vista que mesmo diante dos notáveis avanços sociais, as mulheres continuavam relegadas à situação da dominação masculina.

Não se pode negar que a abertura à subjetividade que era reconhecida nesse estágio era mínima, um verdadeiro projeto. Isto porque, o indivíduo era visto sob o prisma de um exacerbado individualismo, restava presente uma ampla superioridade masculina, as mulheres seguiram com muitos direitos não reconhecidos, as crianças não eram adequadamente tuteladas e protegidas pelo Estado e a noção que a família era atrelada ao matrimônio. Os relacionamentos familiares restavam vinculados à noção de legitimidade, que era estendida à família e ao parentesco (filhos legítimos). (CALDERON, 2013, p. 198).

Na Europa, as mudanças no núcleo familiar continuaram a produzir efeitos ainda no século XIX, com o aumento do espaço destinado às individualidades e à busca do prazer pessoal, que poderia ser encontrado na carreira ou mesmo em um relacionamento que trouxesse felicidade. É o paulatino aparecimento dos valores modernos, a que tanto se refere a Constituição Federal Brasileira de 1988; falando em Brasil, cumpre-se referir que por conta de todo o processo de Colonização, com a distância das grandes metrópoles europeias, os novos ideais que regem as famílias agora nucleares, demoraram a chegar. Apenas em meados do século XX que se pode vislumbrar uma maior atenção nacional à estes verdadeiros princípios, muito por conta da situação econômica e social que viveu o país em décadas e séculos passados.

Ou seja, o Brasil vivia o auge do patriarcado, da “grande família” como unidade de produção, enquanto na Europa já se vislumbravam as potencialidades da família

nuclear como espaço de desenvolvimento pessoal e afetivo, com o fortalecimento dos laços familiares. “A segunda metade do século XX verá triunfar, definitivamente, o amor sobre qualquer consideração de ordem prática ou utilitária. [...] Restringindo-se o nível de relacionamento ao pai, mãe e filhos, aumentava-se proporcionalmente o estreitamento dos laços afetivos”. (LEITE, 1991, p. 338). É o triunfo do amor e do afeto sobre a patrimonialização da relações; é a repersonalização dos indivíduos face a um sistema excessivamente focado na proteção do patrimônio. Na opinião de Luc Ferry (2008, p.13/14): “O sec. XX funcionou como um ácido, fazendo desmoronar, ou pelo menos apagar os princípios de sentido e valor que formavam os quadros tradicionais da vida humana”.

Não obstante, até o inevitável reconhecimento de outras formas de constituição de família (que no Brasil ocorreu derradeiramente apenas com a Constituição da República de 1988), o casamento como família legítima teve, como já demonstrado, um papel, não apenas jurídico, determinante em nossa sociedade, resultado, inclusive, de opção ideológica daquela classe que respondeu principalmente pelas codificações. (NAMUR, 2009, p. 39).

Muito embora já se vislumbrasse essa revalorização das pessoas individualmente consideradas, as codificações insistiam em atribuir valor superior (e, portanto, proteção) apenas às famílias legítimas, matrimonializadas, ignorando que a realidade social no Brasil impunha justamente o contrário, por conta não só da formação cultural mas também do alto custo burocrático da matrimonialização das relações. Porém, tal regramento não era mais conciliável face à realidade social, mais ainda em virtude da tábua axiológica trazida pela Constituição Federal de 1988, que provocou mudanças profundas em todo o ordenamento jurídico, inclusive no Código Civil, que muito precisou se adaptar.

A família contemporânea (ou as famílias, face à pluralidade inequívoca) emergiu justamente desse influxo de mudanças na técnica, no pensamento, nos costumes e valores. Sua formação encontra fulcro na comunhão dos afetos a na constante valorização da dignidade de seus membros. Podem ser elencados como elementos transformadores, conforme aponta Adriana Maluf (2010, p. 26): a) independência econômica da mulher; b) igualdade e emancipação dos filhos; c) divórcio; d) controle de natalidade; e) reprodução assistida; f) reciprocidade alimentar; g) afetividade. A família não é mais uma instituição a ser protegida em si mesma, ela deve ser enxergada como instrumento de realização da personalidade e da dignidade de seus

componentes. “[...] superação da família-instituição pela família-instrumento, assim definida em razão de seu objetivo de proporcionar o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes [...]”. (SILVA, 2013, p. 265). Desta forma, e em consonância com a doutrina majoritária, enuncia Calderón (2013, p. 01) um decréscimo de influências externas, tais como religião, Estado, interesse sociais, dentre outras, e em contrapartida o aumento da percepção de que a família deve ser entendida como espaço de realização afetiva de seus integrantes.

Mizrahi (1998, p. 63) chega a afirmar que “a pós-modernidade aparece como a democratização do hedonismo”; há o abandono das ideologias anteriormente dominantes e, portanto, hegemônicas, em prol da valorização do indivíduo, de suas realizações e de sua autonomia, bem como da própria sexualidade, expressão individual e ideologias. A constituição das famílias deixa de ser meramente uma obrigação moral/religiosa para se configurar em um espaço eudemonista, de construção e manutenção dos laços afetivos. Em sentido similar, enuncia Paulo Lôbo a mesma mudança paradigmática, a qual trata como “concepção revolucionária”:

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, 2016, p. 123).

Vislumbra-se, a partir deste momento, a relevância do afeto e da afetividade para a formação das famílias, mudança esta à qual o Direito não pode ignorar.

3.2.2 O direito e as famílias

Neste ponto, cumpre referir a intrincada relação entre o Direito e a realidade familiar. Família é realidade em movimento, é nicho sem moldura; as famílias passam por transições e transformações desde que o ser humano se juntou em agrupamentos. Não é para menos que já foram aqui referidas diversas formas de convívio familiar, cada uma com seus elementos peculiares que bem a caracterizam. Ou seja, a princípio, há que se afirmar, com plena certeza, que a família precede o Direito. Por essa ordem de precedência, pode-se supor que é o Direito que deve se manter

atento às transformações sociais e nas relações, e não a família que deva buscar se adaptar às categorias jurídicas já postas. “A família é uma realidade natural e social, cuja existência material, psicológica e moral se manifesta, antes de mais nada, em planos ou domínios da vida estranhos – íamos escrever anteriores – ao plano jurídico”. (PINTO, 2005, p. 158).

Atento a uma atual definição do que seriam as famílias, complementa Rodrigo da Cunha:

A família não é fruto da natureza, mas da cultura. Por isso, ela pode sofrer inimagináveis variações no tempo e no espaço, transcendendo sua própria historicidade. O Direito não pode fechar os olhos a esta realidade. E por mais variações que a família sofra, em seu cerne estará sempre o valor mais seguro, e do qual nenhum ser humano pode abrir mão, essencial a adultos e crianças: o amor, a afetividade. (PEREIRA, 2016, p. 19).

Conforme visto, a família nem sempre foi enxergada como o melhor espaço para a afetividade, tendo historicamente sido vista como núcleo de produção e reprodução; no entanto, tal visão não mais se coaduna com os anseios sociais e com a normatização posta. Partindo dessas premissas, uma moderna definição do que seria, portanto, o Direito de Família (ou Direito das Famílias, em acepção mais pluralista) pode ser encontrada na obra de Giselda Hironaka. Para a autora:

Destarte, Direito de Família é o ramo do conhecimento que visa justificar as relações de família consanguínea, civil ou afetiva sob a orientação dos princípios constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana, de solidariedade familiar, de igualdade entre os filhos, de igualdade entre cônjuges e companheiros, de afetividade e de função social da família, entre outros corolários desses. (HIRONAKA, 2018, p. 322).

Cumpra-se notar que, muito embora o recorte dado a esta produção seja eminentemente jurídico, por opção, tem-se consciência de que a família, antes de tudo, deve ser entendida como fenômeno cultural, antropológico e sociológico. Desta forma, pode e deve a família ter sua realidade fática estudada por outros campos de conhecimento, a exemplo da psicologia, sociologia e antropologia; da mesma forma busca-se tratar do afeto, que pode ser interpretado de diversas formas a depender tanto do campo de conhecimento enquanto ciência quanto da abordagem que pretende dar o pesquisador. Corolário desse pensamento é San Tiago Dantas, que busca encontrar o elemento distintivo deste ramo para os demais ramos do Direito. Segundo o autor:

O que caracteriza o direito de família diferenciando-o dos demais ramos do Direito é a predominância do elemento social sobre o técnico na formação da norma jurídica. O conteúdo social determina, ora mais, ora menos, o que a norma dispõe. (DANTAS, 1991, p. 77).

Ou seja, retoma-se, com mais propriedade, a afirmação de que as famílias precedem o Direito das Famílias, e que é este que deve se manter atento às transformações sociais perpetradas nos núcleos familiares, devendo, por esse motivo mesmo, ser o primeiro ramo do Direito a se preocupar em adaptar-se constantemente para atender às demandas sociais. O Direito das Famílias é, portanto, mutável e adaptável por natureza e necessidade. É ele quem se apropria dos conceitos advindos dos outros campos do saber e busca dar-lhes um conteúdo eminentemente jurídico, transformando estes conceitos em conceitos jurídicos; porém, mesmo os conceitos jurídicos não podem se distanciar em excesso de seu significado no campo de estudo das demais ciências humanas. Desta forma, parte-se ao estudo do afeto, até que se possa alcançar sua vertente jurídica.

3.2.3 O afeto

Não há uma única significação para o termo 'afeto'. Das diversas acepções que se pode encontrar, a maioria o define como sendo oriundo da afeição, ou mesmo como sendo uma inclinação, um sentimento amoroso em relação a algo ou alguém. Desta forma, o afeto poderia ser entendido também como: adoração, amizade, afeição, admiração, amor, apego, benquerença, carinho, dedicação, dileção, estima, querença, simpatia, ternura. O afeto, portanto, é comumente associado com sentimentos positivos, de acolhimento, de pertença. No âmbito das ciências humanas, inúmeros autores também se propuseram a tratar do tema do afeto. Destarte todas as tentativas e proposições feitas para o afeto enquanto sentimento, há que se notar o desafio apontado por Fornasier:

No âmbito dos afetos, o grande desafio da contemporaneidade aparenta ser a comunicação do aspecto passional do afeto com o caráter ponderado do vínculo e isso, segundo Botturi (2009), se concretiza por meio da busca de uma raiz comum. (FORNASIER, 2016, p. 91).

O próprio Botturi, em trecho de sua obra destacado por Fornasier, busca realçar essa aparente relação de oposição e convergência entre a razão e a afeição:

O prevalecer social da racionalidade analítica e calculadora técnico-científica tende a assimilar cada forma de racionalidade e a estranhar o afetivo na esfera do racional; a afetividade, por sua vez, sendo sempre menos em comunicação com critérios racionais ontológicos e axiológicos, se desenvolve em termos sempre mais subjetivos e anônimos. (BOTTURI, 2013 apud FORNASIER, 2016, p. 91).

Não provoca estranhamento, portanto, que o Direito cause um certo desconforto na comunidade acadêmica ao buscar um recorte jurídico num tema eminentemente tratado na seara do emocional e sentimental. O que a princípio pode aparentar ser uma apropriação indevida de um conceito eminentemente psicológico, de forma extremamente simplificada, mostra-se em realidade o reconhecimento de que, face a esse novo paradigma dentro das relações familiares, o Direito não poderia quedar inerte às transformações ocorridas nos conceitos de família(s). O mundo jurídico, revendo seus conceitos, se abre a uma nova seara de consideração das relações familiares como espaços de afetividade entre os indivíduos. Neste momento, há que se atentar a uma sutil diferença no tratamento dado aos vernáculos “afeto” e “afetividade”:

Afeto e afetividade, embora dividam a mesma origem, não se confundem: a afetividade é a dinâmica das relações afetivas, é a constante transição dos sentimentos humanos entre os mundos interno e externo; afeto é sentimento. (ANDRADE, 2010, p. 73).

A afetividade, entendida como dinâmica das relações afetivas, também é alvo de estudos dos diversos campos científicos. Na psicologia, o termo afetividade se refere à suscetibilidade que o ser humano experimenta diante de determinadas alterações que acontecem tanto no mundo exterior como em si próprio. Neste sentido, Henri Wallon percebe a afetividade como a capacidade que o ser humano tem de ser afetado positiva ou negativamente, por sensações externas e/ou internas; desta forma, a afetividade seria um dos conjuntos funcionais da pessoa, atuando conjuntamente com a cognição e com o ato motor, no processo de desenvolvimento e construção do conhecimento. Ou seja, no campo da psicologia e da educação se é afetado pela afetividade a todo tempo, tanto de forma positiva quanto negativa.

Um segundo entendimento, também oriundo dos estudos da psicologia, seria o de que a afetividade é um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções para outro ser vivo. Bock (1999, p. 193), afirma que:

“os afetos ajudam-nos a avaliar as situações, servem de critério de valoração positiva ou negativa para as situações da nossa vida; eles preparam nossas ações, ou seja, participam ativamente da percepção que temos das situações vividas e do planejamento de nossas ações ao meio.” Por meio da afetividade, portanto, estaria o ser humano hábil a criar laços com outros humanos, a partir de experiências agradáveis ou desagradáveis experienciadas.

Ao Direito não cabe debater os aspectos bio-psicológicos do afeto e da afetividade, posto que se encontram fora de sua esfera de conhecimento e domínio. Pessanha (2011, p. 3) entende que “a afetividade é um elemento essencial de suporte na família atual, pois é considerada a base da sociedade e é resultado da transeficácia dos fatos psicossociais que se converte em fatos jurídicos posteriormente”. Em mesmo sentido, opta-se por fazer coro ao pensamento de que “o afeto só se torna juridicamente relevante quando externado pelos membros das entidades familiares através de condutas objetivas que marcam a convivência familiar.” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2009, p. 39). Neste momento, e muito em conta do recorte adotado, convencionou-se que esta pesquisa deve se ater ao estudo do conceito jurídico da afetividade, posto que é justamente a afetividade no campo do Direito que se presta a legitimar o fato social (de clara relevância jurídica) que será a temática central da pesquisa, qual seja a poliafetividade.

Em respeito ao conhecimento amalhado pelas demais ciências, Paulo Lôbo (2008) buscou encontrar um sentido jurídico para a afetividade, da forma como presente no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo da afetividade jurídica é essencial para a compreensão da repersonalização do Direito das Famílias, posto que: “[...] a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”. (LOBO, 2008, p. 1).

Aprimorando a conceituação jurídica da afetividade, Calderón (2013) sustenta o uso do termo “princípio da afetividade jurídica objetiva”. *Ipsiliteris*:

Na proposta que ora se sustenta, o princípio da afetividade jurídica objetiva está presente no nosso sistema jurídico com incidência no direito de família brasileiro. Sua objetivação exclui da análise do direito aspectos subjetivos da afetividade e centra sua verificação da presença de fatos signo-presuntivos que a manifestem. Seu

substrato envolve relações de cuidado, entreaajuda, respeito, comunhão de vida, convivência, manutenção da subsistência, educação, proteção, carinho etc. (CALDERÓN, 2013, p. 320).

Busca, portanto, distinguir a afetividade jurídica (e, portanto, tendente a uma objetividade) de outros conceitos de afetividade exteriores ao Direito (mas não menos importantes). Mais ainda, intenta atribuir-lhe natureza principiológica.

3.2.4 O princípio da afetividade jurídica objetiva

Por meio da propositura do reconhecimento da existência de um princípio da afetividade jurídica, Calderón (2013) busca conceituar o que seria a afetividade relevante ao Direito. Partindo desta proposta, o autor se põe, ainda, a estabelecer mais algumas distinções, visando facilitar a compreensão do recorte que impõe em sua obra. “A procura por tais distinções e definições objetiva afastar o risco de enfraquecimento do próprio princípio por excessiva subjetividade e ausência de fundamentação”. (CALDERÓN, 2013, p. 323). Para dar esteio à sua proposta, apresenta três importantes detalhamentos, fundamentais na orientação do estudo do tema:

No 1º detalhamento, Calderón (2013) cumpre justamente com o cuidado metodológico, ao diferenciar a noção do afeto (que não possui uma conceituação puramente jurídica) da de afetividade, no sentido de manifestação, expressão fática do sentimento de afeto. Dada essa primeira distinção, parte o autor em busca de um maior aprofundamento do termo afetividade, subdividindo-o em duas dimensões: subjetiva e objetiva.

Tal distinção também já foi referida neste trabalho, ao cuidar da importância da diferenciação dos conceitos, justamente por conta da carga de significados acoplados aos mesmos. Restou consignado que o afeto seria o sentimento, enquanto a afetividade cuidaria de tratar da dinâmica das relações fundadas no afeto. No entanto, mesmo a afetividade não encontra um significado único em todas as ciências; desta forma, enxerga-se também a relevância de se seguir a nova distinção proposta, no sentido de se subdividir também a afetividade em duas dimensões: subjetiva e objetiva.

No 2º detalhamento, Calderón (2013) informa que a dimensão subjetiva não interessaria ao Direito, posto que diretamente relacionada a fatores individuais psíquicos; logo, a dita afetividade subjetiva nada mais era que o afeto em si, ou seja, sentimento. Por sua vez, deve cuidar o direito da dimensão objetiva da afetividade, que seriam as condutas externalizadas pelo sujeito. “Ou seja, o direito não estaria regulando sentimentos, mas sim apenas valorando fatos representativos, tidos como relevantes para o ordenamento.” (CALDERÓN, 2013, p. 322). Para o mundo jurídico, demonstrada (e provada) a afetividade objetiva, a subjetiva (o afeto como sentimento em si) resta presumida.

Neste ponto, muito embora se concorde com as premissas apresentadas pelo autor, há que se discordar da conclusão à qual o mesmo chegou. De fato, vislumbra-se a necessidade de subdivisão da afetividade em subjetiva e objetiva; no entanto, entende-se que a afetividade subjetiva não pode ser equiparada diretamente ao afeto, justamente pelo fato de ser uma subdivisão de uma categoria que, conforme já estudado, já foi previamente diferenciada do próprio afeto, pelas razões já expostas. Ao afirmar que a afetividade subjetiva é o próprio afeto, ou seja, sentimento, o autor derruba por terra sua própria tese de que a afetividade é conceito distinto do afeto. Desta forma, por entender a afetividade como a dinâmica das relações do afeto, enxerga-se na afetividade subjetiva uma aproximação da tentativa de conceituação jurídica com a própria definição do conceito apresentada pela psicologia. Assim, a afetividade subjetiva poderia ser entendida como sendo aquela capacidade que o ser humano tem de ser afetado positiva ou negativamente, por sensações externas e/ou internas a si mesmo; capacidade esta de cunho altamente subjetivo, à qual já se determinou que não cabe ao direito valorar.

Quanto ao conceito proposto por Calderón (2013) para a afetividade objetiva, como condutas externalizadas pelos indivíduos, objetivamente aferíveis pelos aplicadores do Direito, enxerga-se o acerto do autor. De fato, pretender estabelecer uma conceituação eminentemente jurídica para um termo que é amplamente estudado pelas diversas ciências, apresentando significados distintos que variam de acordo com a abordagem proposta por cada campo do saber, é um grande avanço, posto que propenso a reduzir as críticas que o Direito recebe por conta das tentativas de simplificar conceitos em seus textos legais e decisões. Desta forma, entende-se

acertada a pretensão de validação de um conceito puramente jurídico, e, portanto, objetivamente auferível, segundo critérios pré-determinados para a afetividade.

Por fim, no 3º detalhamento faz referência ao termo socioafetividade, concordando com o proposto por Lôbo (2009, p. 454) no sentido de que seria esta um fato jurídico decorrente da manifestação social da afetividade (objetiva). Desta forma, haveria socioafetividade em uma relação quando externados fatos identificadores da afetividade jurídica objetiva.

Quanto a este ponto, questiona-se o fato de que a socioafetividade vem ganhando relevância dentro do ordenamento jurídico como elemento que possibilita o reconhecimento de relações familiares, de paternidade e de maternidade, a título de exemplo. No entanto, não se pode perder de vista que em muitas situações em que pode, de fato, haver a presença de fatos signo-presuntivos de afetividade, não há manifestação de vontade no sentido de se consubstanciar a relação aparente. É o caso, por exemplo, da pessoa que presta auxílio material (material de higiene, escolar, brinquedos) à uma criança filha de um funcionário, bem como permite que essa criança frequente sua residência; contudo, tais gestos não se podem fazer presumir uma filiação socioafetiva ou mesmo uma adoção “à brasileira” sem que haja a expressa manifestação de vontade. Muitas vezes, a presunção cega da socioafetividade pode mascarar atos tidos como de caridade, auxílio ou mesmo benevolência, como demonstrativos de uma inexistente socioafetividade. O elemento volitivo deve manter sua relevância dentro das possibilidades de reconhecimento de relações socioafetivas.

3.3 A AFETIVIDADE JURÍDICA OBJETIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Explicada como deve ser feita a apreensão do termo ‘afetividade’ no mundo jurídico, sob o recorte de ‘afetividade jurídica objetiva’, há que se indagar de qual forma essa afetividade vem sendo entendida e reconhecida dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme é sabido, o Direito é um constructo social, resultante das constantes reestruturações das sociedades; portanto, mutável, e de forma alguma pode ser entendido como um conceito fixo, metafísico. Desta forma, não se pode quedar inflexível (ou imune) às transformações sócio históricas.

A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo jus ao status de família 'eudemonista', doutrina que considera ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana". (VECCHIATTI, 2008, p. 223).

Para que se possa tratar do estudo da afetividade no Direito brasileiro, não se pode olvidar a relevância social e jurídica que a Constituição Federal de 1988 assume, posto que se faz centro do ordenamento jurídico brasileiro. É a Constituição que trata de um vasto conjunto de matérias, de diversas ordens, e que deve submeter os regramentos inferiores a um critério de validade, consistindo em uma ordem sistêmica, que é a compatibilidade com o texto constitucional.

A Constituição da República de 1988 reescreveu o Direito de Família no Brasil (e não só ele), retirando do Código Civil de 1916 e demais normas a centralidade do sistema de Direito Civil, posto incorporar no texto constitucional os valores normativos e comandos precisos que passaram a informar o Direito pós-1988, permitindo (quicá exigindo) que os problemas humanos e suas regulações ordinárias fossem e sejam interpretadas à luz da Constituição, e não ao contrário. (HIRONAKA, 2015, p.46).

A Constituição, em seu bojo, apresenta diversas normas, que podem ser tanto regras quanto princípios, a depender de seu conteúdo. Enquanto a regra comporta suporte fático hipotético mais determinado e fechado (trabalha com hipóteses de incidência por meio da subsunção), os princípios apresentam tal suporte fático hipotético mais indeterminado e aberto. "No mundo contemporâneo, os princípios, em razão de sua ductilidade e adaptabilidade, são os instrumentos jurídicos apropriados para lidar com as mutações sociais, contribuindo para o avanço da sociedade e para a afirmação dos valores de justiça". (LÔBO, 2016, p. 108)

3.3.1 A principiologia constitucional: entendimento e aplicação

Não há como se falar na natureza jurídica da afetividade sem que antes se faça uma breve remissão à Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy e tão difundida dentro do ordenamento brasileiro. A base desta teoria é a distinção entre regras e princípios, o que leva a uma diferença, de natureza qualitativa, no tratamento e aplicação dos mesmos.

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. (ALEXY, 2008, p. 87).

Uma das principais distinções entre regras e princípios se dá justamente nas hipóteses de conflito: o conflito entre regras se dá na esfera de validade, já o conflito entre princípios se daria na dimensão de peso. Isso significa que, havendo um conflito entre regras, ou deve-se introduzir no ordenamento uma cláusula de exceção ou deve-se declarar a invalidade de uma destas regras, com o consequente extirpamento dela do ordenamento jurídico, por conta dessa incompatibilidade. Pelo contrário, quando há uma colisão de princípios, não se cogita a eliminação total de um deles; o que deve ser feito é a supressão de um deles no caso concreto, resguardado seu núcleo fundamental.

Na hipótese em que se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas contraditórias entre si – e esse conflito não pode ser solucionado pela inclusão de uma cláusula de exceção –, uma delas deve ser declarada inválida, e isso por meio dos critérios clássicos de resolução de antinomias, como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. [...] quando dois princípios colidem, um deles deverá ceder frente ao outro. Contudo, o princípio cedente não é declarado inválido, e tampouco deve ser introduzida cláusula de exceção nele. O que irá ocorrer é que, sob determinadas condições, o princípio que obtiver maior peso terá precedência em face do outro com o qual colide. (DALLA BARBA, 2018, p. 66)

A essa precedência de um princípio frente ao outro, que só pode ser avaliada no caso concreto, dá-se o nome de Máxima da Proporcionalidade, que se subdivide em três exames sequenciais: de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito. Repita-se, só se aplica esta máxima quando há choque entre princípios; quando há uma regra envolvida, deve-se introduzir na mesma cláusula de exceção ou extirpá-la do ordenamento. Em momento oportuno, após as devidas caracterizações e enquadramentos dos conceitos de monogamia e afetividade, este estudo se encaminhará para as possíveis soluções do impasse que se põe, à guisa de conclusão.

A partir da teoria de Alexy, condicionou-se o entendimento de que princípios seriam, em realidade, mandados de otimização face às diversas possibilidades fáticas e jurídicas que se apresentem. Desta forma, outra relevante distinção se apresenta: os

princípios possuem natureza deontológica (dever-ser), enquanto as regras possuem natureza axiológica (bom). Os princípios constitucionais podem ser expressos (quando positivados no texto constitucional explicitamente), ou implícitos, quando muito embora não estejam escritos no texto da carta magna, sua existência e validade possa ser extraída da leitura da própria Constituição.

3.4 STATUS JURÍDICO DA AFETIVIDADE

Verificada a distinção entre regras e princípios e as consequências derivadas desta forma de divisão, há que se averiguar qual o status jurídico da afetividade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Analisando a doutrina nacional acerca do reconhecimento da afetividade e de seu valor dentro do ordenamento jurídico brasileiro, três principais correntes se destacam no que se refere ao estudo do status da afetividade na Constituição Federal de 1988. Desta forma, e para que se possa analisar as correntes que se formam na doutrina brasileira, faz-se recurso à dialética, que “é considerada como a forma de demonstrar visões contrapostas, na pretensão de desconstruir ideais e argumentos, que já foram evidenciados por mudanças sociais”. (PESSANHA, 2011, p. 2) Assim, buscar-se-á contrapor os elementos distintivos de cada uma das vertentes jurídicas acerca do posicionamento da afetividade no mundo jurídico, para que se entendam as contradições e se chegue a um posicionamento, que embasará este trabalho.

Partindo desta premissa, verifica-se que a primeira corrente, majoritária, confere status principiológico à afetividade, como princípio implícito constitucional derivado do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de seus corolários. Por sua vez, há uma segunda corrente que, muito embora reconheça a importância da afetividade e do afeto para as famílias, considera o afeto apenas como valor jurídico, sem natureza principiológica. Há ainda uma terceira corrente, que argumenta que o afeto não deve ser objeto do Direito; ou seja, repele expressamente qualquer perspectiva principiológica à afetividade. Verificar-se-ão os principais argumentos e posicionamentos de destaque dentro de cada corrente para que se possa emitir um posicionamento referente ao debate.

3.4.1 A afetividade como princípio

A primeira corrente apresentada neste estudo é aquela que atribui natureza jurídica principiológica à afetividade após a Constituição Federal de 1988. Tal corrente desenvolveu-se a partir da tese proposta por Paulo Lôbo, que classificou a afetividade como princípio de Direito de Família, revelando sua centralidade dentro de uma nova perspectiva do Direito das Famílias centrada na dignidade das pessoas. O autor afirma expressamente que “o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico” (LÔBO, 2002, p. 46). Por sua vez, Calderón (2013, p. 287) atribuiu a quatro juristas a construção de um início de teoria jurídica da afetividade, o que deu embasamento teórico-jurídico à possibilidade de reconhecimento da afetividade como princípio jurídico; seriam eles: João Baptista Vilella, Guilherme de Oliveira, Luiz Edson Fachin e o próprio Paulo Luiz Netto Lôbo.

A partir do reconhecimento desta tese, diversos outros autores passaram a adotar posicionamentos em sentido similar, defendendo, portanto, a natureza principiológica da afetividade. Ressalte-se que dos posicionamentos encontrados, a maioria dos autores não cuida de fazer minuciosa diferenciação de terminologia entre afeto e afetividade; muitos vislumbram a importância do afeto nas relações familiares, e, por conta disto, afirmam a relevância jurídica da afetividade e a necessidade de seu enquadramento como princípio, a exemplo de Giselle Groeninga, que refere que “cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade”. (GROENINGA, 2008, p. 28)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 82), ao cuidar do tema, refere a natureza da afetividade como hipótese de princípio constitucional implícito, que “pode ser extraído da interpretação sistemática e teleológica dos arts. 226, §§ 3º e 6º, 227, caput e § 1º, ambos da Constituição Federal”. Desta forma, vislumbra-se que a afetividade estaria em consonância com todo o sistema constitucional, bem como com os demais princípios, não havendo óbice à sua elevação a este status. Sobre a relação da afetividade com os demais princípios, Carlos Dias Motta (2009, p. 359) expõe o seguinte quadro: “O princípio da afetividade ganhou peso em

confronto com outros, prevalecendo em algumas situações ou, mesmo não prevalecendo, limitando ou ajustando o peso dos princípios concorrentes. Veio, portanto, recolocar as coisas em seus lugares [...]”. Maria Helena Diniz (2011, p. 38) resume que “[...] princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”.

Desta forma, e resumidos os principais aspectos desta corrente, também já se manifestaram pelo reconhecimento da natureza principiológica da afetividade: Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2010, p. 43), Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 58-59), Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 24), Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 50-53), Giselda Hironaka (2016, p. 135), Jorge Shiguemitsu Fujita (2009, p. 108), Luiz Edson Fachin (2011, p. 12), Maria Berenice Dias (2007, p. 67), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 87), Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 179/180), Rolf Madaleno (2011, p. 95), Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 221), dentre tantos outros.

Alguns pontos comuns no reconhecimento da natureza principiológica da afetividade são: a sua pertinência sistemática dentro da CF/88, a sua importância como elemento identificador das relações familiares, e o papel central que a afetividade assume dentro do Direito de Família após a repersonalização do Direito Civil. Conclui-se com o posicionamento de Lôbo (2012), no sentido de que:

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. (LÔBO, 2012, p. 20).

Desta forma, este estudo se inclui na perspectiva de considerar a afetividade como princípio jurídico, de forma consciente das possíveis repercussões que esta opção pode ocasionar, a exemplo do reconhecimento das entidades familiares fundadas sobretudo na afetividade. Ainda assim, há que se expor o pensamento dos autores que divergem deste entendimento, bem como as críticas que os mesmos fazem à atribuição de natureza principiológica à afetividade.

3.4.2 A afetividade como valor jurídico

Existe também uma segunda corrente doutrinária que, muito embora reconheça a importância da afetividade e do afeto para as famílias, considera o afeto apenas como valor jurídico, sem natureza principiológica. Para alguns destes autores, é vislumbrado um risco claro na atribuição da natureza principiológica à afetividade, conforme destacam Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior:

Imputar à afetividade tal predicado induz conferir à mesma característica imperativa. Saliente-se, mais uma vez, que os princípios jurídicos são norma, e, por isso, de obrigatoria observância. Nisso se assenta a dúvida. A afetividade é passível de cobrança? Pode-se impor a alguém que tenha e preste afeto a outro(s)? (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 43).

Em mesmo sentido, Viegas (2017, p. 187) enxerga que: “considerar a afetividade como um princípio jurídico implicaria em admitir todos os efeitos de tal atribuição. Princípios são normas dotadas de imperatividade, o que significa dizer que se poderia exigir afetividade de outrem”. De fato, o afeto como sentimento é expressão de subjetividade, e não pode ser forçado, muito menos exigido, sob pena de tornar-se falso. No entanto, conforme já visto, não se pode abrir mão de considerar que a distinção feita entre afeto, afetividade e afetividade jurídico objetiva é de suma relevância para as tratativas do tema. Repita-se: afeto é sentimento, afetividade é dinâmica das relações afetivas, e afetividade jurídico objetiva é a análise jurídica dos fatos signo-presuntivos (e, portanto, objetivamente aferíveis) da afetividade nas relações familiares.

Paulo Lôbo (2009, p. 13) cuidou de deixar esta questão esclarecida, no sentido de que a afetividade, como princípio jurídico “[...] não se confunde com o afeto, como fato psicológico, ou anímico, porquanto pode ser presumido quando este faltar na realidade das relações”. Ou seja, mesmo inexistindo afeto em uma relação onde ele seria normalmente previsível (de parentalidade consanguínea, por exemplo), ainda assim pode-se tornar exigível uma prestação (neste exemplo, alimentícia) decorrente do reconhecimento da afetividade jurídico objetiva, ou mesmo da socioafetividade, onde cabível. Não é preciso o reconhecimento ou a apreciação do afeto para a identificação de uma situação onde se caiba aplicar a afetividade como princípio; desta forma, não está o Direito obrigando afetos ou mesmo interferindo na seara de intimidade dos sentimentos e emoções das pessoas.

Repita-se, o que a primeira corrente estaria buscando seria atribuir natureza principiológica ao aspecto da afetividade que pode ser objetivamente apreciado pelo

Direito. Não estaria o Direito, portanto, impondo sentimentos ou interferindo na autonomia privada das pessoas no que se refere ao afeto privado, pelo contrário, cuidaria ele de regular as consequências tangíveis da presença/ausência da afetividade jurídico objetiva. Por exemplo, pode-se tratar da questão da filiação socioafetiva e de um possível rompimento deste vínculo afetivo em momento posterior: mesmo findado o afeto, como sentimento, permanece a obrigação alimentar como consequência jurídica da existência, por determinado período, do vínculo produzido pela afetividade jurídico objetiva; mantém-se o dever de assistência, cuidado e seus corolários, na esteira do proposto na IV Jornada de Direito Civil, realizada no CJF em 2006: Enunciado 341: “Art. 1.696. Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”. Desta forma, não se está obrigando que um pai ame seu filho socioafetivo por toda a vida, mas apenas que, se em dado momento reconheceu-se tal paternidade socioafetiva, que esta tenha consequências práticas mesmo quando findado o vínculo afetivo.

Pois bem, a possibilidade de imposição legal do afeto e da afetividade por conta de uma atribuição de natureza principiológica não é a única questão levantada pelos doutrinadores que assumem a relevância jurídica ao afeto sem, contudo, enxergar na afetividade verdadeiro princípio constitucional implícito. Existem aqueles que apenas não afirmam a afetividade como princípio, mas que não dão razões claras para o seu posicionamento. Autores como Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 10), Eduardo de Oliveira Leite (2005, p. 195), Fábio Ulhoa (COELHO, 2011, p. 20), Paulo Nader (NADER, 2011, p. 6) e Arnaldo Wald e Priscila Corrêa da Fonseca (WALD; FONSECA, 2009, p. 2), não atribuem natureza de princípio à afetividade, muito embora reconheçam sua primazia como elemento definidor das famílias contemporâneas. Para eles, a afetividade seria um valor de extrema relevância jurídica no Direito das Famílias, e o seu reconhecimento algo necessário dentro do ordenamento.

3.4.3 A afetividade não é princípio

Ultrapassadas as duas primeiras correntes doutrinárias, a primeira reconhecendo a natureza principiológica da afetividade e a segunda atribuindo-lhe o status de valor relevante ao ordenamento, sem status principiológico, há, por fim, uma terceira corrente, que, por sua vez, afirma que o afeto não deve ser objeto do Direito; ou seja, repele expressamente qualquer perspectiva principiológica à afetividade. Dentre os principais expoentes desta corrente, destaca-se a opinião proferida por Marco Túlio de Carvalho Rocha, no sentido de que:

Uma vez que no sentido filosófico-científico 'afeto' tem consonância com 'sentimento', o Direito não pode ser chamado a protegê-lo incondicionalmente, uma vez que muitas de suas manifestações contrariam os valores fundamentais da ordem jurídica. Além disso, o Direito somente regula a conduta humana exteriorizada. (ROCHA, 2009, p. 61)

Sobre este posicionamento, e todos aqueles que se fizerem em mesmo sentido, deve-se rememorar que este estudo já delimitou as distinções conceituais necessárias a fim de justamente evitar a manutenção desta celeuma jurídica. O afeto é sim sentimento, e o Direito justamente não se propõe a intervir nesta questão; o Direito cuida das condutas humanas exteriorizadas oriundas das práticas objetivadas como de ordem afetiva. Ou seja, ao Direito cabe regular os atos externalizados que coincidam com os comportamentos objetivamente auferíveis como representantes da real afetividade jurídico objetiva. Desta forma, enxerga-se também um excessivo simplismo no pensamento proferido por Roberto Senise Lisboa: “No seu sentido lato, a afeição e o respeito possuem, conforme definido, um sentido diferente. Não são propriamente critérios jurídicos a serem utilizados para a fundamentação de solução jurídica dada a um problema familiar.” (LISBOA, 2010, p. 46), posto que afeição seria sinônimo do próprio afeto, e não a afetividade juridicamente considerada, objeto deste trabalho.

Em mesmo sentido, Gustavo Tepedino (2005, p. iv) aduz que: “Nos escombros da desconstituição da família inexitem certamente amor e afeto – que, de resto, não se constituem em princípios jurídicos e, por isso mesmo, carecem de força coercitiva”. Por sua vez, Regina Beatriz Tavares da Silva (2011, p. 43) também acredita que o afeto, como sentimento, não pode servir para embasar o Direito, conforme se extrai da seguinte passagem: “O afeto é relevante nas relações de família, mas não se pode olvidar que o direito de família tem embasamento em direitos e deveres e não em sentimentos e emoções [...]”.

De todos os pensamentos colacionados, nota-se que a principal problemática exposta pelos autores que encabeçam essa corrente se origina, justamente, do não-conhecimento (ou não-aceitação) da chamada afetividade jurídica objetiva, tema já explorado neste trabalho, e que distingue, com certa clareza o afeto enquanto sentimento da afetividade enquanto objeto jurídico. Ao enfrentar as críticas tecidas à teoria da afetividade jurídica objetiva, Calderón (2013, p. 299) considera que “A afetividade jurídica que se sustenta não resta apegada às questões de sentimento ou meramente subjetivas, mas sim se refere a fatos que externem determinadas relações intersubjetivas, nas quais, em vista disso, seria presumida a manifestação afetiva subjetiva.” Mais ainda, sobre uma possível falta de objetividade na proposição do conceito, aduz que diversos conceitos jurídicos também o são marcados por uma elevada carga subjetiva, e que cabe à doutrina e a jurisprudência delimitarem de forma mais precisa, após os necessários debates, os contornos do conceito proposto.

3.5 DESDOBRAMENTOS: AS FAMÍLIAS FUNDADAS NA AFETIVIDADE

O fato é que, entendida a afetividade como princípio ou mesmo como valor jurídico de relevância no Direito das Famílias, deste reconhecimento decorrem diversas consequências práticas e jurídicas. Por conta do recorte adotado por este estudo, dentre as consequências do reconhecimento da importância da afetividade, há que se trabalhar com a questão da legitimação das mais diversas formas familiares fundadas no novo paradigma afetivo. As famílias lastreadas na afetividade são uma realidade social, clamam por acolhimento e proteção dentro do ordenamento jurídico ao qual “submete-se” a sociedade brasileira. “Submete-se” entre aspas posto que, conforme já visto, a realidade social precede o Direito, e se constitui alheia às suas determinações e vedações. Cabe ao Direito estar atento às transformações da sociedade, posto que o conceito contemporâneo de família é plural, aberto e inclusivo.

Assim sendo, tema recorrente no ordenamento brasileiro pós-constitucionalização do Direito Civil é a pluralidade das entidades familiares constitucionalmente reconhecidas. Com a edição da Constituição Federal de 1988, a família (ou as

famílias) passaram a ser balizadas pelos princípios constitucionais. Dentre os princípios que assumiram posição de destaque e mudaram a cara do Direito de Família, podem-se destacar: a) dignidade da pessoa humana; b) solidariedade (e solidariedade familiar); c) igualdade; d) liberdade; e) afetividade; f) intervenção mínima do Estado; g) pluralidade das entidades familiares.

[...] os principais aspectos da profunda mudança valorativa por que passou o Direito de Família são, de um lado, a alteração da noção de unidade familiar e, de outro, a alteração do papel atribuído às entidades familiares. Ambos os aspectos estão intimamente relacionados aos princípios da afetividade e da função serviente da família. (PEREIRA, 2007, p. 91).

A família, repita-se, é instrumento de realização da dignidade da pessoa humana de seus membros; é a serviço (e em função) deles que ela se forma e se mantém. Frente à Constituição Federal de 1988, a família mostra-se “ninho sem moldura” (FACHIN, 1999, p. 60), devendo ser considerada de forma plural, não mais havendo que se falar em um modelo familiar único, mas sim em diversas unidades familiares, cada uma com as características e peculiaridades que lhe cabem. Desta forma, entende-se por unidade familiar a reunião de indivíduos em núcleos por vínculos afetivos, devido ao fato de que “[...] o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psicoafetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um”. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 45).

Esta consideração é importante tendo em vista que antes da Constituição Federal de 1988, era o Código Civil de 1916 quem conferia o status de família, e este status era conferido apenas àquelas situações em que se verificasse “grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil”. (GOMES, 1999, p. 22). A família, para o Código Civil de 1916, só se formava por meio do matrimônio.

Neste contexto, o Texto Maior de 1988 instituiu a Família como gênero que, para além da concepção matrimonial, alberga outras espécies de arranjos familiares. Neste contexto, há possibilidade de se extrair algumas espécies explícitas e outras implícitas. (JATOBÁ, 2016, p. 76)

As entidades familiares explicitamente positivadas na Constituição de 1988 são aquelas encontradas nos parágrafos do art. 226; trata-se da família formada pelo

casamento (§§1º e 2º), da família formada a partir da união estável (§3º) e da família monoparental (§4º). Porém, o art. 226 não encerra *numerus clausus*, tendo em vista que diversas outras configurações familiares merecem respeito e proteção. O *caput* do artigo mesmo informa “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Desta forma, há que se tentar identificar na legislação pátria uma conceituação para o que seria família (ou famílias), muito por conta de que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil de 2002 evitam definir qual seria a estrutura das famílias, sendo este conceito eminentemente doutrinário. No entanto, a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) inovou ao propor, no bojo do art. 5º, II, uma conceituação legal para o que seria a família:

Art. 5º [...]

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;

A partir dessa conceituação, deve-se compreender que família é essa comunidade formada por indivíduos, com ou sem vínculo biológico, que se unem por vontade ou por afeto. Para além de não estabelecer limitações danosas, a Lei, no mesmo artigo, ainda cuidou de dispor sobre questão que rotineiramente era debatida no âmbito dos Tribunais, da seguinte forma: “Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Reconheceu, portanto, a possibilidade de relações homoafetivas também originarem núcleos familiares. Feitas estas considerações, há que se verificar, neste momento quais famílias também podem ser albergadas sob a proteção do art. 226, da CF/88, tomados por base os princípios constitucionais citados.

3.5.1 Modalidades familiares

Conforme visto, muito embora o art. 226 da Constituição Federal de 1988 tenha cuidado de ofertar especial proteção às famílias, bem como de positivar algumas espécies familiares, ele não o fez de forma exaustiva, havendo que se falar, portanto, em espécies explícitas e implícitas de família na Constituição. São três espécies explícitas, duas oriundas de vínculos de conjugalidade (por meio do casamento e da união estável) e uma oriunda exclusivamente do vínculo de

parentalidade (família monoparental). Por sua vez, não há limites estabelecidos para quantas ou quais seriam as espécies implícitas, opta-se por referir às que são mais frequentemente identificadas pela doutrina e pela jurisprudência, sem que com isso se intencione limitar o surgimento de quantas mais se fizerem socialmente presentes, atualmente ou mesmo no futuro. “Cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa.” (PERLINGIERI, 2007, p. 244).

A forma mais conhecida, tradicional e paradigmática de se constituir família continua sendo por meio do casamento; ainda assim, não há que se considerar o casamento como única forma ou como forma superior de configuração familiar. Atualmente, o casamento é apenas uma forma constitucionalmente explícita de se constituir família, ao lado das demais. Note-se que, no Brasil, muito embora o casamento tenha sido introduzido nos moldes da religião católica trazida de Portugal, hodiernamente a união heterossexual e monogâmica compactuada apenas por meio do ato religioso não mais origina casamento, por não produzir efeitos no mundo jurídico. Maurício Pessoa refere as mudanças pelas quais o casamento passou ao longo da história da seguinte forma:

O casamento consensual, que se originou no direito romano, o casamento exclusivamente religioso, com fundamento no Direito Canônico até o Concílio de Trento, o casamento civil e religioso vigente desde o Concílio de Trento até o Código de Napoleão e finalmente o casamento civil obrigatório, correspondente à secularização do casamento. (PESSOA, 2000, p. 218).

Atualmente, o casamento, para ter efeito, deve atender ao disposto no Código Civil de 2002, consistindo no chamado casamento civil, solene e formal; “casamento” apenas no religioso ou por meio de contrato particular originam, por sua vez, é união estável. Um ponto de extrema relevância convém ser referido: por meio da Resolução nº 175, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), datada de 14 de maio de 2013, foi reconhecido e possibilitado o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, não sendo mais a diversidade de sexos elemento essencial para o matrimônio (o que era, inclusive, disposição constitucional). Ou seja, foi provada a possibilidade de flexibilização de um dos elementos essenciais ao casamento frente às transformações sociais e aos anseios de parcela populacional, o que pode se constituir num importante precedente para a flexibilização de outras regras atinentes ao instituto, tal como a monogamia.

A união estável, por sua vez, consiste em outra forma de se constituir relação conjugal que dá surgimento a uma família; é também forma familiar expressa no art. 226 da CF/88. É estado de fato (ato-fato jurídico; independe de vontade expressa, basta existir no mundo real) que se converte em relação jurídica graças às disposições constitucionais, que expressamente lhe entregam proteção.

Em síntese, união estável é a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, “não adúltera” e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil. E concubinato é a relação conjugal na qual existem impedimentos para o casamento. (PEREIRA, 2013, p. 47)

Viegas (2017, p. 197/198) enxerga como elementos indiscutíveis da união estável: ânimo de constituir família (*intuito familiae*), estabilidade, continuidade e publicidade; a diversidade de sexos já se encontra mitigada pelos motivos já vistos. No tocante aos impedimentos para o casamento, a autora se filia à corrente capitaneada por Maria Berenice Dias, no sentido de que não se pode negar efeitos a uma família que, de fato, existe, por conta de ela violar uma vedação legal. “O fato de a pessoa se encontrar casada não tem obstado a formação de família, prova disso são os inúmeros núcleos familiares simultâneos existentes na pós-modernidade”. (VIEGAS, 2017, p. 198) Maria Berenice aduz sobre as uniões estáveis formadas alheias ao impedimento que: “negar-lhe a existência, sob o fundamento de ausência de objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal”. (DIAS, 2013, p. 184).

Após apresentar breves definições e configurações, que não intentam (nem de longe) esgotar o conteúdo dos institutos do casamento e da união estável heterossexuais, há que se cuidar da existência destas mesmas formas, só que observadas pelo prisma da homoafetividade. Tomando por base os novos paradigmas das famílias, suas funções sociais atuais e as tendências doutrinárias e jurisprudenciais demonstradas, afirma Rodrigo da Cunha Pereira:

Se a família encontra-se dissociada do casamento e da procriação, se a união homoafetiva contém respeito, consideração mútua, assistência moral e material recíprocas, não se justifica deixar ao desabrigo essa entidade familiar sob as normas de ordem moral ou por não se tratar de diversidades de sexos, sobretudo diante da liberdade de opção sexual consubstanciada no direito à privacidade. (PEREIRA, 2013, p. 204)

As uniões homoafetivas, desta forma, encontram guarida no ordenamento brasileiro, havendo entendimentos favoráveis nos tribunais superiores sobre o tema (ADI nº 4.277/2011 e ADPF nº 132/2011) devendo receber tratamento similar ao dado às uniões heterossexuais. Neste sentido, repita-se a orientação da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça equiparou os efeitos destas uniões, tendo, inclusive, impedido os Cartórios brasileiros de se negarem a converter (ou registrar) uniões estáveis homoafetivas em casamentos civis.

Ocorre que, na prática, os relacionamentos não são sempre dotados de perpetuidade. Com o fim de uma forma de conjugalidade primariamente escolhida, por meio da separação de fato ou do divórcio, não há que se negar a possibilidade do surgimento de novas relações entre os indivíduos. A busca pela felicidade não deve ser limitada pelo alcance de uma regra (moral ou jurídica); logo, a figura dos recasamentos mostra-se cada vez mais presente na sociedade pós-moderna. Em realidade, verifica-se que cônjuges ou companheiros entram neste novo relacionamento trazendo consigo heranças de seus relacionamentos anteriores, afinal, o vínculo parental não se extingue com o fim do vínculo conjugal. Eis que surgem as chamadas famílias recompostas, mosaico ou reconstituídas.

Chama-se de família ensambada, recomposta ou reconstituída, uma estrutura familiar fundada no casamento, união estável ou homoafetiva, em que um ou ambos os membros do casal atual ao reconstruir sua vida familiar em um novo relacionamento, traz consigo um ou vários filhos dos relacionamentos anteriores. (JATOBÁ, 2016, p.139)

Outro elemento importante das famílias mosaico é o fato de que, como bem apontam Tiezzi e Gesse (2016, p. 03) a existência dessas famílias abre um leque de possibilidades no que se refere às mais diversas possibilidades de ocorrência e reconhecimento da multiparentalidade, fenômeno que vem ganhando destaque dentro do ordenamento nacional, a partir da valoração da socioafetividade. Chama-se de fenômeno da tridimensionalidade da paternidade: biológica, jurídica e socioafetiva; vale ressaltar que esse tema ainda se encontra repleto de controvérsias, no entanto, já está sendo amplamente debatido pela doutrina e pelos tribunais.

Fala-se muito em conjugalidade como elemento formador das famílias, porém, não se pode olvidar que, para além destas famílias conjugais, existem outras, que se fundam nos vínculos parentais, por motivos diversos. O primeiro exemplo é o caso

das famílias monoparentais, formadas por um genitor e seus descendentes. A ausência de uma relação de casal pode ocorrer por diversos motivos, conforme informa Maria Helena Diniz:

A família monoparental ou unilateral desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em razão da viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, “produção independente”, etc. (DINIZ, 2010, p. 10)

Vislumbra-se, portanto, que a monoparentalidade pode ocorrer por diversas causas, algumas por decisão voluntária do genitor, outras não. Desta forma, os elementos identificadores da família monoparental são: a presença de um único genitor, a existência de prole, a escolha (ou não) desta situação. Como bem informa Lôbo (2008, p. 67) não há um regramento específico que cuide das situações de monoparentalidade, na ocorrência deste a entidade familiar, são aplicadas as regras gerais atinentes ao parentesco. Desta forma, alcançada a maioria da prole, por qualquer das hipóteses, incluída a emancipação, cessa o poder parental, restando apenas as relações de parentesco.

Outro exemplo de família não fundada em uma conjugalidade é a denominada família anaparental (BARROS, 2002), em consonância com o prefixo grego “ana”, que significa privação ou falta. É aquela em que “[...] a convivência longa e duradoura entre dois irmãos que convivem juntos na falta ou ausência dos pais (por morte ou abandono), ou até mesmo duas amigas idosas que decidem viver o resto de suas vidas juntas, compartilhando suas aposentadorias, seriam exemplos de família anaparental)”. (JATOBÁ, 2016, p. 119) Já há, inclusive, reconhecimento jurisprudencial de impenhorabilidade de bem de família em família anaparental (REsp n. 159851-SP – 1997/0092092-5 – STJ - Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

A família anaparental, porquanto não fundada na verticalidade dos vínculos parentais (ascendente e descendente), encontra diversos obstáculos ao seu reconhecimento, sobretudo dentro do Direito das Sucessões. Maria Berenice Dias (2015, p. 145) aponta diversos problemas decorrentes do não reconhecimento desta entidade familiar: é o caso de duas irmãs que moram juntas e constituem um patrimônio familiar em comum, formando uma família anaparental. Ocorre que, com o óbito de uma delas, e inexistindo herdeiros de classes anteriores, todos os irmãos são chamados como herdeiros colaterais para dividir igualmente o patrimônio; não

há precedência na ordem de vocação hereditária daquela pessoa que conviveu em situação de anaparentalidade com o *de cuius*. Desta forma, a autora entende que, configurada a anaparentalidade colateral, dever-se-ia encarar essa situação como preferencial, aplicando-se por analogia o regramento da união estável; no entanto, sua posição ainda é minoritária dentro da doutrina.

Por outro lado, a ampliação do conceito de família tem consequências para além de seus integrantes nucleares. O reconhecimento da afetividade como elemento aglutinador leva ao (re)surgimento das chamadas famílias extensas, compostas não apenas pelos pais, filhos e avós, mas também por aqueles outros tocados pelo vínculo do parentesco e que mantenham com aquele núcleo relações de afeto, mútua ajuda e convivência. As famílias extensas, inclusive, foram expressamente reconhecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seu artigo 25, parágrafo único.

Para além das famílias já reconhecidas pelo Direito, exemplificadas acima, existem outras que ainda possuem um longo caminho a trilhar na busca pela sua dignidade. São situações que se encontram às margens do reconhecimento jurídico, muito embora sua configuração possa ser mais corriqueira do que o esperado. O desconhecimento, ou mesmo o preconceito relega seres humanos à marginalidade, negando-lhes direitos básicos e essenciais, negando-lhes o próprio status de família. Nesse grupo, encontram-se as situações de simultaneidade familiar, concubinato e poliafetividade. Suas conceituações costumam ser mais abertas, inclusive, tais institutos se tocam em diversos pontos controversos; diante desse quadro fático, faz-se necessário estudo mais aprofundado dos institutos em voga, com suas semelhanças e traços distintivos, o que será realizado no tópico seguinte. Desde já, fica-se com a conclusão encontrada por Rodrigo da Cunha Pereira, no sentido de que:

Famílias tradicionais, nucleares, bi nucleares, reconstituídas, mosaico, monoparentais, homo afetivas, uniões estáveis, geradas através de processos artificiais, casais sem filhos, filhos sem pais... São as velhas e novas representações sociais da família contemporânea. O Direito e a justiça não podem deixar de dar respostas aos novos arranjos familiares, que se goste ou não, sob pena de repetir injustiças históricas. (PEREIRA, 2013, p. 216)

É importante que o Direito (seguindo caminho já trilhado pelas demais ciências humanas e sociais) se aproprie, também, do termo afeto, e cuide de estudar, tentar

entender e normatizar a afetividade como princípio, pois sua função no ordenamento é precípua para o reconhecimento de diversas situações fáticas já existentes (e, por falta de regulamentação, muitas vezes legadas a um espaço de não-direito), a exemplo da paternidade socioafetiva e das novas formas familiares (ambas em processo de reconhecimento), dentre outras.

4 POLIAFETIVIDADE

O presente capítulo tem como escopo apresentar um estudo multidisciplinar acerca da poliafetividade, investigando a relação entre este fenômeno familiar e a principiologia constitucional. Para tanto, há que se considerar a atualidade do tema e a escassez de produção científica sobre as configurações de famílias poliafetivas.

Toma-se como ponto de partida para esse estudo indagação feita por Maluf na obra “Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade”, qual seja: “Uma pergunta chave para o tema: tem a sociedade o direito de intervir no afeto privado?” (MALUF, 2010, p. 96). Objetiva-se, desta forma, apresentar um estudo multidisciplinar acerca do fenômeno da poliafetividade, investigando a relação entre a autonomia privada de se constituir família e a os limites de uma possível intervenção estatal. Ainda, busca-se analisar a literatura, sobretudo jurídica, fazendo-se uma revisão na doutrina acerca do que se entende por família, poliamor, poliafetividade, e de que forma estes institutos se relacionam com a tábua axiológica colocada pela Constituição Federal de 1988.

Pela natureza qualitativa, a seguinte pesquisa busca descrever e interpretar as possibilidades de reconhecimento social e jurídico das famílias poliafetivas, formadas com lastro na afetividade e pautadas pela autonomia privada, considerado o dogma monogâmico que ainda rege o ordenamento brasileiro. Quanto às técnicas e procedimentos metodológicos, optou-se pela realização de pesquisa teórica, priorizando a análise da adequação das famílias poliafetivas à proteção ofertada pela Constituição Federal de 1988. A abordagem também se faz por meio de pesquisa documental, buscando uma análise de conteúdo, com o conseguinte reexame de teorias já existentes no ordenamento, objetivando-se o encontro de novas interpretações.

O procedimento de pesquisa aplica a tipologia jurídico-prospectiva, explorando premissas e condições relativas ao tema, com intuito de verificar o estado da arte, no Brasil, acerca da poliafetividade. Para tanto, faz-se necessária a utilização de dados primários e secundários, bem como de outras fontes jurídicas tradicionais.

Considerando-se que o tema deste artigo dialoga com a perspectiva da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada de se constituir família e da intervenção

estatal nas relações familiares em face da não adoção voluntária e consciente do paradigma monogâmico, justifica-se a discussão que se adota.

4.1 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR: “NOVAS” FAMÍLIAS?

A modernidade clássica, em busca de segurança, pautou na seara afetiva um ideal de amor romântico, ou seja, aqueles relacionamentos com pretensão de vitaliciedade, constituídos entre um homem e uma mulher (heterossexuais, portanto) com fundamento religioso e objetivos patriarcal e reprodutor, na grande maioria das vezes. Ocorre que esse ideal, artificialmente construído como ferramenta de dominação, mostra-se frágil ao condicionar os laços afetivos à uma verdadeira relação sufocante, que não permitia aos indivíduos expressarem suas individualidades e sua sexualidade de forma plena.

Desta forma, o desejo pela liberdade de autodeterminação mostrou-se desenfreado, levando as pessoas a procurarem novas formas de se relacionar com si mesmas e com as pessoas à sua volta. Com esta guinada no pensamento e nas convicções pessoais, houve uma maior abertura para o surgimento, ou ressurgimento, de outras possibilidades sexuais, afetivas e amorosas, lastreadas pela mudança de valores e da própria sociedade, mudanças estas que devem ser acompanhadas pelo Direito e pelo Estado, concretizando novas formas de proteção normativa às novas entidades familiares.

Não se está a afirmar, por evidente, que a pluralidade não se apresentasse no passado. [...] A diferença reside na circunstância de que, com a valorização das funções pessoais da família, para além das institucionais, as famílias diversas do modelo matrimonializado adquirem novo status social, atenuando-se, gradativamente, o estigmatizante sentido de marginalidade que lhes era atribuído. (RUZYK, 2005, p. 135)

Ademais, soma-se à mudança na concepção acerca das funções sociais das famílias pós-modernas a importância da tecnologia, dos meios de comunicação e das redes sociais para a viabilização de propagação das informações, facilitando os debates, a transmissão de conhecimento e o próprio contato entre pessoas que demonstram os mesmos anseios. A globalização impõe que a pluralidade de organizações sócio familiares deve ser protegida e respeitada, sob pena de se negar

direitos básicos e fundamentais aos indivíduos que a compõem. Assim, consideradas a facilidade na obtenção de informações, a circulação dos indivíduos pelo globo e a afirmada laicidade do Estado brasileiro, não pode o jurista, muito menos o legislador, negar efeitos à uma espécie de conformação familiar por puro desconhecimento ou preconceito.

Entende-se que o destaque assumido pela afetividade, vista como princípio constitucional implícito, ou mesmo como valor juridicamente relevante, provocou importantes mudanças no Direito de Família. O reconhecimento da afetividade expandiu as possibilidades no que se refere aos núcleos familiares, vez que a cada dia mais e mais comunidades de afeto ganham reconhecimento como família. Elementos que antes eram tidos como essenciais para a formação das famílias passam a ser acessórios: vínculo biológico, diferença geracional, conjugalidade; existem famílias já reconhecidas pelo Direito que se formam mesmo na ausência destes elementos.

No tocante ao reconhecimento da pluralidade de formas familiares, notável a importância do art. 226 da Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a pluralidade e determinar que o Estado preste especial proteção às famílias. “A Constituição da República de 1988 promove a proteção das pessoas, seres humanos, que formam núcleos domésticos concretos, singulares, imperfeitos. Do ponto de vista constitucional, o modo pelo qual se formam ou se mantêm esses núcleos é secundário”. (FIUZA; POLI, 2015, p. 25) No que se refere aos diversos tipos familiares que se formam na realidade social, alguns são de mais fácil acolhimento, tanto pela sociedade quanto pela jurisprudência, enquanto outros carecem de um estudo mais aprofundado, justamente por conta de tocarem temáticas que ainda sofrem de muito preconceito social. Para alguns núcleos familiares, aos quais já foi atribuída relevância jurídica, já há uma normatização posta, enquanto para outros, pelas razões apontadas, faz-se necessário maior estudo, posto que não existe no ordenamento resposta pronta para aquelas situações, tidas como de fato.

[...] as relações reputadas jurídicas seriam as que se colocam de antemão como retratadas no sistema jurídico positivo mediante categorias por meio das quais podem ser construídos modelos. As relações de fato são aquelas que se situam, como a priori, no “não-direito”, sem que se possa identificar de antemão no direito positivado categorias ou modelos que as definam ou visem espelhá-

las. Essas relações ou situações de fato, entretanto, poderão ter relevância para o direito. (RUZYK, 2005, p. 71)

Desta forma, e considerando que os núcleos de mais fácil aceitação social e jurídica já foram elencados em tópico anterior, cuida-se neste momento de averiguar aquelas situações em que, por desconhecimento ou preconceito, a sociedade, o legislador e o julgador deixam de atribuir efeitos familiares à estas “famílias de fato”. “A relevância jurídica da situação de fato não é, nesse caso, oferecida pela equiparação a uma situação de direito, mas, sim, pela abertura operada pelos princípios, que fazem a mediação entre a exterioridade do sistema [...] e as regras a ele interiores [...]” (RUZYK, 2005, p. 74) Ressalte-se que o não reconhecimento destas situações, cotidianas para grande parcela da população brasileira, enseja a manutenção de discriminações históricas, contribuindo para a marginalização de mulheres e crianças inseridas no contexto das famílias concubinárias, simultâneas ou mesmo poliafetivas.

Pesquisadores que estudam a "família", para além dos marcos heterossexual, se deparam com questões inusitadas, ausentes em estudos tradicionais. Trânsitos identitários, deslocamentos, conflitos e rupturas que podem parecer confusos, existem em profusão nas relações sociais e começam a ser eleitos como temas por cientistas sociais e o primeiro resultado é a constatação de que o conceito de família é povoado por uma multiplicidade de famílias. (BENTO, 2006, p. 3).

Desta forma, e atento aos dilemas que a pesquisa acerca das formas familiares dissidentes do paradigma heteronormativo e monogâmico pode apresentar, aprofunda-se no estudo das famílias poliafetivas e seus corolários. A princípio, o que se pode afirmar é que não há, de fato, uma “nova família brasileira” (FIGUEIRA, 1987, p. 29), existem apenas velhos e novos modelos da já tradicional família brasileira que ganharam destaque nos últimos tempo, seja nos Tribunais ou mesmo na mídia, e que, por conta disso, clamam por reconhecimento. Dentre estas situações, destacam-se as famílias simultâneas, oriundas do dito concubinato, e as famílias poliafetivas, que surgem da prática da não-monogamia responsável. “Não se trata da substituição de um tipo dominante de família – a conjugal moderna – por outro tipo, a pós-moderna – uma vez que a família marcada pela dicotomia entre papéis não desapareceu, nem foi substituída por outro tipo de família que possa ser chamada pós-moderna”. (VAITSMAN, 1994, p. 17). Trata-se, portanto, de analisar as possibilidades de coexistência do tradicional com o “novo”.

4.1.1 Simultaneidade familiar e concubinato: destaques

Interessante notar que a inclusão do concubinato e da simultaneidade familiar em um tópico destinado às “novas” famílias não é acidental, muito menos leviana. Pelo contrário, o que se busca é ironizar o fato de que essas famílias, muito embora existam em território nacional desde antes da colonização, e tenham ganho destaque (negativo, por óbvio) durante o período colonial, o legislador só se atentou à necessidade de regulamentação e proteção de seus integrantes a pouquíssimo tempo.

É que a simultaneidade familiar nas relações conjugais é vista como uma forma de relacionamento moralmente reprovável. Estigmatizada independentemente de se conhecer o contexto verdadeiro daquelas pessoas inseridas no núcleo posto em condição de simultaneidade, esta realidade é simplesmente rechaçada, como se todas as formações paralelas estivessem inseridas num único contexto. No imaginário social ainda prepondera a ideia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e, “a outra”, por conseguinte, satanizada. (FERRARINI, 2010, p. 89).

Um ponto importante a que se deve referir é a necessidade de formação de um novo núcleo familiar, paralelo ao originário, para que se possa cogitar a configuração de simultaneidade familiar. Relacionamentos extraconjugais meramente sexuais, esporádicos ou clandestinos não tem o condão de formar família: tratam-se de adultério eventual. Ferrarini (2010) aponta como elementos identificadores deste tipo de relação a boa-fé objetiva, a afetividade, a coexistência (no sentido de satisfação existencial recíproca), a estabilidade e a ostentabilidade plena. De fato, nesta relação deve restar clara a intenção de se constituir, também, núcleo familiar.

A simultaneidade familiar é gênero, posto que acolhe em seu conceito diversas conformações sob uma mesma alcunha: a título exemplificativo, podem haver situações em que: a) apenas a pessoa que se encontra compondo ambos os núcleos sabe desta situação (é o exemplo do homem que integra famílias em cidades distintas, sem que uma família saiba da outra, e com ambas atendendo aos requisitos identificadores); b) apenas os integrantes de um dos núcleos familiares tem consciência da simultaneidade, a outra família nada sabe da situação; c) todos tem ciência da situação de simultaneidade, e aceitam compartilhar o membro em

comum. A cada situação elencada, atribuem-se efeitos distintos, sobretudo em consideração à boa ou má-fé dos integrantes da família paralela. Mas, convenhamos, é justo negar direitos a uma família que, de fato, existe, apenas pelo argumento de que tal família teria se formado no engano de outra? Uma família seria mais merecedora de direitos que a outra, apenas pelo critério temporal, de ter se formado antes, ou por conta de ter sido “oficializada” por conta de uma certidão de casamento ou declaração de união estável?

Não se pretende debater a fundo a questão da simultaneidade familiar neste trabalho, por exceder ao recorte escolhido, mas considera-se importante que questões como essas sejam levantadas desde já, posto que o não reconhecimento das situações de simultaneidade também é apto a ferir a dignidade da pessoa humana, elemento tão caro ao objeto desta pesquisa.

4.2 POLIAMOR

O poliamor é um fenômeno social que demonstra a existência de novas organizações relacionais, que não se adequam aos dogmas da monogamia e da heteronormatividade. Estudar o poliamorismo é se abrir à uma nova dimensão de direitos, surgidos da diversidade de como as pessoas podem constituir e manter seus relacionamentos íntimos, sexuais e amorosos. De início, é preciso ressaltar que o poliamorismo se encontra na seara das designadas relações livres; portanto, contraditório seria tentar conceituar de forma fechada e com pretensão de completude um instituto que, em última instância, faz-se demonstrativo da plena autonomia privada no âmbito das relações interpessoais. Não há uma identidade fixa do poliamor, o que há é um constante processo de identificação dos sujeitos.

[...] pensar o poliamor é também entender que os sujeitos estabelecem não uma identidade poliamorista em si, mas sim engendram processos de identificação que se dão em âmbito subjetivo, a partir da elaboração de determinados sentimentos e emoções. Partindo dessa premissa, é possível entender que nem mesmo poliamoristas ambicionam fechar-se em um conceito que ainda está em construção. (FRANÇA, 2016, p. 52).

Ao afirmar o poliamor como um conceito em construção, França (2016) assume o risco de que de sua opinião possa-se imaginar que, algum dia, haverá um conceito

concreto do que é o poliamor. Em sentido contrário, entende-se que, justamente pelo fato de o poliamorismo ser um constante processo de identificação subjetivo, nunca haverá um conceito que consiga delimitar as práticas poliamoristas. No entanto, muito embora não se intencione fixar uma definição, existem algumas características das relações “poli” que convergem no sentido de se entender o poliamor como a prática da não-monogamia responsável, pautada pela honestidade. Navarro Lins (2014, p. 14) sintetiza brilhantemente o instituto ao afirmar que o poliamor consiste em “relações interpessoais amorosas que recusam a monogamia como princípio ou necessidade”. O poliamor, portanto, só pode se desenvolver em um ambiente ético, de afeto, responsabilidade e não-exercício intencional da monogamia. No contexto acadêmico, Luciana Chater enxerga o poliamorismo como:

[...] uma teoria psicológica, recente na área do Direito, segundo a qual determina a possibilidade de coexistência de duas ou mais relações afetivas paralelas, em que há conhecimento e aceitação de todos os seus membros que convivem em uma relação múltipla e aberta. (CHATER, 2015, p. 41)

Fora do contexto acadêmico, interessante é para o estudo do tema entender como os poliamoristas tentam definir a si mesmos. Desta forma, enxerga-se a relevância da consulta aos sites mantidos por praticantes e grupos poliamoristas na internet, a exemplo do site português Poliamor.pt e do site americano ThePolyamorySociety. O site português Poliamor.pt assim apresenta a filosofia poliamorista: [...] um tipo de relação em que cada pessoa tem a liberdade de manter mais do que um relacionamento ao mesmo tempo. Não segue a monogamia como modelo de felicidade, o que não implica, porém, a promiscuidade. (POLIAMOR.PT, 2014) Por sua vez, o site ThePolyamorySociety, dos Estados Unidos, define:

Poliamor é a filosofia não possessiva, honesta, responsável e ética, bem como a prática de amar várias pessoas ao mesmo tempo. O poliamor enfatiza a escolha consciente de com quantos parceiros alguém deseja estar envolvido, ao invés de aceitar normas sociais que determinam que se ame uma única pessoa[...]. (THE POLYAMORY SOCIETY, 2014)

Desta forma, entende-se que o poliamorismo abrange a possibilidade de se amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo; por amor se entende o vínculo afetivo íntimo, sério, romântico e estável entre estas pessoas. E é justamente a aceitação dessas múltiplas relações afetivas entre os participantes que distingue o poliamor de outras formas de relacionamento não monogâmicos; há que existir plena

honestidade entre os participantes. Desta forma “O poliamor questiona a instituição do casamento monogâmico heteronormativo (e patriarcal) e explicita que embora seja o arranjo afetivo hegemônico, não é o único, nem o melhor e, mais interessante, permite pensar em que medida nossas emoções e sentimentos são construídos, ou, mais precisamente, ‘inventados’ coletivamente”. (SILVA; NERES; SILVA, 2017, p. 91)

4.2.1 A criação do termo poliamor

O fenômeno do poliamor como objeto de estudos e debates, sobretudo no meio acadêmico, ainda pode ser considerado recente, porém, há registros históricos da utilização do termo há mais tempo. Cardoso (2010) informa que a palavra poliamor teria sido utilizada pela primeira vez em 1953, na *Illustrated History of English Literature*, Vol. 1, por Alfred Charles Ward, ao descrever Henrique VIII como um “determinado poliamorista”. No entanto, a utilização do termo nada teria a ver com o atual fenômeno do poliamor como estudado.

A palavra poliamor – e, por conseguinte, a raiz da identidade associada – foi inventada duas vezes, em dois contextos claramente diferentes que, como disse, marcam duas correntes diferentes existentes actualmente. Isto gera, até ao dia de hoje, uma complexidade acrescida – a história da palavra está envolvida em contestação. (CARDOSO, 2010, p. 9).

Sobre o surgimento do poliamor em termos mais próximos dos atuais, tem-se duas principais correntes. A primeira, que seria a vertente espiritualista e pagã, teria surgido em 1990, propagada pela Igreja de Todos os Mundos, da qual refere-se como principal representante Morning Glory Zell-Ravenheart. A autora teria sido a primeira a utilizar o adjetivo “poly-amorous” para designar as pessoas que optavam em manter relações amorosas e sexuais com mais de um parceiro simultaneamente, aceitando também o direito dos outros o fazerem. Por sua vez, “a outra vertente do poliamor tem um pendor marcadamente menos religioso ou transcendentalista, podendo mesmo dizer-se que parece bastante mais cosmopolita e preocupada em resolver alguns dos problemas que surgem nas relações amorosas não-monogâmicas consensuais dos países de ‘Primeiro Mundo’ da sociedade ocidental”. (CARDOSO, 2010, p. 11/12) Teria sido Jennifer Wesp a “criar” a palavra neste

contexto, buscando, com a idéia do uso do termo poliamor, afastar as concepções acerca do sexo, puramente, para cuidar, em verdade, de aspectos emocionais e românticos oriundos da prática de amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.

Desta forma, verifica-se que existem, de fato, duas principais correntes no que se refere ao poliamor: a primeira, mais ligada a valores espiritualistas e religiosos, na qual se destacam as figuras de Morning Glory Zell-Ravenheart e Deborah Anapol, e uma segunda corrente, mais cosmopolita, preocupada com os conflitos internos (e externos) que podem se originar da prática de se amar mais de uma pessoa por vez. Este estudo opta por enxergar e debater a prática do poliamor dissociada de suas questões religiosas e espiritualistas; no entanto, ainda assim se utiliza de conceitos e definições advindos desta primeira corrente, por compreender sua importância para a sedimentação do tema, bem como por enxergar a relevância das autoras no cenário internacional, influenciando, inclusive, os adeptos da segunda corrente.

4.2.2 Poliamor: um discurso sobre orientação sexual?

Klesse (2016) apresenta um estudo acerca do status do poliamor nos Estados Unidos. Aponta o autor que existem duas principais correntes no que se refere às tentativas de obter reconhecimento jurídico para as relações poliamorosas: uma primeira corrente buscaria o reconhecimento por meio do reconhecimento do poliamor como orientação sexual minoritária, dissociada do paradigma monogâmico; por sua vez, uma segunda corrente buscaria reconhecimento por meio da ampliação do espectro dos relacionamentos oriundos do exercício da autonomia privada aceitos pelo Direito, sem, contudo, condicioná-los a modelos definidos e fechados.

Para os defensores da primeira corrente, a exemplo de Elizabeth Emens (2004) e Ann Tweedy (2011), o poliamor deve ser entendido como uma orientação sexual, restrita, portanto, a um certo grupo de indivíduos, uma “minoria”. Para Emens, o caminho para o reconhecimento social e jurídico seria justamente o de distanciar as práticas poliamorosas das relações convencionais monogâmicas por meio do discurso de uma prática de minoria, que necessitaria, portanto, de ações afirmativas para o seu reconhecimento, tais quais foram necessárias para a aceitação da comunidade LGBT, por exemplo. “[...] *one lesson from gay politics is that the*

universal potential of an identity trait may engender distance rather than empathy, resistance rather than support.” (EMENS, 2004, p. 346). Desta forma, defende a autora que uma tentativa de discurso generalizante levaria ao repúdio do poliamorismo, mas que, em sentido contrário, a apresentação das práticas, como fruto de uma determinada orientação sexual minoritária, poderia levar à aceitação. *“Convincing the Mainstream nonmonogamists that polyamorists are a recognizable group with a distinct identity might be poly’s best chance of overcoming the effects of the paradox of prevalence.”* (EMENS, 2004, p. 352).

Em pensamento complementar, Tweedy (2011) defende que visualizar o poliamorismo como orientação sexual levaria à sua inclusão nas políticas de não-discriminação governamentais. *“[...] expanding the definition of sexual orientation to include polyamory for purposes of anti-discrimination law appears to be a reasonable choice.”* (TWEEDY, 2011, p. 1509). Para a autora, os poliamoristas sofrem diversas complicações em suas tratativas com a sociedade: ao revelar sua identidade poliamorista, as pessoas são alijadas por suas famílias e amigos, discriminadas nos cultos religiosos e nos locais de trabalho, enfrentam problemas legais ao tentar reconhecer/romper a relação, no que se refere à guarda dos filhos, divisão do patrimônio, questões previdenciárias e sucessórias, dentre outros tantos problemas. Desta forma, merecem acolhimento por meio de ações afirmativas e de proteção das minorias reconhecidas pelo Estado.

Because polyamory appears to be at least moderately embedded as an identity, because polyamorists face considerable discrimination, and because non-monogamy is an organizing principle of inequality in American culture, anti-discrimination protections for polyamorists are warranted. Moreover, polyamory shares some of the important attributes of sexual orientation as traditionally understood, so it makes conceptual sense for polyamory to be viewed as part of sexual orientation. (TWEEDY, 2011, p. 1514).

A partir do pensamento exarado pela primeira corrente, formou-se uma segunda, que, em sentido oposto, defende que classificar o poliamorismo como orientação sexual limitaria tanto suas práticas como a sua fluidez como relação livre (RLI). Um dos principais defensores desta corrente é Klesse (2016), que se propõe a desconstruir o discurso do poliamor como orientação sexual.

[...] I present a range of arguments against the deployment of minoritising discourses and more specifically sexual orientation models in the field of poly relationship rights activism. My discussion will focus on the following concerns: first, sexual orientation discourse

undermines the disruptive and transformative potential of polyamory as a practice; second, it presents a reductionist approach that limits the kinds of non-monogamy that are likely to benefit from any rights that may be achieved in its name; and third, it undermines the capacity and inclination of the poly movement to forge wider alliances around relational rights. (KLESSE, 2016, p. 1365)

O autor divide seu discurso em três argumentos principais: o primeiro, de que a definição de uma orientação sexual poliamorista limitaria o espectro da prática poliamorista; o segundo, de que tal reconhecimento como opção sexual limitaria as possibilidades das práticas não-monogâmicas dentro de um padrão pré-determinado; o terceiro, de que seria adequada uma abordagem mais ampla, de forma que o movimento poliamoroso viesse a integrar uma proposta maior, de reconhecimento de todas as possíveis formas relacionais que intentam proteção estatal.

Polyamory functions as an umbrella term for many approaches to non-monogamy and diverse (usually) multi-partner constellations of relationships or families. Many poly-identified people argue that the main – and most radical – point about polyamory is that it refuses to provide any prescriptive or normative mould for how consensual non-monogamy or polyamory should be practiced. [...] Promoting polyamory as sexual orientation will sustain and reinforce the exclusionary operations of identity claims, rather than resulting in an opening up of their critical interrogation. How many partners must a person be involved with to prove that polyamory is their sexual orientation? What kind of love narrative do they have to present to show that their behaviours are reflecting a deep-rooted disposition and not only a flimsily impulse towards sexual gratification? Sexual orientation discourse will reify and limit not only poly subjectivity, but also poly relationality. (KLESSE, 2016, p. 1365/1366).

Desta forma, Klesse (2016) defende que, ao invés de se buscar o reconhecimento do poliamorismo como orientação sexual, posto que limitaria o próprio instituto, o ideal seria observar o poliamorismo com foco na autonomia privada que deve reger os relacionamentos humanos. *“Rather than framing polyamory as a distinctive identity or orientation, it is helpful to see polyamory as a multi-positional but integrated field of intimate and sexual practices whose participants share at least potentially some concerns with others, both within the non-monogamous spectrum and beyond.”* (KLESSE, 2016, p. 1370) Deve-se expandir a compreensão (e proteção) do universo de interações pessoais de cunho sexual/amoroso possíveis, ao invés de se estreitar a visão sobre o poliamor como prática de minoria.

4.2.3 Poliamor como estética da existência

Em inovador artigo denominado “Michel Foucault e o Poliamor: cuidado de si, parresía e estética da existência”, Silva, Neres e Silva (2017) cuidam de analisar o poliamor como elemento de pesquisa para as Ciências Sociais, correlacionando-o com três noções da antiguidade greco-romana recuperadas por Foucault: cuidado de si, parresía e estética da existência. As duas coautoras e o coautor ressaltam que não há indícios de que Foucault tenha trabalhado com a perspectiva da poliafetividade, mas que, ainda assim, é interessante correlacionar seus estudos com o tema ora em apreço.

A proposta da nossa pesquisa é analisar em que medida as pessoas que praticam o poliamor pensam a si mesmas como sujeitos que praticam o “cuidado de si”; que tem a “parresía” como diretriz principal nos relacionamentos com seus múltiplos amores; e que buscam construir uma vida “livre” e “bela”, ou seja, que estão construindo a própria vida como uma “obra de arte”, ao menos no que diz respeito à “erótica”. (SILVA; NERES; SILVA, 2017, p. 106).

O primeiro elemento recuperado pelos autores é a noção que Foucault atribui para o “cuidado de si”, (*epiméleia heautoû*) que poderia ser entendido, via de regra como “uma atitude geral para consigo, para com os outros, para com o mundo”, como “uma forma de atenção que implica que se converta o olhar do exterior para si mesmo”, ou mesmo como “algumas ações, que são exercidas de si para consigo pelas quais nos assumimos, nos modificamos, nos purificamos, nos transformamos e nos transfiguramos” (SILVA; NERES; SILVA, 2017, p. 103). Para eles, é importante que se tenha em mente este conceito quando se estudam as tentativas de compreensão da formação da identidade poliamorosa nos indivíduos.

A vivência de amores múltiplos e simultâneos implica no relacionamento com outras pessoas – não apenas aquelas com as quais está envolvido eroticamente, mas também as amizades, os familiares, e as pessoas da comunidade em geral, pois essa escolha não hegemônica irá desafiar muitas convenções: as pessoas que vivem sob a monogamia poderão ver sua própria escolha em questão. Daí a importância do cuidado de si para que seja possível constituir uma subjetividade “poliamorosa”, que terá como principal elemento a “parresía”, sobretudo no que diz respeito às constantes negociações visando consenso com os parceiros e parceiras. (SILVA; NERES; SILVA, 2017, p. 104).

O cuidado de si relaciona-se diretamente com o segundo elemento do estudo, a parresía, que foi definida como “a coragem da verdade naquele que fala e assume o risco de dizer, a despeito de tudo, toda a verdade que pensa, mas é também a coragem do interlocutor que aceita receber como verdadeira a verdade ferina que ouve” (FOUCAULT, 2011, p. 13). Ou seja, agir com parresía, neste caso, seria se assumir como praticante do poliamor perante os outros, assumindo conscientemente o risco de rejeição individual (caso o parceiro não aceite esta situação) ou social (por parte da família, amigos, colegas de trabalho ou de culto, dentre outros).

Foucault ressalta que a parresía “implica um vínculo forte e constituinte entre aquele que fala e o que ele diz” – no caso do poliamor, a pessoa que afirma estar amando mais de uma pessoa ao mesmo tempo e o conteúdo implicado, quer dizer, a existência real desse sentimento – e esse vínculo “abre, pelo próprio efeito da verdade, pelo efeito de ofensas da verdade, a possibilidade de uma ruptura de vínculo entre aquele que fala e aquele a quem este se dirige” – quer dizer, que no ato de dizer a verdade o poliamoroso “arrisca a si mesmo e a sua relação com o outro” (FOUCAULT, 2011, p. 14) pois existe a abertura, mas não há garantias. (SILVA; NERES; SILVA, 2017, p. 105).

Tudo isso culmina na perspectiva da estética da existência, que poderia ser entendida, inclusive, como o projeto de existência afetiva daqueles que se denominam poliamoristas. Ao se abrirem às experiências dentro do plano da conjugalidade, os praticantes do poliamor se permitem viver para além do dogma monogâmico e heteronormativo, construindo neste caminho uma trajetória de luta, de auto aceitação, permeada por escolhas, conflitos e superações, de si, do outro e do próprio preconceito social.

Parece possível pensar o poliamor como uma estética da existência na medida em que a pessoa poliamorosa realiza uma escolha que exige um grau considerável de liberdade pessoal e também de criatividade ao constituir relações afetivas – íntimas, eróticas e sexuais – que desafiam o modelo hegemônico e não estão codificadas na moral tradicional, de modo que sua própria vida ou sua “biografia” poderia ser vista como uma obra de arte, porque envolve intenso trabalho ético – “cuidado de si” – e a mais profunda “parresía” – franqueza, coragem de dizer a verdade sobre si mesma e seus sentimentos – em relação as pessoas envolvidas. (SILVA; NERES; SILVA, 2017, p. 105).

Ante o exposto, conclui-se que, de fato, é possível vislumbrar o poliamor por meio dos conceitos de Foucault, e que este exercício é importante na medida que explicita que aceitar-se poliamorista é entender que se está vivendo de uma forma que

afronta diretamente os conceitos já postos, tanto sociais quanto culturais e políticos. A construção da trajetória poliamorista passa pela aceitação de si mesmo, e pela busca de sua aceitação pelos outros, e é justamente nesta batalha que se encontra o cerne da questão poliamorista: como viver a própria proposta de amores múltiplos sem se machucar e sem machucar os outros que possam acabar envolvidos.

Por conta deste cuidado, e da própria estética, é que os poliamoristas, bem como seus teóricos e estudiosos, buscam construir elementos que orientem a própria prática, impondo limites e expondo princípios e características fundamentais para que se pratique o “bom” poliamor, que é aquele em que se respeita a si mesmo e aos outros, construindo uma relação honesta e verdadeira.

4.2.4 Elementos caracterizadores

Visto o poliamor em linhas gerais, e entendida como inapropriada a busca por um conceito único, estanque e generalizante, vislumbra-se a necessidade de se identificar, ao menos, elementos mínimos que possibilitem a identificação prática de uma relação poliamorosa. Aguilar (2013, p. 106) enumera quatro caracteres essenciais a uma relação poliamorosa, quais sejam: a) a não-exclusividade amorosa e sexual (relações paralelas decorrentes de traição, ou seja, quando um dos membros mantém relações com uma pessoa externa ao grupo, não estão acobertadas pelo véu do poliamor que ao contrário, configura-se como um espaço de transparência e honestidade); b) a autonomia das pessoas; c) a transparência e honestidade no trato com seus parceiros; d) a valorização da intimidade, do carinho, da igualdade e da comunicação na relação.

Por sua vez, Emens, informa quais seriam os “princípios do poliamor” (EMENS, 2003, p. 37), lato sensu. O primeiro princípio é o autoconhecimento, seja no entendimento de sua orientação sexual, seja no conhecimento de sua identidade sexual no que se refere a monogamia. O segundo é o da honestidade, elemento estruturante da relação poliamorosa. O terceiro seria o do consentimento, no sentido de que todos os participantes devem estar cientes de fazerem parte de uma relação poliamorosa. O quarto princípio, por sua vez, é o autocontrole, ou seja, o respeito às esferas individuais dos outros integrantes, que é um contraponto à possessividade e

ao poder imposto pela monogamia. O último princípio, autoexplicativo, é a ênfase no amor e no sexo. Por meio dos mandamentos enumerados, que em muito se confundem com o próprio conteúdo de uma relação poliamorosa, a professora busca demonstrar que os praticantes do poliamorismo encaram com seriedade as questões éticas e práticas da condução de seus relacionamentos.

Em obra de 1990, Zell-Ravenheart enumera dois elementos indispensáveis para que uma relação poliamorosa se desenvolva com sucesso. São eles: a) honestidade e abertura acerca do estilo de vida poliamoroso; b) compromisso voluntário e pleno de todos os envolvidos na relação. A honestidade e o consenso são temas centrais no estudo do poliamor, por serem os elementos distintivos desta forma de relacionamento das demais formas não-monogâmicas, a exemplo do concubinato e das uniões simultâneas.

Em todos os pensamentos expostos, nota-se constante repetição de alguns termos, aos quais pode-se atribuir grande carga de importância no tratamento das relações poliafetivas. São eles: a afetividade, a honestidade, o crescimento pessoal, a igualdade, a comunicação, a intimidade e a não-possessividade. Uma relação poliamorosa tem que atender a estes requisitos para assim poder ser enquadrada. O poliamor é o espaço para a prática da não-monogamia responsável, e não uma abertura para a promiscuidade. Note-se que dentro de uma relação que se faz poliamorosa, também existe o conceito de traição, no sentido de envolvimento com uma pessoa externa à relação; a traição é firmemente repudiada, não por atentar contra um “dever de fidelidade” externamente imposto, mas sim por violar a confiança e o respeito ao qual os parceiros “poli” se comprometem ao adentrar na relação; o poliamor é um espaço destinado à transparência e honestidade.

4.2.5 As configurações das relações poliamorosas

Da mesma forma que se pode afirmar que não existe uma única forma de constituição de família, também não há apenas um tipo de relação poliamorosa. As possibilidades de fato das uniões poliamorosas são infinitas, por se tratar de

fenômeno sociológico, então opta-se por estudar as mais corriqueiras, apenas para fins exemplificativos, na esteira do destacado por Ruzyk:

[...] no âmbito da família plural não seria metodologicamente honesta a pretensão de apreender por meio de definições ou de um rol exauriente os diferentes arranjos afetivos que podem ser reputados como famílias, ainda que seja possível [...] traçar critérios vetores de identificação de realidades familiares. (RUZYK, 2005, p. 169).

No entanto, e atendendo ao fetichismo classificatório que domina o mundo jurídico, pode-se, a título exemplificativo, agrupar as diversas faces do fenômeno sociológico do poliamor em quatro grandes categorias, considerados os elementos aglutinadores e os distintivos presentes em cada relação poliamorosa individualmente considerada. Ressalte-se que atendidos os requisitos mínimos, que Lôbo (2002, p. 98) elenca como sendo a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade do vínculo afetivo (ressalvadas, por óbvio, as hipóteses de impossibilidade da publicidade por causas diversas alheias ao relacionamento em si), pode haver entidade familiar, devendo os direitos correlatos serem estendidos à essas famílias.

A primeira aglutinação é a chamada polifidelidade, que consiste em um tipo de relação poliamorosa que consiste na constituição de um único núcleo familiar, composto por mais de duas pessoas, que vivem uns com os outros em um relacionamento íntimo, sem envolver qualquer pessoa de fora do grupo. As relações amorosas, íntimas e sexuais se dão entre um grupo fechado de indivíduos, pré-constituído mediante o conhecimento e a aceitação de todos os membros. Em uma linguagem simples e despreocupada com rigores formais, a polifidelidade pode ser definida, para fácil entendimento, como uma união estável entre três ou mais pessoas. Termos como “trisal”, “tríade” ou similares são utilizados para se referir às relações de polifidelidade, por se assemelhar à situação de um casal, só que com mais integrantes.

Via de regra, os integrantes desse tipo de relação moram juntos e convivem todos entre si. Desta forma, há um verdadeiro “casamento”, com a única diferença no número de integrantes. Entende-se que o tratamento jurídico a ser conferido à polifidelidade deva ser similar ao concedido às famílias oriundas de vínculos conjugais, tais como as matrimoniais e originadas por união estável, posto que há uma única relação conjugal, pautada na afetividade entre seus membros, com o

diferencial apenas no que se refere ao número de membros envolvidos nesta única relação. Conforme será visto mais adiante, a polifidelidade qualificada pelo objetivo de constituir família também pode ser denominada de poliafetividade, e a ela devem ser reconhecidos direitos típicos das relações familiares (cíveis e previdenciários), para além dos direitos tipicamente patrimoniais. O aprofundamento das questões atinentes à polifidelidade (ou poliafetividade) será visto em apartado mais adiante.

O segundo modelo aglutinador dos relacionamentos poliamorosos é aquele que a doutrina convencionou chamar de poliamorismo aberto. Nesta forma, é permitido o envolvimento dos indivíduos da relação “poli” com pessoas externas à constituição originária; ou seja, todos os envolvidos podem manter diversas relações de diferentes tipos e intensidades, podendo, inclusive, manter mais de uma relação primária. Neste caso, a análise da possibilidade deste tipo de relacionamento poder originar família, e, portanto, ser cabível a concessão de direitos civis e previdenciários é casuística, devendo o juiz analisar as circunstâncias do caso concreto, dentre as quais o ânimo de formar família se destaca. A situação de poliamorismo aberto mostra-se mais complexa do que a polifidelidade, posto que, a partir de uma relação originária (que pode ser mono ou poli), surgem outras relações derivadas, que podem envolver todos os parceiros da relação originária ou apenas um deles, o que originaria, desta forma, uma real situação de simultaneidade familiar.

Para melhor explicação, analisemos uma situação hipotética: A e B mantêm uma união estável, mas ambos, com a ciência do companheiro, são praticantes do poliamorismo aberto. Logo, A e B constituem uma família originária, havendo entre eles todos os direitos civis e previdenciários.

Digamos que, ao longo dos anos, A conheça Z, se apaixone e mantenha com este um relacionamento afetivo público e estável, apto a originar uma entidade familiar (derivada), sem nunca romper o vínculo com B. Desta forma, há simultaneidade familiar, posto que A se encontra inserido em dois relacionamentos distintos, um com B e outro com Z, sem que, contudo, B e Z mantenham um relacionamento entre si. B, por sua vez, mantém relacionamentos com X e Y, mas em nenhum destes há animo de constituir família, tratam-se apenas de relacionamentos ocasionais ou esporádicos. Desta forma, e com o consentimento de A, B se vincula com X e com

Y, mas não se pode afirmar que estas relações originem situações conjugais, tampouco se possa afirmar que A tenha qualquer envolvimento com X ou com Y.

Deste caso hipotético se podem tirar várias conclusões: 1ª: o par A e B formam um casal que não se adequa ao paradigma monogâmico, posto que ambos exercem sua autonomia ao terem concordado com a possibilidade de existência de relações externas ao relacionamento originário de ambos. Muito embora não vivam uma situação de polifidelidade, são também considerados poliamorosos, por não pautarem sua vida e seu relacionamento pelo dogma monogâmico. 2ª: não há ocorrência de polifidelidade entre A, B e X, nem entre A, B e Y, A, B, e Z ou B, Y e Z, posto que estas conformações não condizem com a realidade apresentada no caso hipotético; o que existe é a conjugalidade formada por A e B, e a formada por A e X, que, desta forma, configurariam hipótese de simultaneidade familiar, posto que A integra dois núcleos familiares distintos.

Dadas estas conclusões, deve-se verificar as consequências práticas desta hipótese, sobretudo quando da morte de um dos integrantes, que, via de regra, produz efeitos sucessórios e previdenciários. Imaginemos que B, segurado da previdência, venha a falecer. Neste caso, óbvio que apenas A pode ser considerado dependente, tornando-se beneficiário da pensão por morte deixada por B. Nem X, nem Y e nem Z podem se habilitar como dependentes, posto que não mantinham relação de família com B. Da mesma forma, apenas A pode ser chamado a suceder B por conta da relação de conjugalidade, não havendo que se falar em direitos sucessórios para X, Y ou Z.

Por outro lado, caso o segurado A venha a óbito, a situação fica mais complicada, posto que este era membro de duas entidades familiares distintas entre si: uma com B e outra, distinta, com Z. Ambos os dependentes poderão ser considerados sucessores no direito civil e beneficiários de pensão por morte no direito previdenciário, já que ao optar por uma relação de poliamor aberta, todos estavam cientes de suas consequências, inclusive no advento da morte de algum parceiro.

Cabe ao julgador analisar o quinhão ao qual cada consorte sobrevivente faz jus, levando em conta o tempo e duração de cada relação, da contribuição na construção do patrimônio do falecido, sob pena de gerar enriquecimento sem causa para um dos envolvidos. É certo que haverá repartição do patrimônio e da pensão

aos sobreviventes, mas cabe ao Magistrado determinar as porcentagens para cada um. De fato, cria-se uma celeuma judicial com o advento da consideração da simultaneidade familiar oriunda da prática do poliamorismo aberto por A e B; no entanto, incabível em se pensar que o adequado, nestes casos, é ignorar a realidade social das conjugalidades simultâneas se conceder direitos apenas a B ou a Z, posto que ambos mantinham reais uniões estáveis com A, que atendiam a todos os requisitos de formação. Lembre-se que o Direito deve se adaptar à realidade social, e não o contrário; não deve o julgador criar ou perpetuar espaços de não-direito.

Nada muda, inclusive, se a família originária for composta por mais de duas pessoas; todos que mantinham relação de afeto, ânimo de constituir família e respeito aos mínimos padrões constitucionais se enquadram como sucessores e/ou dependentes do falecido. Da mesma forma, há também a possibilidade de que ocorra uma relação que é simultaneamente mono e poli: um dos parceiros define-se como monogâmico, porém concorda expressamente com as práticas poliamoristas de seu parceiro; não há violação do “dever de lealdade”, posto que ambos chegaram a um consenso dentro de sua relação, pautados na boa-fé e na honestidade. Como se vê, infinitas são as possibilidades de configuração de situações nas quais se verifique a ocorrência de poliamorismo aberto.

A terceira forma de constituição pode ser chamada de poliamorismo com redes de relacionamentos abertos íntimos hierarquizados. Assemelha-se muito ao poliamorismo aberto, com a principal diferença, se não única, de que aqui as relações encontram-se submetidas à graus de hierarquia, podendo-se falar em relações primárias, secundárias e terciárias e assim por diante, variando, nestes casos, o grau de intimidade, proximidade e compromisso.

Enquanto o poliamorismo aberto possui um enfoque maior na pluralidade de relacionamentos, o poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos possui um enfoque maior na hierarquia, razão pela qual é mais propício, do que o poliamorismo aberto, à construção de várias famílias derivadas. (SANTIAGO, 2015, p. 200).

Note-se que os mesmos requisitos aplicados no modelo de poliamorismo aberto podem ser utilizados aqui para se considerar a existência ou não das possíveis entidades familiares. Identificadas, a elas devem ser concedidos direitos em paridade aos atribuídos às famílias tradicionais. Porém, soa injusto cogitar conceder

a mesma quota de um bem ou benefício à integrantes de diferentes graus de hierarquia. No caso, deve o magistrado analisar todas as relações do de cujos, identificando quem são os beneficiários e em que grau estava sua relação com o falecido, para só então fazer a correta divisão de quinhões.

Como última forma a ser retratada neste trabalho, e justamente no interesse de se demonstrar que nem toda relação que se intitula poliafetiva tem intuito de constituir família, tem-se o poliamorismo individual, que consiste em uma única pessoa vivendo vários relacionamentos sem formar compromisso com qualquer dos parceiros. Neste caso, por não haver a busca de um companheiro (*lato sensu*) para se manter um relacionamento a longo prazo, não há que se falar em família, posto inexistir dois requisitos básicos: afeto e ânimo de constituir família. Poder-se-ia também falar do poliamorismo platônico, que, como o próprio nome já aponta, não possui conotação sexual.

4.2.6 Outros aspectos relevantes

Considerando que a sociedade e a família são os principais responsáveis pela formação dos indivíduos e sua socialização, pode-se afirmar que não se nasce poliamorista nas sociedades ocidentais: trata-se de um real processo de “conversão”, consciente da escolha em adotar um estilo de vida não hegemônico. É pensando nisso que Pilão (2012) elabora um resumo de como seriam as onze etapas para se tornar poliamorista, via de regra, posto que se mostra atento ao fato de que as trajetórias individuais tendem a divergir deste modelo, ante às especificidades de cada pessoa e de seu círculo social. As “onze etapas” seriam:

- 1 - Desejo de se envolver com mais de uma pessoa ao mesmo tempo;
- 2 - Traições e mentiras (ocultamento do interesse por terceiros);
- 3- Compartilhamento com os parceiros dos desejos e das traições;
- 4 - Término ou tentativas de viverem “relacionamentos abertos” ou swing, mantendo o parceiro antigo como hierarquicamente superior (relacionamento primário e outros secundários);
- 5 - Crítica à monogamia;
- 6 - Sofrimento por ciúme e pela limitação da “liberdade” dos RAs e/ou do swing;
- 7 - Questionamento desses limites e conhecimento do Poliamor;
- 8 - Encantamento com a proposta e a dúvida da possibilidade de realização na prática;
- 9 - Enfrentamento dos desafios: encontrar parceiros, controlar o ciúme, desenvolver “compersão” etc.;
- 10 - “Faixa preta” poliamorista: vivência de amores simultâneos, sem

hierarquizações e necessidade de autorização dos parceiros mais antigos; 11 - Relacionamento em grupo (“sonho” poliamorista). (PILÃO, 2012, p. 58).

Por meio da superação de cada etapa, a pessoa estaria se distanciando do dogma monogâmico e adentrando cada vez mais no universo poliamorista. Desta forma, verifica-se a necessidade de se adentrar na chamada “filosofia poliamorista”, que pode ser definida como “[...] uma filosofia de vida com identidade própria, pela qual as pessoas praticam um relacionamento afetivo não monogâmico, negociado, consensual, transparente, igualitário e recheado de compersão”. (VIEGAS, 2017, p. 253) A idéia de compersão relaciona-se diretamente com a questão do ciúme, que é um elemento marcante da maioria das relações humanas, sobretudo das relações monogâmicas. “O poliamor aceita como fato evidente que todos têm sentimentos em relação a outras pessoas que as rodeiam. Como nenhuma relação esta posta em causa pela mera existência de outra, mas, sim, pela sua própria capacidade de se manter ou não, os adeptos garantem que o ciúme não tem espaço nesse tipo de relação”. (LINS, 2017, p. 340).

Interessante é que por meio da filosofia poliamorista, busca-se justamente abandonar aspectos característicos da monogamia que costumam levar as relações a um fim, ou a sua completa degradação em existência. A compersão, desta forma, se opõe ao tradicional ciúme, elemento que costuma minar as relações monogâmicas. “O termo compersão é uma tradução do neologismo em inglês ‘*compersion*’ e é considerado um ‘novo’ sentimento, oposto ao ciúme e fruto de um movimento de superação do sentimento de posse, a partir da liberdade de amar do(s) parceiro(s).” (PILÃO, 2012, p. 7)

Competições, hierarquias e ciúmes são características consideradas próprias da monogamia e responsáveis pelas principais mazelas nos relacionamentos. Alguns pesquisados afirmam a permanência destes elementos no Poliamor, mas apenas como “resquícios” de comportamentos monogâmicos que estariam lentamente abandonando. (PILÃO; GOLDENBERG, 2012, p. 9)

Por óbvio, tornar-se poliamorista é um desafio, posto que as pessoas estão condicionadas, ainda, pelo dogma monogâmico que domina as sociedades ocidentais. De fato, é comum que se ouçam frases como “um pouco de ciúmes é bom para o relacionamento”, o que vai de encontro à idéia de compersão e de não-possessividade. Por se entender o poliamorismo como processo identitário, em

constante construção e reconstrução, acredita-se que seja muito difícil para seus praticantes, o total abandono das já sedimentadas características apontadas como próprias da monogamia. Ademais, o “estar” poliamoroso ou “estar” monogâmico podem se alternar na trajetória do indivíduo, a depender dos elementos que encontre em seu caminho; desta feita, enxerga-se a importância deste sentimento denominado compersão em todos os relacionamentos, no sentido de superação da possessividade. O afeto, em todas as relações, deve ser vivido e sentido, mas nunca confundido com a posse sobre o outro.

Exemplificadas diversas possibilidades de configuração das relações poliamorosas, bem como o novo sentimento que deve orientar as relações ‘poli’ junto com o afeto, cumpre-se destacar que este trabalho objetiva analisar a situação, apenas, das relações poliamorosas que possuem ânimo de formar uma única família, por meio da prática do poliamor. Desta forma, exclui-se também da análise as situações em que, por conta de um estilo de vida poliamorista, formam-se famílias paralelas, com núcleos familiares distintos. Ou seja, a partir deste momento, esta pesquisa estreita seu foco para cuidar apenas das situações de polifidelidade, de onde se extrai o conceito de poliafetividade, que será visto logo em seguida.

4.3 POLIAFETIVIDADE

Para que um relacionamento poliamoroso caracterize-se como entidade familiar, sua organização deve estar sujeita a alguns padrões mínimos, quais sejam os princípios, valores e regras que definem as famílias e que estão consagrados na Constituição Federal Brasileira. Assim, para dar origem a um núcleo familiar, a relação deve estar pautada no afeto, na ética, na solidariedade, na cooperação e no respeito à dignidade de seus membros. Uma família poliamorosa deve se consolidar como um espaço democrático, aberto e plural, dotado de compreensão e respeito, um verdadeiro ambiente no qual os praticantes se complementem e se ajudem.

Visto o poliamor como forma relacional pautada pela prática da não monogamia responsável dentro de um ambiente onde imperam o respeito, a ética e a boa-fé, há que se cuidar das situações onde o poliamor pode originar família, ou seja, das

situações onde há poliafetividade. De fato, nem toda prática poliamorista tem intuito de constituir família: em muitos casos busca-se apenas a satisfação pessoal por meio dos relacionamentos, sem, contudo, que se intencione formar uma família com aquele(s) parceiro(s). Desta forma, adentra-se ao estudo da poliafetividade, ou seja, do poliamor qualificado pelo objetivo de constituir núcleo familiar.

4.3.1 Distinções conceituais

Um primeiro foco de atenção no estudo do tema é o que cuida da delimitação dos conceitos que estão sendo utilizados neste trabalho. Conforme orientação prestada por Viegas (2017, p. 257/261), há que se diferenciar, desde já, os conceitos de Poliamor, Poliafetividade e Poligamia. O ponto de partida para a distinção apontada por Viegas é a afirmação de que “O poliamor é gênero do qual a poliafetividade é uma espécie.” (DOMINGUES, 2015, apud VIEGAS, 2017, p. 258), proferida por Cláudia do Nascimento Domingues, que foi a tabeliã que registrou a primeira Escritura de Poliafetividade no Brasil, em 2012. Sobre o registro, chegou a afirmar que “é importante dizer que não criamos nada novo, eles já viviam assim há mais de três anos, queriam declarar isto e eu me comprometi a redigir uma escritura organizando essas declarações de forma pública”. (DOMINGUES, 2012)

Desta forma, toma-se o seguinte conceito a priori para poliamor:

O poliamor, nesse estudo, é compreendido como sendo um relacionamento não monogâmico, em que três ou mais pessoas convivem amorosamente, de forma simultânea, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, tendo por base a lealdade, a honestidade, o amor e a ética (a boa-fé objetiva). (VIEGAS, 2017, p. 257).

Diferencia-se o poliamor da poliafetividade, conforme visto, pelo fato de o poliamor ser gênero que abrange, dentre outras subespécies, a poliafetividade, que seria:

A poliafetividade, por sua vez, decorre do poliamor qualificado pelo objetivo de constituir família, ou seja, relaciona-se com a entidade familiar formada de três ou mais pessoas, que manifestam livremente a sua vontade de constituir família, partilhando objetivos comuns, fundados na afetividade, boa-fé e solidariedade. [...] Não se trata de bigamia, nem poligamia, pois não há dois casamentos, também não se trata de uma família simultânea. (VIEGAS, 2017, p. 261).

Não se pode confundir a poliafetividade com a bigamia, ou mesmo com a poligamia: no poliamor, existe apenas um núcleo familiar, e dentro deste único núcleo é que se encontra uma pluralidade de parceiros não monogâmicos, na bigamia, o que há, de fato, é a simultaneidade de dois casamentos, que partilham de um membro comum; já na poligamia uma única pessoa assume várias conjugalidades, sem que seus parceiros constituam relações entre si. Ou seja, a poliafetividade não pode ser refutada pelo argumento da vedação legal da bigamia posto que não consiste na simultaneidade de vínculos matrimonializados, mas sim em um único vínculo, só que formado por mais de duas pessoas.

Diferencia-se o poliamor da poligamia, sobretudo, pelas seguintes razões:

As razões apontadas para a maior liberdade do Poliamor em relação à poligamia são: a possibilidade de todos (homens e mulheres) terem mais de um relacionamento; de vivenciarem o amor em grupo e de amarem pessoas do mesmo sexo e fora do casamento. [...] Afirma-se também que a poligamia é constituída por uma assimetria de gênero, já que necessariamente há apenas um polígamo na relação. Por sua vez, o Poliamor seria marcado pelo combate ao “machismo” e a possibilidade de que tanto homens quanto mulheres amem da forma que desejarem. (PILÃO; GOLDENBERG, 2012, p. 7).

Desta forma, a poliafetividade, como poliamor qualificado, também não se confunde com a poligamia, posto que dentro de uma única relação posta, todos são parceiros em comum, sem a marcante característica da assimetria de gêneros. Os parceiros poliafetivos mantêm uma única relação entre si, marcada pela igualdade. Feitas as distinções, há que se ressaltar que muitos autores, ao tratar do tema, não distinguem poliamor de poliafetividade; desta forma, quando tratam de relações poliamorosas e parceiros poliamorosos, muitas vezes, querem tratar daquelas relações que, em melhores termos, deveriam ser denominadas de poliafetivas. Destaca-se, então, a possibilidade de que se refiram a “famílias poliamorosas”, e que por essa locução devem ser entendidas, em realidade, as famílias poliafetivas, posto que referem-se a situações de polifidelidade, e não de poliamorismo aberto (ou em redes hierarquizadas), que costumam ser chamados pela doutrina de simultaneidade familiar.

4.3.2 Configuração da família poliafetiva

A família que objetiva seu reconhecimento como poliafetiva é aquela em que, por meio da prática da não-monogamia responsável e consciente, se reúne em um único núcleo conjugal, formado por mais de duas pessoas, onde todos se relacionam entre si; por meio do que se convencionou chamar de polifidelidade. Nesta conceito, não há espaço para a formação de dois ou mais núcleos paralelos (famílias simultâneas), logo, não se verifica nem a ocorrência de bigamia (posto que se trata de uma única relação, e não de múltiplas) e nem de concubinato, posto que todos os envolvidos se encontram em igualdade de condições dentro da relação. Mais ainda, a ocorrência da poliafetividade não pode ser obstada pelo impedimento consubstanciado no art. 1521, VI, do Código Civil de 2002, posto que não há multiplicidade de vínculos na relação, e sim um único vínculo entre todos.

Sobre como se configuraria a família poliafetiva, há que se atentar que, hodiernamente, não mais se justifica a distinção de tratamento entre casamento e união estável, posto que o STF já entendeu que as pessoas integrantes destas duas formas relacionais são titulares dos mesmos direitos fundamentais e individuais, razão pela qual não faz sentido dar tratamento diferenciado para ambas as formas. Desta forma, e considerado que a poliafetividade não ensejaria o crime de bigamia pelas razões já expostas, entende-se como possível que as famílias poliafetivas se configurem por meio da união estável ou mesmo do casamento.

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica,

o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (RE 646721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017)

Desta decisão, verifica-se que o STF, ao conceder direitos sucessórios equiparados aos cônjuges e aos companheiros, utilizou como embasamento o fato de que a hierarquização entre entidades familiares seria incompatível com o preceituado na Constituição Federal de 1988, posto que a distinção estaria violando diretamente os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. Desta forma, o STF reconhece que entidades familiares fundadas de forma distinta, mas regidas pelo afeto e pelos princípios constitucionais merecem igual proteção pelo Estado e pelos Órgãos Jurisdicionais. Entendido isto, verifica-se que, havendo formação de núcleo familiar, deve ser estendida a proteção estatal à esta família, seja ela mono ou poliafetiva.

Com efeito, a família poliafetiva se insere no contexto da valorização da autonomia privada do ser humano, que, dentro do viés constitucional pluralista, tem o poder jurídico de escolher a família que melhor lhe corresponda. Os princípios da pluralidade familiar, igualdade e autonomia privada pressupõem respeito a toda e qualquer entidade familiar formada livremente pela afetividade de seus membros. (VIEGAS, 2017, p. 261)

Assim, enxerga-se que equiparadas em direitos (sobretudo sucessórios) as famílias oriundas do casamento e da união estável, o único óbice restante é justamente o da sedimentação da monogamia no ordenamento pátrio, o que, conforme já visto, não se dá por determinação constitucional, mas apenas por conta da tradição arraigada do catolicismo que impregnou a confecção das leis civis desde o próprio Código Napoleônico. Buscar o reconhecimento das famílias poliafetivas é combater o cego tradicionalismo por meio da aplicação dos princípios constitucionais à realidade de fato da sociedade brasileira.

4.4 RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA POLIAFETIVA

Entendendo-se como possível a recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro de novas estruturas familiares, dentre elas a poliafetiva, que se apresenta como situação de fato dotada de relevância social e jurídica, cabe agora avançar na investigação a que se propõe este trabalho. Busca-se identificar possibilidades e limites para o reconhecimento da poliafetividade no rol protetivo às famílias estendido pela Constituição Federal de 1988, estudando-se a chancela dos efeitos da sua inclusão como família no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se, com isso, identificar se há necessidade de nova construção normativa, específica à poliafetividade, ou se tal positividade poderia sobrestar o próprio instituto, engessando-o. Alternativamente, verifica-se quais seriam as hipóteses específicas que ensejariam o reconhecimento de efeitos jurídicos nas demandas que emergem do reconhecimento da poliafetividade como apta a gerar família.

Para tanto, faz-se necessário que se compreenda a relevância da doutrina e da jurisprudência nas tratativas de uma temática social. Antes que se possa cogitar qualquer alteração legal, seja de inclusão em um texto já existente, seja de criação de uma nova lei, há que se intentar ao máximo estudar o instituto que se pretende legislar, suas premissas, as conseqüências de seu reconhecimento ou da sua negação, e até mesmo a experiência comparada de outros Estados que já o autorizem/adotem. Por óbvio, mesmo após todas estas pesquisas e considerações, há ainda que se considerar que a experiência final venha a ocorrer de forma distinta da qual ocorre em outros países/comunidades, postas as peculiaridades da formação da sociedade brasileira, já retratadas. Desta forma, aponta-se a necessidade que o tema da poliafetividade, e sua aproximação com a realidade social brasileira, sejam apreciados, a princípio, pelos juristas, doutrinadores e julgadores, antes que chegue ao legislativo.

4.4.1 Doutrina

Não se pode negar a relevância da doutrina para o mundo jurídico. É por meio da doutrina que se aprofundam os estudos acerca das normas, princípios, regramentos, decisões e demais temáticas da área jurídica; e é por meio do estudo doutrinário, a *priori*, que se atualizam institutos e conceitos existentes no direito posto. Não se pode olvidar que a realidade social é dinâmica, mutável, e que os profissionais necessitam se manter atentos à esta situação, para que a resposta dada pelo Direito e pelos seus aplicadores seja sempre a mais condizente com as necessidades que se manifestam cotidianamente. O Direito deve refletir e normatizar a realidade social, não podendo se manter cego às transformações constantes pelas quais passam as sociedades.

Uma outra função de extrema relevância assumida pela doutrina é a de organizar o conteúdo jurídico, e é justamente em função disto que a doutrina se subdivide em diversos ramos e espécies, cada qual atenta à uma subdivisão do Direito. No entanto, não se deve perder de vista que o Direito é um só, e que deve haver uma coesão dos diversos ramos, sob pena de se dificultar a compreensão do ordenamento como um todo. No entanto, é função essencial da doutrina buscar alternativas para os problemas existentes, e até mesmo para os problemas que não existem ainda, mas que poderão se apresentar em um momento próximo; desta forma, entende-se que a doutrina aperfeiçoa o Direito no sentido da justiça.

O doutrinador não pode se conformar em apenas dizer o direito dado, é preciso que ele se aprofunde em seus estudos, sempre de forma crítica e comprometida, submetendo as leis à uma apreciação criteriosa, feita de diversos ângulos e atenta às possíveis deficiências e falhas do direito posto. Deve-se buscar, por meio da produção doutrinária, a adequação do Direito à realidade a partir dos pontos de vista sociológico, lógico e até mesmo ético; quem se propõe a ser doutrinador deve manter o senso crítico atento, estando disposto a encarar críticas, muitas tantas construtivas e outras não.

O papel do doutrinador se faz de suma importância nas hipóteses em que se verifica uma real lacuna legislativa, a exemplo do que ocorre com a poliafetividade. A doutrina é capaz de proporcionar a integração do Direito, servindo até mesmo como ferramenta de inspiração e orientação das decisões judiciais e das próprias construções legislativas, mesmo que de forma indireta, ao fornecer pontos de sustentação para teses e construções jurídicas. Em matéria de Família, a doutrina

assume relevância ao preceder às alterações legislativas, posto que estas necessitam de um maior tempo de maturação.

[...] o transcurso das alterações legislativas em matéria de família não deve ser visto como o conjunto de marcos que operam as transformações no fenômeno familiar, mas, sim, como o reflexo dessas transformações, operadas em níveis mais profundos do tempo histórico, quando aquilo que se consolida entre estrutura e conjuntura vem à tona, marcando um dado episódico: a emergência da lei. (RUZYK, 2005, p. 151).

Desta forma, reitera-se a relevância da doutrina como primeiro ponto de aproximação da realidade social com a realidade jurídica. Identificado o fenômeno social, iniciam-se os debates sobre o mesmo em âmbito doutrinário. Pela inexistência de norma concreta positivada, a questão, muitas vezes, segue para o debate judicial, que deve identificar nela uma possibilidade ou não de repetição de demandas em mesmo sentido. Só após uma certa sedimentação, há que se pensar na feitura de leis; não pode o processo legislativo atropelar o entendimento do tema, sob pena de repetição de injustiças históricas, de criação de leis com objetivo midiático ou “tapa-buraco”, que não atendem de fato aos anseios da população, e tornam-se ou letra morta ou são ineficazes na oferta de proteção estatal.

No que se refere ao fenômeno do poliamorismo, algumas obras essenciais merecem ser citadas como referência doutrinária, algumas dentro do campo do Direito, outras tantas na área das ciências sociais, psicologia e antropologia. Ressalte-se que os primeiros escritos que cuidam da temática poliamorista não vieram do âmbito jurídico, pelo contrário, vieram de uma vertente mais espiritualista e ligada ao movimento hippie e religioso. Como exemplo, pode-se citar a figura de Deborah Anapol, uma das fundadoras do movimento poliamorista; foi de sua autoria um dos primeiros livros lançados que abordavam a temática, *“Love Without Limits”* (1992); que depois foi expandido e reorganizado para se tornar *“Polyamory: The New Love Without Limits”* (1997). Dentro desta vertente neopagã também se destacam os escritos de Morning Glory Zell-Ravenheart, no contexto poliamorista vivenciado na Igreja de todos os mundos (*Church of All Worlds*), bem como sua participação no documentário *“Polyamory in America”*.

Conforme já visto, saindo-se da vertente neopagã/tântrica, é atribuído a Jennifer Wesp o cunho do termo poliamor em sua acepção mais cosmopolita. Diversos pesquisadores e escritores internacionais já trabalharam a temática, muitos dos

quais foram, inclusive, utilizados como referências nesta pesquisa. No Brasil, destacam-se os posicionamentos já exarados por Maria Berenice Dias, fundadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM, e tantos outros autores, que vem se debruçando sobre a temática, apresentando novas perspectivas e apontando os caminhos a serem seguidos na defesa da concessão de direitos às pessoas que vivenciam a realidade dos relacionamentos não-monogâmicos.

4.4.2 Jurisdição e Jurisprudência

Investigada a importância da doutrina na construção e sedimentação de matérias jurídicas, cumpre-se apreciar, agora, o papel da jurisdição e da jurisprudência no Direito. Para que se possa compreender melhor como a jurisprudência e os Tribunais ganharam suas atuais feições e a sua relação com a Legislação Pátria, faz-se necessário breve esboço histórico da evolução dos costumes nacionais em matéria jurídica. O ponto de partida é a Proclamação da República, em 1889, que, ao se consagrar como marco da dissociação entre Brasil e Portugal, faz também com que se busquem alternativas de substituição às legislações de origem e inspiração ibérica, a exemplo do Código Criminal do Império de 1830, do Código Comercial de 1850, bem como da Legislação Esparsa e das Ordenações do Reino (JUNIO, 2017, p. 02).

Neste diapasão, de suma importância a promulgação do Código Civil de 1924, de clara inspiração francesa, que confirma a adoção do sistema da “civil law” ao afirmar a lei como principal fonte formal do direito, em detrimento das demais possibilidades. Daí se origina a Doutrina Clássica, que aponta os juízes como “bocas da lei” (ou seriam escravos desta?), posto que seu papel seria apenas de subsumir o caso concreto ao texto legal, como mero intermediário.

Nesta conjuntura, a noção de justiça se resume ao estrito adimplemento da Legalidade, enquanto que a jurisprudência passa a ser mera serva da lei escrita e o operador do direito se transforma em simples exegeta da legislação emanada pelo poder político, numa clara desvalorização do jurista estudioso, tendo em vista que seu trabalho passa a ser um exercício de pueril silogismo – um processo lógico de subsunção da norma abstrata ao fato concreto. (JÚNIO, 2017, p. 03).

Ocorre que esta situação não se mantém até os dias atuais. Verifica-se que o chamado Estado absolutista (com sua principal característica de centralidade da Lei no ordenamento) perdeu espaço, sendo substituído pelo Estado Constitucional, onde a centralidade do sistema se encontra na Constituição Federal, que deve ser entendida como vértice axiológico de todo o ordenamento jurídico, sendo, inclusive, instrumento de apreciação e valoração das Leis, que agora devem se mostrar adequadas aos primados constitucionais.

Essa mudança histórica de rumos obviamente afeta profundamente o sistema das fontes formais. Na medida em que a lei perde sua aura de diretriz soberana e absoluta e deve ser confrontada em todos os momentos com a axiologia constitucional, o papel da jurisprudência – e sobretudo das Cortes Constitucionais – ganha um novo relevo. A última palavra sobre a validade da lei diante da Constituição ocorrerá nos tribunais, e não mais nos Parlamentos. (FONSECA, 2007, p. 32).

A jurisdição passa a ser valorizada como fonte do Direito; o juiz não é mais um mero exegeta, mas agora possui também poder criativo, sempre fundamentado na Constituição, participando de forma ativa e até mesmo direta da própria construção (e reconstrução) do Direito. Da jurisdição, surge a jurisprudência, que seria “a forma de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (REALE, 1978, p. 63) Ou seja, a jurisprudência é um conjunto de decisões uniformes e reiteradas dos tribunais sobre determinada situação ou matéria, que orienta e informa uma tendência decisória do Judiciário em um determinado momento.

Por óbvio, mudanças na sociedade, nos costumes e nos próprios julgadores podem ocasionar uma mudança da jurisprudência, que se atualiza conforme a sociedade se altera; jurisprudência é tendência, mas não significa que ela obrigue os juízes a decidirem conforme o que vem sendo decidido por seus colegas. Cada juiz, na condição de aplicador das normas jurídicas, possui liberdade de interpretação, de acordo com suas impressões e convicções, livre de qualquer imposição, a não ser que haja uma súmula vinculante específica para aquele caso concreto, que por possuir características de imperatividade e coercibilidade, se assemelha às próprias leis, condicionando a decisão dos julgadores à uma orientação do próprio Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, a natureza jurídica da Jurisprudência pode ser entendida como de fonte formal imediata do Direito, com toda certeza, desde o advento da Emenda

Constitucional nº 45/2004, que introduziu as súmulas vinculantes, que se originam no Supremo Tribunal Federal, que, como o próprio nome já informa, vinculam as decisões dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública à uma decisão proferida pelo STF, e que atenda determinados requisitos. A posição mais atual vislumbra que o Direito não pode mais ser visto como aquilo que se origina apenas de um processo legislativo, mas também, e especialmente, entende-se que o Direito (e a justiça) se revelam, sobretudo, na aplicação das normas e princípios constitucionais pelos órgãos do Poder Judiciário, em contínuo processo de (re)interpretação das leis.

A morosidade do poder legislativo brasileiro é patente, situação que leva o poder executivo a legislar "fartamente" através das Medidas Provisórias. Vislumbrando essa lacuna e, percebendo o mal que causa essa morosidade do legislativo brasileiro, o poder judiciário resolveu dar sua contribuição para normatizar determinados assuntos. Assim o poder judiciário também se tornou legislador, ainda que em menor intensidade e abrangência que o poder executivo com suas Medidas Provisórias. (NETTO, 2011, p. 07)

Assim, vislumbra-se uma importante função na jurisdição e na jurisprudência, qual seja a de compatibilizar e atualizar as disposições legais, mantendo-as em consonância com a evolução da sociedade, posto que impensável que esta atualização de faça por meio do Poder Legislativo, face à (por muitas vezes essencial) burocracia para a edição de novas leis/atualização das leis existentes. No entanto, mais do que atualizar a legislação e a interpretação das leis, a jurisdição também possui uma relevante função criativa, sempre atenta aos preceitos de interpretação, integração e correção das decisões à ordem jurídica constitucional.

No que se refere à poliafetividade, devido à atualidade do tema, e ao fato de que essas demandas só chegaram ao conhecimento do Judiciário a pouquíssimo tempo, pode-se afirmar que ainda não há uma jurisprudência formada que possa servir para orientar as decisões sobre esta temática. Muito em virtude da amplitude de relacionamentos que podem ser denominados de poliamorosos, dentre os quais também se incluem aqueles em que há simultaneidade familiar, temática recorrente no âmbito judicial por conta das situações de concubinato, bigamia e seus corolários para os quais já existem mais orientações, o assunto da poliafetividade em si mesma (que seria a formação de um único núcleo familiar conjugal composto por mais de duas pessoas) ainda não foi bem trabalhado pelos julgadores pátrios.

Nesse contexto, é papel do Judiciário estabelecer o alcance dos princípios e demais termos e conceitos positivados, além de apreciar os fatos narrados sob a ótica do clamor das relações sociais, considerando sempre que o legislador, ao editar leis, não é capaz de alcançar de forma plena todas as diversas situações fáticas possíveis. (SOUZA; RÉGO, 2013, p. 200)

Desta forma, e com este pensamento em mente, acredita-se que, em virtude do aumento das demandas judiciais nos últimos anos, da recentíssima decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça (que será abordada no próximo tópico) e do óbito do cantor de funk Wagner Domingues Costa, o Mr. Catra, notório praticante da poliafetividade, que, conforme nota de falecimento divulgada pela sua própria assessoria “deixou três esposas e 32 filhos”, a situação da poliafetividade venha a ser mais bem apreciada, sobretudo em seus contornos sucessórios, pelos Tribunais nos próximos meses.

4.4.3 Poliafetividade e o CNJ

Importante ao estudo da temática da poliafetividade é apreciar o recente posicionamento exarado pela Corregedoria Nacional de Justiça acerca das Escrituras Públicas de união civil poliafetiva. Conforme noticia Viegas:

Em resistência as uniões poliafetivas registradas pelo Brasil afora, em janeiro de 2016, a Corregedoria Nacional de Justiça recebeu representação da Associação de Direito de Família e Sucessões (ADFAS), pela qual, liminarmente, a entidade pediu a proibição de lavraturas de escrituras públicas de reconhecimento de uniões poliafetivas pelos cartórios de todo o país. No mérito, pugnou pela regulamentação da matéria. (VIEGAS, 2017, p. 306)

Ainda em 13 de abril de 2016, a Ministra Nancy Andrighi, atuando como Corregedora-Geral de Justiça, recomendou aos cartórios que, enquanto o pedido de providências estivesse tramitando no CNJ, não fossem lavradas novas escrituras de uniões poliafetivas. Ressalte-se que se tratou de uma recomendação, mas não de uma vedação expressa. Ocorre que em 26 de junho de 2018, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça decidiu que as serventias extrajudiciais não podem registrar uniões poliafetivas.

O entendimento que prevaleceu foi o do relator do caso, conselheiro João Otávio de Noronha, também ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e atual Corregedor

Nacional de Justiça, para quem os tabelionatos não poderiam lavrar escrituras de uniões poliafetivas posto que a Constituição Federal não autorizaria a união estável entre mais de duas pessoas. Com ele votaram os conselheiros Márcio Schiefler, Maria Iracema Martins do Vale, Fernando Mattos, Valtércio Ronaldo de Oliveira, Valdetário Monteiro, André Luiz Godinho e Maria Tereza Uille Gomes. Neste sentido, para além de afirmar que “[...] é a cultura de um povo predominantemente cristão”, o Relator também asseverou que:

Não é falso moralismo, não é nada. Se as pessoas querem viver uma relação de poliamor, que vivam, é outra coisa. Mas a escritura pública está aqui para declarar a vontade jurídica das partes. Se a vontade é jurídica, [a união estável poliafetiva] reputa a vontade ilícita, a vontade não permitida pela lei. (Min. NORONHA, 26/06/18 Justificando).

A primeira divergência foi proposta pelo conselheiro Aloysio Corrêa da Veiga, que é ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que proferiu seu voto no sentido de que os cartórios fossem autorizados a lavrar escrituras ao menos declaratórias da vontade dos integrantes das uniões poliafetivas, mesmo que em momento posterior tais documentos não tivessem efeitos jurídicos, seja para fins de herança ou de direitos previdenciários; segundo o voto divergente, não se poderia negar ao cidadão o direito à escritura pública. Com ele votaram os conselheiros Daldice Almeida, Arnaldo Hossepian, Henrique de Almeida Ávila, bem como a presidente do CNJ, ministra Cármen Lúcia.

Uma segunda divergência foi levantada pelo conselheiro Luciano Frota, para quem o CNJ deveria não só permitir aos cartórios que emitam escrituras públicas de uniões poliafetivas, mas também dar à união poliafetiva os mesmos direitos da união estável entre duas pessoas, o que no Brasil já se equiparou ao casamento.

Apreciados os principais posicionamentos exarados no debate, faz-se necessário, também, que se apreciem outros pontos importantes que foram apreciados, sobretudo no que se refere à delimitação do debate. Sobre o alcance da decisão do CNJ, a Ministra Cármen Lúcia, presidente do CNJ e do STF, deu a seguinte declaração:

O desempenho das serventias [cartórios] está sujeito à fiscalização e ao controle da Corregedoria Nacional de Justiça. Por isso exatamente que o pedido foi assim formulado. Não é atribuição do CNJ tratar da relação entre as pessoas, mas do dever e do poder dos cartórios de lavrar escrituras. Não temos nada com a vida de

ninguém. A liberdade de conviver não está sob a competência do CNJ. Todos somos livres, de acordo com a Constituição. (Min. Cármen Lúcia, 26/06/18 CNJ Notícias)

Muito embora tenha demonstrado posicionamento no sentido contrário ao reconhecimento da poliafetividade, por considerar ilícitas uniões estáveis com mais de dois componentes, o Ministro Noronha, que foi o relator, também cuidou de limitar o alcance da decisão:

Eu não discuto se é possível uma união poliafetiva ou não. O corregedor normatiza os atos dos cartórios. Os atos cartorários devem estar em consonância com o sistema jurídico, está dito na lei. As escrituras públicas servem para representar as manifestações de vontade consideradas lícitas. Um cartório não pode lavrar em escritura um ato ilícito como um assassinato, por exemplo. (Min. NORONHA, 26/06/18 CONJUR)

Desta forma, restou entendido que, mesmo com o posicionamento contrário do CNJ ao registro pelas serventias extrajudiciais de uniões poliafetivas, esta decisão não se constitui um óbice ao reconhecimento da própria poliafetividade, posto que a liberdade da convivência não esteve sobre apreciação do CNJ. Ocorre que, mesmo diante da vedação ao registro, as uniões poliafetivas não deixam de existir no ordenamento, como situações de fato que carecem de normatização. A decisão proferida pelo CNJ não encerra o debate, mas sim acrescenta novos elementos à discussão.

4.4.4 Críticas à poliafetividade

Por óbvio, um tema com tantos aspectos polêmicos como o é a poliafetividade não é imune às críticas, tanto da sociedade quanto dos juristas. Por sua aproximação com temas que aparentemente já estavam sedimentados na cultura brasileira, tal como a monogamia, é natural que surjam dúvidas quanto ao próprio instituto e suas implicações sociais e jurídicas. Do desconhecimento, ou mesmo do preconceito, originam-se críticas, muitas delas embasadas em antigos dogmas, outras tantas em interpretações equivocadas sobre a poliafetividade.

Uma das principais críticas ao reconhecimento da poliafetividade é a advogada e presidente da ADFAS, Regina Beatriz Tavares da Silva, que, por diversas vezes, já expressou seu posicionamento, tendo, inclusive, escrito um artigo denominado

“União poliafetiva é um estelionato jurídico”, no qual defende que a poliafetividade seria uma nova denominação para a poligamia, que é vedada no ordenamento pátrio. Repita-se que foi justamente a ADFAS que ingressou com a representação no CNJ contra o registro extrajudicial das relações poliafetivas.

[...] deve ser notada a sedução que reside na utilização de expressões como "poliamor" ou "poliafeto". Não se nega o agradável sentimento que decorre da expressão afeto. Contudo, a expressão poliafeto é um engodo, um estelionato jurídico, na medida em que, por meio de sua utilização, procura-se validar relacionamentos com formação poligâmica. (Silva, 2012, Migalhas).

No mesmo artigo, que data de 2012, antes, portanto, da decisão final do CNJ, a autora já afirmava que o documento registrado pelos cartórios não possuía eficácia jurídica e nem deveria produzir efeitos, segundo interpretação restritiva do art. 226, §3º da CF, que atribui à união estável natureza monogâmica, e heterossexual, posto que formada por um homem e uma mulher. Pensamentos como este não podem e nem devem ser tidos como referência, posto que em desacordo com todos os princípios constitucionais já vistos, bem como com o STF, que na ADI 4277/DF reconheceu o caráter familiar das uniões homoafetiva.

Por sua vez, em entrevista concedida em 2018, a mesma autora já não mais toca na questão da heterossexualidade nas uniões estáveis, como se denota do seguinte excerto: “a Constituição Federal e o Código Civil impõem a monogamia no casamento e na união estável, de modo que uma família pode ser constituída por duas pessoas (ou seja, um casal), e não por três ou mais”. Aduz, ainda que são inválidas as escrituras de união poliafetiva lavradas antes da recomendação liminar do CNJ, tal como as que eventualmente pudessem ser registradas depois da proibição definitiva de emissão deste documento pelas serventias. Por fim, completa que: “agora, nenhum cartório se atreverá a descumprir a lei, porque poderá receber as sanções respectivas”.

Para além das críticas já apontadas, a maioria delas de cunho jurídico, o poliamor também é questionado em seus aspectos teóricos e sociais; na Tese de Doutorado em Antropologia Cultural denominada “Por que somente um amor?": um estudo sobre poliamor e relações não-monogâmicas no Brasil (2017), foi feito um levantamento das mais diversas críticas sociais que se faz ao poliamor, quais sejam:

Evidencia as críticas que vem sendo feitas tanto aos praticantes quanto às teorias sobre o poliamor – de que é elitista, porque só

seria possível para pessoas (sobretudo homens) brancas, dentro dos “padrões” estéticos do que é considerado bonito (magro, por exemplo), de classe média (porque é preciso ter formação intelectual e tempo livre para conhecer e praticar o poliamor), repetindo e enfatizando as várias opressões que já são sentidas na sociedade. (SILVA, NERES, SILVA, 2017, p. 94)

Ou seja, verifica-se que, muito embora o poliamorismo, em teoria, seja um ambiente propenso à igualdade, honestidade e respeito mútuo, na prática, e muito por conta da própria realidade brasileira, de desigualdade, a prática do poliamorismo ainda se mostraria eivada de preconceitos, não se constituindo ainda no ambiente seguro e de responsabilidade a que se propõe. Por óbvio, as críticas relatadas pela pesquisa não podem e nem devem ser generalizadas, ou vistas como padrão para todas as relações ‘poli’, posto que as experiências individuais, que variam conforme o ambiente social no qual as pessoas estão inseridas. O que se pode tirar desta experiência, sobretudo, é que o poliamorismo é uma vivência constante, bem como um processo de aceitação de si mesmo, dos outros e da experiência social como um todo, estando os sujeitos em um ininterrupto processo de construção e reconstrução de suas identidades, o que pode ser visto como uma tendência de evolução das práticas e costumes, que a cada dia mais tendem a se aproximar do ideal alçado pela teoria.

Nesta ponto, destaca-se a relevância das críticas, sejam elas jurídicas ou sociais, para o estudo do tema, posto que é por meio do conhecimento e do esclarecimento das mazelas que tocam o instituto que se irá aperfeiçoar tanto os estudos referentes à este quanto a própria vivência dos indivíduos, posto que mais atentos às suas condutas e escolhas em sua trajetória de vida.

4.5 POLIAFETIVIDADE COM DIGNIDADE

Necessário se faz, neste momento, entender quais as formas de se possibilitar a vivência do poliamor em um ambiente ético e de proteção da dignidade de seus membros amparado constitucionalmente. Para tanto, há que se verificar as relações travadas pela poliafetividade diante de outros fatores relevantes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tais como a monogamia e os princípios integrantes da Constituição Federal de 1988. O ponto de partida para esta etapa de estudo pode

ser retirado dos estudos de Giovanna Escobar-Mota y Rozzana Sánchez-Aragón (2013), que buscam entender como as premissas sócio-culturais a respeito da imposição da monogamia nas sociedades ocidentais afetam a vivência dos relacionamentos afetivos pelos indivíduos e pelos casais.

O primeiro ponto apreciado pelas autoras é justamente a necessidade de se desmistificar a monogamia como fundamento da maioria das relações de conjugalidade no mundo. Esclarecem que:

Según Murdock (1981), únicamente el 16% de las 853 culturas registradas en todo el mundo: África, Mediterráneo, Este Asiático, Pacífico Insular, Norte América, etc., son consideradas monógamas y Fisher (1994) afirma que un gran porcentaje de las personas en la mayoría de las sociedades no son sexualmente monógamas de por vida. En la actualidad, existen docenas de estudios etnográficos que documentan la prevalencia de las prácticas sexuales extramaritales (Fisher, 1994). (ESCOBAR-MOTA; SÁNCHEZ-ARAGON, 2013, p. 156/157)

Desta forma, resta entendido que a monogamia é característica de longa duração apenas em uma pequena parcela das sociedades do mundo; ademais, mesmo nas culturas que se dizem monogâmicas, o elemento da traição, pela manutenção de relações extraconjugais se faz forte indicativo de que a monogamia é, em realidade, mais um tabu do que uma norma valorizada e respeitada nas sociedades. Ainda segundo as autoras, e confirmando tudo o que foi apontado por este estudo até agora, verifica-se que foi a Igreja Católica a grande responsável pela sedimentação do dogma monogâmico nas sociedades ocidentais, posto que boa parte das legislações civis que versam sobre os elementos do matrimônio se inspiraram nas disposições eclesiásticas, sobretudo aquelas contidas no Cânones colocados pelo Concílio de Trento.

Los fundamentos legales del matrimonio civil fueron, en muchos de sus artículos, copia fiel de las disposiciones, que la Iglesia Católica había destinado y elaborado a lo largo de los siglos para regir y reglamentar las uniones conyugales. A partir de esta uniformidad entre el matrimonio civil y el eclesiástico, se han generado creencias específicas en temas como el papel de la mujer y el hombre dentro del matrimonio o el principio de la fidelidad y de la indisolubilidad, entre otros. Estas restricciones se van fijando de manera expansiva alámbito afectivo e incluso social, donde la exigencia de la fidelidad se mueve en un continuo que va desde tener pensamientos o afectos por alguien más hasta la presencia del contacto físico o relaciones sexuales extra pareja. (ESCOBAR-MOTA; SÁNCHEZ-ARAGON, 2013, p. 157/158)

Mais ainda, a crença construída ao redor do dogma/tabu monogâmico faz com que as normas postas não acompanhem as mudanças nas sociedades e nos indivíduos, havendo evidente descompasso entre as práticas sociais e as disposições legais. Prova disso é justamente o grande número de relações extraconjugais, de famílias simultâneas e mesmo de famílias poliafetivas que se apresentam no Brasil. Ademais, a chamada poligamia sucessiva (que se originaria dos divórcios e separações de fato, com posterior reconstituição dos núcleos familiares em recasamentos e famílias mosaico) já é característica da sociedade brasileira; no entanto, não se pode olvidar que mesmo os divórcios e recasamentos, práticas tão bem assentadas no ordenamento atualmente, já foram tabus sociais face às antigas vedações legais, que, conforme visto, se originavam do entendimento eclesiástico que pregava a indissolubilidade dos matrimônios. A legislação se adaptou para acolher e disciplinar a realidade social que se impôs, logo, por que não poderia ser atualizada novamente, para legitimar as situações que hodiernamente se verificam?

Precisamente, la dimensión institucional ha sido la responsable de fomentar y mantener las creencias arraigadas en torno a la exclusividad monógama que, muchas veces, estas creencias impiden el entendimiento de los problemas actuales, por ejemplo, expectativas poco realistas, luchas de poder, problemas de comunicación, problemas sexuales, dificultades para resolver conflictos, la falta de sentirse amado, alcoholismo e infidelidad, entre otros. (ESCOBAR-MOTA; SÁNCHEZ-ARAGON, 2013, p. 158)

A partir desta necessidade que se verifica, de que as normas jurídicas se readequem à realidade social, faz-se necessário averiguar os pontos de encontro entre poliafetividade, monogamia e principiologia constitucional, para que, a partir disto, se possa pensar em possíveis soluções para a compatibilização do dogma monogâmico com as relações não-monogâmicas. Neste diapasão, deve-se atentar que o principal elemento a ser resguardado, seja no reconhecimento das relações não-monogâmicas, seja na manutenção da monogamia como vetor de orientação do ordenamento, é a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Brasileiro.

4.5.1 Poliafetividade x monogamia

A exemplo do proposto por Pilão e Goldenberg (2012, p. 1), busca-se entender qual o papel que a monogamia ocupa na construção do discurso poliamorista, sobretudo no tocante à visão que hierarquiza ambas as formas relacionais, sedimentando-as como uma dicotomia. Desta forma, há que se investigar se, de fato, a monogamia e a poliafetividade são incompatíveis em um mesmo ordenamento, ou se há possibilidade de conciliação entre ambas. Como bem afirma Veras (2013, p. 22), a sedimentação da monogamia no ordenamento brasileiro é “consequência da construção política e histórica da dominação masculina, referendada pelo direito canônico e, posteriormente, confirmada pelo Código Civil, através de diversos dispositivos legais, que objetivam ‘punir’ patrimonialmente o cônjuge que descumprir o dever de fidelidade apregoado pelo artigo seu 1.566, inciso I.” É, portanto, ferramenta de discriminação e exclusão, levando à invisibilidade de diversos arranjos familiares, tais como os simultâneos ou poliafetivos, dentre outros.

Assim, muito embora ao longo deste estudo tenha se definido a poliafetividade como a prática da não-monogamia responsável qualificada com o intuito de se constituir família, há que se atentar ao fato de que o poliamor, e sua vertente qualificada, a poliafetividade, não são a única forma de relacionamento não-monogâmico existente. De fato, a monogamia e o poliamor se encontram em vértices opostos, podendo ambos serem considerados como ápices relacionais; no entanto, não se pode afirmar que uma pessoa é completamente “mono” ou “poli”, por conta de ambas as identidades serem processos que se referem à constante identificação dos indivíduos.

Alfred Kinsey (1948) defendeu que os comportamentos sexuais têm variações consideráveis entre o grau máximo de “homossexualidade” e “heterossexualidade”, sendo irreal a divisão dos indivíduos em dois grupos sexuais estanques. Nessa linha, pode-se afirmar que ninguém é absolutamente “poliamorista” ou “monogâmico” e que estes termos correspondem apenas a princípios binários de organização da realidade, combinados de forma singular em cada trajetória de vida. (PILÃO; GOLDENBERG, 2012, p. 4)

Ou seja, o que se pode afirmar, com certeza, é que o processo de construção da identidade poliamorista se inicia justamente da negação de atendimento voluntário ao paradigma monogâmico, mas que não há uma separação hermética entre os institutos. Ora, já foi visto que mesmo entre os que se dizem exclusivamente monogâmicos, há espaço para a manutenção de relações extraconjugais, que, muito embora condenáveis, são lugar comum nesta prática conjugal. Da mesma forma,

dentre os que se dizem poliamoristas, ainda existem resquícios da “contaminação monogâmica”, com a existência de ciúmes, busca pela exclusividade e competição pelos parceiros. Não se pode afirmar, desta forma, que uma forma relacional seria superior à outra, posto que ambas são válidas na busca pela realização da dignidade dos indivíduos. Em um mundo com tantas opções, há que se averiguar quais seriam as razões práticas para que se condene a forma poliafetiva de se constituir família ao mesmo tempo em que a forma monogâmica, mesmo que eivada de mentiras, traições e frustrações, seja louvada e apontada como paradigmática.

A relação entre poliamor e monogamia é uma de tensão, mas também de (possível) coexistência. [...] é face à monogamia que o poliamor se afirmou. Antes de esta palavra ter sido inventada, o único termo que parecia ser comumente usado era “não-monogamia”. Será que a única distinção entre monogamia (seja ela a monogamia clássica ou em série, isto é, apenas um parceiro de cada vez, mas vários parceiros ao longo da vida) e poliamor é a diferença entre o número de relações simultâneas? Há também que ter em conta o contexto moral e prescritivo de cada uma. [...] é importante fazer uma distinção entre a monogamia como ideal e norma, e a monogamia como prática. (CARDOSO, 2010, p. 7)

A monogamia como ideal, ou como norma, é aquela que preceitua que cada indivíduo deve se relacionar com apenas uma pessoa por vez, mantendo respeito ao dever de fidelidade, ínsito à relação monogâmica. A monogamia como prática, por sua vez, é marcada por traições e infidelidade; em verdade, “a fidelidade ou a infidelidade é uma escolha pessoal, insuscetível do controle do Estado e do Direito, e negar direitos, considerando-se o comportamento fiel ou infiel na família, é retroceder e ignorar conquistas históricas, como o abandono da discussão da culpa na separação”. (FIÚZA; POLI, 2015, p. 11)

De fato, essa obsessão pela monogamia, e, portanto, pela fidelidade dentro das relações conjugais, pode ser entendida explicada pelo entendimento do conceito de pânico moral, apresentado por Fiúza e Poli (2015), a partir dos estudos feitos por Goode, Bem-Yehuda e Cohen. A prática de um comportamento não convencional, como a prática da não-monogamia responsável, leva à julgamentos e temores desnecessários, posto que o estilo privado de vida de uns não geraria perigo real ao estilo de vida dos que seguem o padrão moral monogâmico.

O pânico moral pode ser compreendido, numa acepção mais abrangente, como o consenso, partilhado por um número substancial de membros de uma sociedade, de que determinada categoria de indivíduos estaria ameaçando a estrutura social e a ordem moral. A

partir dessa suposta ameaça, confabulam que seria necessário o fortalecimento do aparato de controle social, provocando a promulgação de novas leis, orientando a atuação estatal por políticas públicas capazes de imprimir hostilidade e condenação pública a determinado estilo de vida [...] O objeto do pânico pode ser um fenômeno absolutamente novo ou algo que já existia na sociedade há muito tempo, ofuscado e reprimido, mas que, desencadeado por algum movimento ou fato, ganhou notoriedade. As repercussões geradas são diversas; por vezes o pânico desaparece e é esquecido, permanecendo apenas no imaginário cultural como no folclore e na memória coletiva. Outras vezes, gera efeitos mais duradouros, capazes de produzir mudanças nas políticas públicas, na política legal e social ou, até mesmo, na forma como a sociedade se compreende. (FIUZA; POLI, 2015, p. 13)

O pânico leva a uma consequência retrógrada: a necessidade de reafirmação dos valores tradicionais da sociedade. Deve-se vislumbrar os movimentos da sociedade tais como um pêndulo: sua oscilação tende ao equilíbrio. Quanto maior é o ângulo total de oscilação do pêndulo (ou quanto mais longe se vai na concessão/negação de direitos), maior e mais vigoroso é o movimento de retorno do pêndulo à posição oposta (movimento conservador/radical). Ou seja, aplicada esta teoria ao Direito das Famílias: quanto maior a abrangência do conceito de família, mais os conservadores tentam restringi-lo (vide o PL 6583/2013, que, em seu artigo 2º define entidade familiar como “o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”).

Constata-se que, em épocas em que se apresenta uma maior garantia e extensão de direitos, amplia-se o clamor por um maior controle estatal, com maior grau de intervenção na vida privada; pelo contrário, quando a intervenção é demasiadamente invasiva, a sociedade passa a clamar por mais liberdade. Ocorre que estas oscilações pendulares, ou o chamado movimento pendular histórico de retorno ao equilíbrio, demonstram a necessidade de uma ruptura com o radicalismo ideológico da etapa histórica que se põe, e esta sequência de fatos acaba por causar feridas profundas na sociedade e na continuidade das práticas.

Hannetie Sato afirma que: “o Brasil é um Estado laico, determinado na própria Constituição Federal, mas estamos vivendo um momento de forte pressão conservadora, muitas vezes por razões religiosas. Essa onda conservadora é um fato e que reflete tanto nas novas leis como nas decisões do Poder Judiciário”. A onda conservadora apontada por Sato refere-se justamente ao movimento de

retorno do pêndulo, agora puxado pela parcela mais conservadora e religiosa da sociedade, utilizando-se de discursos fundamentados na moral cristã para negar o reconhecimento das relações conjugais distintas do modelo tradicional, monogâmico e heteronormativo.

Mais interessante ainda é perceber que, junto ao pânico moral, que traz em si a necessidade de reafirmação dos valores tradicionais, há um outro fator que inflama o temor da parcela mais conservadora da sociedade: o desejo das minorias de se enquadrarem na normatividade posta, como bem aponta Roudinesco (2003):

[...] o grande desejo de normatividade das antigas minorias perseguidas semeia problemas na sociedade. Todos temem, com efeito, que não passe do sinal de uma decadência dos valores tradicionais da família, escola, nação, pátria e, sobretudo, da paternidade, do pai, da lei do pai e da autoridade sob todas as formas. Como consequência, não é mais a contestação do modelo familiar que incomoda os conservadores de todos os lados, mas, ao contrário, a vontade de a ele se submeter. (ROUDINESCO, 2003, p. 10).

É necessário que se perceba que, mesmo com todas as rupturas e todas as mudanças pelas quais a família passa, não significa que o conceito de família tenha sido destruído ou encontrado seu fim. Pelo contrário, deve-se enxergar todo este movimento como uma real revalorização das famílias: cada vez mais e mais pessoas demonstram seu interesse em se organizar como família, em agrupar-se em núcleos pautados pelo afeto e pela solidariedade, na busca por suas felicidades individuais e coletivas. Não é para menos que Petrini (2003) aponta que a família possui alta capacidade regenerativa e adaptativa, por ser elemento de caráter permanente nas sociedades.

Não são poucos os estudiosos que afirmam que, no meio das turbulências, a família empenha-se em reorganizar, na sociedade pós-moderna, aspectos da sua realidade que o ambiente sociocultural vai desgastando. Reagindo aos condicionamentos externos e, ao mesmo tempo, adaptando-se a eles, a família encontra novas formas de estruturação que, de alguma maneira, a reconstituem, sendo reconhecida como uma estrutura básica permanente da experiência humana e social. (PETRINI, 2003, p. 60)

Assim, entende-se em mesmo sentido, ao se afirmar que a família, seja ela tradicional ou pós-moderna, mono ou poli, permanece como fundamento da sociedade, bem como mantém seu caráter de primeiro espaço de socialização dos indivíduos. O que se vê é a ampliação do desejo de família àqueles que antes eram

excluídos por conta de velhos tabus e preconceitos; desta forma, enxerga-se que a idéia de família “é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições” (ROUDINESCO, 2003, p. 198). Fica então o questionamento: qual o sentido de se negar o status familiar àqueles que mais o anseiam, apenas por conta de suas famílias se constituírem por meio de um comportamento que desvia do artificialmente construído padrão monogâmico? Será que nas famílias não-monogâmicas não há também amor, afeto, solidariedade, companheirismo, assistência e todos os demais elementos/sentimentos que servem para atribuir o caráter familiar aos agrupamentos humanos? O que há, de fato, é a necessidade de se respeitar a opção por um estilo de vida não monogâmico, e de se atribuir direitos às pessoas nesta relação, atendendo seus anseios mais íntimos e mais naturais de constituir família.

Conclui-se com o pensamento de Veras (2013, p. 91) que brilhantemente afirma que “a constituição monogâmica de família representa apenas uma forma de convivência humana. É parte do todo, parcela da miscelânea de arranjos afetivos que hoje podem ser encontrados em uma sociedade plural como a nossa”. Enxergar a monogamia como princípio do Direito de Família é afastar da proteção normativa inúmeras formas de convivência familiar pautadas nos princípios constitucionais da dignidade, solidariedade, igualdade e, sobretudo, da afetividade. Desta forma, faz-se necessária análise da poliafetividade face aos já citados princípios constitucionais.

4.5.2 A poliafetividade diante dos princípios constitucionais

A CF/88 consagrou a pluralidade das formas familiares no art. 226; também consagrou diversos outros princípios que devem reger as relações interpessoais, aí incluídas as relações familiares, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da autonomia privada, da pluralidade das formas familiares, da não-intervenção, da solidariedade, da democracia e da afetividade, dentre tantos outros. Por óbvio, os princípios supracitados não são os únicos existentes na seara do Direito das Famílias, no entanto, seria utópica uma proposta em estudar todos os princípios, muito em virtude do recorte adotado, bem como das limitações temporais

da pesquisa. Desta forma, a escolha destes princípios em detrimento de outros se deu em virtude de sua pertinência temática, relevância jurídica e coerência com a temática que se objetiva tratar, qual seja a da poliafetividade.

Neste diapasão, negar as mudanças sociais fruto da transformação dos costumes vem se tornando cada vez mais difícil, vez que já vencidas diversas barreiras oriundas do tradicionalismo cego e do preconceito.

A monogamia, nessa perspectiva, vive uma verdadeira “crise” em um meio de tolerância e convivência harmônica com valores culturais plurais, que é característica da atual fase do Direito das Famílias, marcado pela aceitação de uma pluralidade de arranjos familiares, que não se esgota nas previsões expressas do texto constitucional. (VERAS, 2013, p. 92)

Um forte exemplo que pode ser citado, que demonstra que as fronteiras jurídicas impostas pelo tradicionalismo tendem a ser rompidas em prol da realidade social que se impõe foi o reconhecimento, pelo STF, da possibilidade de configuração da união estável também para casais homossexuais, muito embora a própria Constituição Federal aponte, no §3º do art. 266, a união estável como sendo entidade familiar formada “entre o homem e a mulher”. Denota-se que, nesta decisão, da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277/DF foi apresentada uma definição de família atenta aos princípios constitucionais, não-reducionista e tendente ao reconhecimento da pluralidade das formas familiares; leia-se:

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude

de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (STF. ADI 4.277/DF. Pleno. Min. Ayres Britto. j. 05.05.2011. DJe 14.10.2011.)

Dos argumentos apontados neste importantíssimo julgado, a grande maioria pode ser utilizada também na defesa do reconhecimento das uniões não-monogâmicas poliafetivas, posto que configuram, também, instituições privadas voluntárias, lócus de concreção de direitos fundamentais atentas ao pluralismo e detentoras de direitos decorrentes do exercício da intimidade que merecem resguardo e isonomia, por coerência, de forma similar às famílias monogâmicas. Por meio dos mesmos princípios que permitiram ao STF conceder isonomia em direitos aos casais homoafetivos, poder-se-ia pleitear também a proteção às famílias poliafetivas.

Assim, configura-se como função essencial do Direito resguardar a pluralidade de famílias existentes, prestigiando os mais nobres valores erigidos pelo constituinte originário, de maneira tal que, ante a prevalência dos princípios constitucionais apontados, entende-se destituído de razoabilidade o ranço legal e jurisprudencial em não reconhecer a legitimidade de direitos a quem a própria realidade fática delega a titularidade. (SOUZA; RÉGO, 2013, p. 200).

Para além dos argumentos já expostos, e dos princípios constitucionais já apontados pela jurisprudência supracitada, que também servem para legitimar os relacionamentos poliafetivos no ordenamento brasileiro, por conta da necessidade de que o Direito das Famílias se mantenha atento e condizente com a realidade social, outros princípios constitucionais podem ser cotejados no debate que se propõe. Considerando que a monogamia já foi trabalhada frente à diversos princípios constitucionais em momento oportuno, agora vislumbra-se a necessidade de se submeter à prova de adequação aos preceitos constitucionais também a poliafetividade. Desnecessário o cotejo da poliafetividade com o princípio da afetividade, posto que sua correlação já pode ser visualizada de pronto: a poliafetividade é uma espécie familiar que se origina, primordialmente, do reconhecimento da afetividade conjugal entre mais de duas pessoas.

Neste diapasão, o primeiro princípio constitucional a ser correlacionado com a poliafetividade é a dignidade da pessoa humana, que deve ser vista, sobretudo, como um valor universal, tendo positividade expressa também na Declaração Universal de Direitos Humanos, logo em seu art. 1º, com a afirmação de que todos os homens (*lato sensu*) nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A dignidade, desta forma, deve ser vista como real princípio de proteção da pessoa humana, fundamento de todos os demais valores, de forma que o art. 2 da Declaração afirma que “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (ONU, 1948). Desta forma, enxerga-se a dignidade como universal; no Brasil, há previsão constitucional expressa da dignidade da pessoa humana logo no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos da República.

“A dignidade assume, destarte, várias concepções, dentre elas a de garantia de igualdade, justiça social e solidariedade, ideais que se projetam nas relações públicas e entre particulares.” (VIEGAS, 2017, p. 128/129) Desta forma, não se pode afirmar que a poliafetividade afetaria de forma negativa a dignidade de seus praticantes, posto que seus próprios princípios a condicionam e limitam suas práticas de forma que se crie um ambiente pautado no afeto, na ética, na responsabilidade e, sobretudo, no consentimento livre e esclarecido. Pelo contrário, reconhecer a poliafetividade como prática relacional familiar é reafirmar a dignidade das pessoas que integram aquele núcleo, posto que identificam-se as seguintes características: “a) o respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; b) o reconhecimento de cada pessoa, independentemente das particularidades/características e vicissitudes pessoais ou sociais, como ser singular, único e irrepitível; c) o reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; d) a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento pessoal”. (STEINMETZ, 2004, p. 116).

Neste cenário, entende-se que a formação da família de maneira digna é um direito humano a ser respeitado e protegido pelo Estado, sobretudo, como meio de se permitir o desenvolvimento pessoal e social a cada membro da família, sem qualquer discriminação, em relação ao formato ou forma de constituição da entidade familiar, hetero, homo ou poliafetiva. [...] A garantia de respeito e preservação

da individualidade da pessoa humana abrange, notadamente, o direito à formação da família com pluralidade de membros. Aquele que pretende desenvolver a sua dignidade no âmbito “poli” tem os mesmos direitos dos monogâmicos. (VIEGAS, 2017, p. 131/133)

Um segundo princípio a ser debatido tendo como temática central a apreciação da poliafetividade face à Constituição Federal de 1988 é a igualdade. O primeiro ponto ao qual se deve fazer referência no tocante ao princípio da igualdade é o fato de que a CF/88 faz diversas afirmações em prol de uma igualdade *lato sensu*, que se ponha a diminuir, ou mesmo erradicar, diferenças e discriminações pautadas em aspectos como sexo, gênero, raça, religião, renda e tantos outros. Desta forma, todos são iguais perante a lei (igualdade formal), admitindo-se apenas que sejam feitas distinções que venham a reforçar essa igualdade, a exemplo das ações afirmativas, necessárias para que se aproximem as pessoas da igualdade material.

Ao afirmar a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações, e ao consagrar que os direitos e deveres oriundos das sociedades conjugais devem ser exercidos de forma igual pelos cônjuges/companheiros, verifica-se “o estopim para o declínio do pátrio poder. [...] a família passou a ser gerida por ambos os cônjuges, que ora tinham poder de decisão com a mesma força, sem um sobrepor ao outro”. (VIGO, 2017, p. 05) Além disso, tem-se também o reconhecimento da igualdade entre os filhos, não mais havendo que se falar em “legítimos” ou “adulterinos”. Porém, a Constituição foi ainda mais longe nas tratativas da igualdade, posto que, por meio do art. 226, reconheceu a pluralidade familiar, determinando a igualdade de tratamento às famílias, independente de sua conformação.

Conforme já trabalhado, verifica-se que o rol de famílias citadas pelo art. 226 é meramente exemplificativo, não constituindo óbice ao reconhecimento de outras conformações; desta forma, deve-se enxergar que a poliafetividade possui arcabouço que a legitima pleitear seu reconhecimento como família, não havendo que se falar em hierarquização das formas familiares, por expressa vedação pelo texto Constitucional. Assim, visualiza-se que a todas as famílias deve ser ofertada a especial proteção do Estado, em respeito ao já consagrado princípio da igualdade.

O próximo princípio a ser trazido ao debate é o da liberdade, entendida como autonomia privada, cujo histórico de transformações já foi trabalhado em momento oportuno. Dentro da seara do Direito das Famílias, a autonomia privada deve ser enxergada como o direito de auto-regulação que a pessoa tem de gerir seus

próprios interesses, nas suas escolhas personalíssimas (ex: qual meu gênero, com quem vou me relacionar, qual a forma que o meu relacionamento vai assumir, se quero ter filhos ou quantos filhos quero ter, qual o momento de iniciar uma família, qual o momento de extinguir minha relação de conjugalidade, se devo entrar em um novo relacionamento, e assim por diante...). Importante notar que uma dessas escolhas, possibilitadas pelo princípio da liberdade, como autonomia privada, pode ser também no sentido de o ser humano se estabelecer como monogâmico ou não-monogâmico, e que essa escolha é tão importante como as demais, já citadas.

[...] esse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade. (VIGO, 2017, p. 06).

É importante que se frise justamente este aspecto da necessidade de se ponderar a autonomia privada de se constituir uma família poliafetiva com a relevância da monogamia como valor social. Conforme visto, o reconhecimento da poliafetividade gera um desnecessário pânico moral dos setores mais conservadores da sociedade, no entanto, tal consequência não se faz determinante no sentido de se marginalizar ou mesmo proibir este tipo de relacionamento, que não apresenta potencial lesivo maior do que qualquer outro tipo de família. As alegadas perturbações que a família poliafetiva pode provocar na sociedade são fruto do desconhecimento e do preconceito, em muito potencializado por argumentos de cunho moral e religioso.

Um outro princípio que se correlaciona diretamente com a temática trabalhada é o da pluralidade das formas familiares. Desde antes do advento da Constituição de 1988, já se pensava na necessidade de resguardar as entidades familiares não matrimonializadas, conforme orientava Orlando Gomes: “O regime legal da família não deve se restringir à família constituída pelo casamento, muito menos ainda a seu modelo antigo de uma sociedade fechada sobre si mesma [...]. Igual tutela deve ser dispensada, na medida do possível, a toda sociedade aberta de convivência íntima entre seus componentes”. (GOMES, 1983, p. 33). À época, enxergava-se a necessidade de se oferecer proteção às pessoas que constituíam suas famílias de forma alheia ao matrimônio, por conta dos divórcios, óbitos ou mesmo do abandono que levava à monoparentalidade, realidade de muitas mulheres e crianças que não poderia ser ignorada. Atualmente, enxerga-se que a pluralidade abrange, mais

ainda, outras situações, involuntárias ou voluntárias, dentre as quais pode-se incluir a poliafetividade como opção voluntária pela convivência em um relacionamento conjugal não monogâmico.

Desta forma, reitera-se que não faria sentido considerar que a pluralidade deve ser restrita aos três tipos de família apontados expressamente no texto do artigo 226, da CF/88, posto que a idéia expressa por este princípio é justamente a de ofertar proteção à todos os tipos de família que se formem, desde que verifique-se que há o respeito à dignidade dos integrantes componentes do núcleo familiar. “A entidade familiar hodierna, então, é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros, independentemente do seu modo de constituição, merecendo proteção e respeito de toda a sociedade.” (VIEGAS, 2017, p. 141) Assim, entende-se que o princípio da pluralidade das formas familiares é essencial no reconhecimento da poliafetividade, posto que está em seu cerne acolher o maior número de famílias possível.

Ao se falar na pluralidade de formas familiares, não há como se olvidar de tratar de outro princípio que com este se relaciona diretamente, qual seja o princípio da não-intervenção estatal na família. Este princípio deve ser apreciado com muita cautela, posto que um entendimento superficial da não-intervenção poderia levar a mais conseqüências desastrosas do que benefícios. O ponto de partida para a análise deste princípio é compreender “até que ponto a intervenção de Estado nas relações de família, no atual contexto socioeconômico brasileiro, é desejável?” (VIEGAS, 2017, p. 156) O primeiro passo para entender o princípio da não-intervenção estatal na família é compreender que não se pode tentar encontrar uma conceituação com base na literalidade de seu nome; mais adequado seria denominá-lo de princípio da mínima intervenção estatal na família, posto que a intervenção faz-se necessária sob alguns aspectos, sobretudo no tocante ao reconhecimento e proteção das “novas entidades familiares”.

Há um aparente paradoxo, posto que “o Estado, muitas vezes, é chamado a intervir para reconhecer determinado núcleo familiar, como foi o caso específico das uniões homoafetivas. Opera-se, então, uma intervenção estatal tardia e necessária, por meio do Poder Judiciário.” (VIEGAS, 2017, p. 156) Neste ponto, cumpre-se ressaltar que quando a intervenção estatal é operada em consonância com os demais princípios constitucionais (a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada, a

igualdade, a vedação do retrocesso, esses apenas a título de exemplo), verifica-se que esta intervenção é necessária e condizente com o ordenamento; não se trata de real intervenção, mas sim de tutela de uma situação que já se firmou na realidade social e que agora clama por reconhecimento e proteção estatal. A tutela das “novas formas familiares” é desejada e necessária, neste caso justificando a intervenção para a concessão de direitos e equiparação às entidades familiares já reconhecidas.

Por outro lado, quando as medidas estatais interventivas não condizem com a realidade social e com os princípios constitucionais já consagrados, fala-se em violação da autonomia privada, da dignidade da pessoa humana, da pluralidade familiar, bem como em retrocesso social. É o caso, por exemplo, do PL 6583/13, que, mesmo após o reconhecimento da possibilidade das uniões homoafetivas pelo STF (ADIn 4.277 e ADPF 132), busca retroceder socialmente ao restringir novamente o conceito de família.

De um lado, a Constituição preceitua a autonomia, a dignidade, a solidariedade, a pluralidade familiar e a não intervenção estatal na família. De outro, observa-se o legislador interferindo de forma excessiva e desnecessária na família, traçando comportamentos há muito afastados pela realidade social, ou mesmo o legislador se mostrando inerte, negando direitos às novas famílias, basicamente, em função da moral social e religiosa. (VIEGAS, 2017, p. 156)

A exemplo do exposto por Viegas (2017, p. 157), entende-se, em mesmo sentido, de que as famílias necessitam de tutela estatal, para garantir os direitos de seus integrantes (já que a família deve ser vista como instrumento de realização da dignidade das pessoas, e não como fim em si mesma), mas não de intervenções em sua constituição e organização, posto que isso violaria a autonomia e a dignidade de seus membros constituintes.

Quando se fala das relações poliafetivas, em muito se refere à necessidade de que estes relacionamentos se pautem sempre na honestidade, na ética, na confiança e na boa-fé de seus partícipes, entre si e para com a sociedade. Desta forma, poder-se-ia falar no princípio da eticidade, ou mesmo no princípio da boa-fé, posto que é nesta que devem se pautar as relações humanas. Da mesma forma que o princípio geral da boa-fé, que pode ser enxergado como cláusula geral de tutela da pessoa humana ou mesmo como cláusula geral limitativa da conduta dos particulares, é aplicado nas relações negociais, enxerga-se a necessidade de sua consideração

também nas relações intersubjetivas tratadas pelo Direito das Famílias. Nesta seara, deve-se entender a boa-fé como efetivação da solidariedade social.

Ora, é confiando na boa-fé que se criam expectativas de que as partes envolvidas em qualquer dinâmica respeitem os termos pactuados, não frustrando os outros e a sociedade no decorrer da relação; a boa-fé é ínsita ao próprio dever de lealdade das uniões conjugais. Por meio da boa-fé, tutela-se a confiança entre as partes, ou entre os parceiros vinculados por aquele pacto, bem como a própria confiança recíproca entre a sociedade e as pessoas vinculadas naquela conjugalidade.

Na poliafetividade, a tutela da confiança e da honestidade é uma das bandeiras mais levantadas por todos aqueles que visam viver sob a égide desta forma familiar. Acredita-se que por meio do pacto, livre e consentido, de uma forma relacional não monogâmica, estar-se-á aproximando do vértice relacional que traz consigo o repúdio à infidelidade conjugal, à dominação simbólica e a todos os aspectos que os poliamoristas abominam na monogamia. Assim sendo, entende-se que, ao menos em teoria “na família poliafetiva [...] os deveres anexos ao princípio da boa-fé se mostram plenamente executáveis, sobretudo o dever de respeito, transparência, lealdade e de agir conforme a confiança depositada.” (VIEGAS, 2017, p. 168)

Por fim, retoma-se o debate acerca da do princípio da democracia, que, conforme visto, vem sendo ressignificado na seara familiar por meio do reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, que autoriza um maior grau de democratização do próprio espaço de intimidade dentro das relações familiares, não havendo mais que se falar em poder diretivo do *pater* ou mesmo em “natural superioridade masculina”; todos possuem os mesmos direitos e deveres dentro do núcleo familiar, qualquer que ele seja. Deve-se respeitar, portanto, a diversidade; importante que se fale no princípio do não retrocesso social.

Desenvolvido na Alemanha e em Portugal, o princípio do não retrocesso parte da premissa de que ao Estado cumpre uma imposição de abstenção, ou seja, o dever de não adotar medidas que destituam ou flexibilizem, de forma desarrazoada, as conquistas já alcançadas pela sociedade. Em simetria lógica, a aplicação do princípio do não retrocesso exige um comportamento omissivo do Estado, no sentido de se abster de atos que impliquem na desproteção da família contemporânea. Por este raciocínio, se a Constituição da República de 1988 impõe ao Estado a proteção da família plural e isonômica – não pode haver norma infraconstitucional válida – que restrinja direito de formar famílias, ainda que não muito

convencionais, desde que fundada na afetividade, solidariedade e confiança. (VIEGAS, 2017, p. 170)

Pode-se visualizar o princípio do não retrocesso social como uma ferramenta de limitação do movimento pendular da história: desta forma, por mais que o pêndulo oscile, no movimento de retorno, ao tradicionalismo, existem certos limites em sua retroação, sobretudo no que se refere aos direitos individuais e sociais já conquistados ao longo dos tempos. Da mesma forma em que já se sedimentou o entendimento de que a evolução brasileira afastou definitivamente certos aspectos históricos que marcaram a construção da própria sociedade brasileira, a exemplo da escravidão, deve-se ter em mente também que não há mais espaço para que se restrinja a conjugalidade e a formação de núcleos familiares a um padrão heterossexual, monogâmico e matrimonializado, que, embora se mantenha socialmente forte e relevante, não mais atende aos anseios e expectativas de outra boa parcela social. O não retrocesso garante, desta forma, o respeito à diversidade e à pluralidade nas formas de se constituir família, posto que assim consagrado na Carta Magna.

Desta forma, vistas as possibilidades de correlação entre o instituto da poliafetividade e alguns princípios constitucionais que devem reger o Direito das Famílias segundo uma ótica mais inclusiva e de respeito à diversidade, verifica-se a premente necessidade de que, verificada a poliafetividade, e em havendo interesse no reconhecimento do núcleo familiar pelas vias jurídicas (a ser manifestado pelos componentes daquele núcleo), se estendam os direitos decorrentes da proteção constitucional já existente, *a priori*, mesmo que a própria situação da poliafetividade ainda não tenha sido especificamente apreciada pelos legisladores.

É preciso desconstruir esse conceito fechado de família, concebido em épocas remotas, cuja realidade sociojurídica não contemplava, por vezes, os direitos mínimos inerentes a condição do ser humano. Nesta conjectura, a compreensão da entidade familiar enquanto núcleo fundamentador da sociedade deve ter como principal requisito a afetividade, de modo a incluir sujeitos historicamente marginalizados, como os homossexuais e as concubinas (sendo esta última a forma que, apesar de pejorativa, é mais utilizada para denominar a parceira do relacionamento extramatrimonial). (SOUZA; RÊGO, 2013, p. 200)

É função do Direito repelir as injustiças, sobretudo aquelas que se afiguram como históricas na sociedade brasileira, e que são fonte de marginalização e preconceito. Havendo afeto, respeito e dignidade, não pode a monogamia continuar a ser usada

como óbice ao reconhecimento dos núcleos familiares que, muito embora ainda não tenham sido juridicamente protegidas, se afiguram como famílias na realidade social, diante de suas comunidades, agüentando toda a carga negativa oriunda do tradicionalismo cego que continua a perpetuar estas discriminações.

5 CONCLUSÃO

O ponto de partida para que se possa averiguar o status jurídico da monogamia no ordenamento brasileiro é investigar a evolução das famílias, conforme as mudanças nas conformações sociais familiares ao longo da história, que levaram ao atual paradigma da família ocidental tradicional monogâmica. Fez-se necessária uma revisão na doutrina acerca do que se entende por conjugalidade, monogamia, relações humanas e influências externas às famílias para tanto. Intentou-se compreender o surgimento do dogma monogâmico para, em sequência, desconstruí-lo.

A desconstrução começa pelo entendimento de que a monogamia não é inerente à espécie humana. A partir dos estudos conduzidos por Barash e Lipton, pode-se concluir que os seres humanos não são naturalmente monogâmicos, esta opção (consciente ou não) se dá face aos fatores sociais, sociológicos e culturais, apreendidos ao longo das experiências de conjugalidade. Mais ainda, segundo estudos biológicos, a monogamia, seja ela de cunho sexual ou social, não seria fator natural em nenhuma espécie, sendo entendida como estratégia de sobrevivência genética.

O que se pode extrair deste estudo biológico é que não há uma única definição generalizante para os seres humanos. Os padrões e comportamentos adotados pelos indivíduos e pelas comunidades variam de acordo com as condições às quais os agrupamentos são submetidos. A monogamia humana, tida como característica da espécie, não é um comportamento que possa ser definido como natural dos indivíduos; é, em realidade, constructo social, e a opção por esta traz consigo alguns corolários, a exemplo da diferenciação dos gêneros e o adultério. Excluído o caráter biológico da associação das relações humanas e conjugais com a figura monogâmica, buscou-se analisar a monogamia segundo o critério cultural, atentando-se à historicidade do instituto.

Neste ponto, e seguindo a linha de raciocínio proposta por Engels, objetivou-se entender a família, sobretudo, como fenômeno histórico e cultural, intimamente associada aos meios de produção e à economia das diversas localidades em

determinado tempo/espço. Tomadas por exemplo as conformações familiares que se apresentaram após o período da barbárie e da promiscuidade sexual, viu-se que nos modelos familiares condensados nos vocábulos “famílias consanguíneas”, “famílias punaluanas” e “famílias sindiásmicas” não havia a figura da monogamia como elemento essencial e estruturante das relações conjugais.

O surgimento da monogamia dá-se com a transformação das famílias sindiásmicas em monogâmicas, sendo este um dos principais sintomas da civilização nascente. Com a monogamia, os laços conjugais tornaram-se mais fortes, só podendo ser rompidos pelo homem. Neste ponto, chegou-se a outra importante conclusão: a monogamia, em sua origem, pode ser vista como forma de opressão ao sexo feminino. A sociedade monogâmica é avidamente adúltera, quando encontra condições propícias; no entanto, deveres como fidelidade e lealdade, corolários da monogamia, eram exigidos apenas das mulheres, já que a sociedade, machista e heterista, sempre tolerou o adultério masculino.

Desta forma, a monogamia baseia-se no predomínio do homem e na necessidade de garantia da prole legítima para a transmissão do seu patrimônio; enxerga-se a necessidade da imposição da monogamia, sobretudo a feminina, para justamente legitimar a prole de herdeiros. Não se pode pensar a origem da monogamia como fruto dos ideais do amor romântico, já que ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro. O matrimônio monogâmico não é, em realidade, uma forma mais elevada de relação conjugal, ou uma reconciliação entre os gêneros; é um instrumento de demonstração de poder e da dominação masculina. Os homens impõem a monogamia para as mulheres, mas não a seguem: a infidelidade masculina é tolerada, por não acarretar prejuízos à transmissão da propriedade e do patrimônio para seus legítimos herdeiros, mas a infidelidade feminina é duramente castigada.

Após esta constatação, coube uma análise sobre monogamia, dominação simbólica, o sexismo e a condição feminina, a exemplo do estudado de Bourdieu. A dominação masculina está tão incutida no pensamento dominante nas sociedades que se pode dizer que encontra um de seus melhores suportes no desconhecimento de sua própria existência, favorecendo a aplicação, pelo dominante, de categorias de pensamento engendradas na própria relação de dominação. Concluiu-se que,

historicamente, a monogamia é vista como um sistema de opressão de gênero, marcado pela tolerância às condutas masculinas de infidelidade e pelo excessivo rigor e força punitiva a qualquer tentativa de reprodução destes comportamentos pelas mulheres. O sexismo é marca das sociedades monogâmicas, sendo a condição feminina reduzida e oprimida pelo sistema.

Uma opção feita para facilitar a compreensão do tema é aquela que subdivide a monogamia em duas vertentes: endógena e exógena. A monogamia endógena implicaria na existência de uma única relação de conjugalidade no interior de uma mesma estrutura familiar, ou seja, não estaria excluída a possibilidade de conjugalidades múltiplas, exteriores à estrutura monogâmica constituída. Por sua vez, a monogamia exógena seria a vedação absoluta do relacionamento sexual com outros indivíduos que não aquele com o qual se constituiu a relação conjugal. Das mulheres, seria exigido o atendimento a ambas as formas, enquanto dos homens, apenas à forma endógena, sendo, portanto, aceita a infidelidade conjugal masculina, posto que a ocorrência de relações extramatrimoniais não afetaria a constituição da família e do casal conjugal como relação primária.

Visto seu surgimento, fez-se necessário vislumbrar quais foram os acontecimentos e elementos que foram essenciais para a sedimentação da monogamia como elemento inerente aos sistemas ocidentais. Enxerga-se a forte influência exercida pelas instituições religiosas, que alçou a monogamia a uma posição de um dos principais dogmas durante séculos. Enxergar a relação travada entre o livre exercício da sexualidade e o controle institucional sobre ela é essencial para a compreensão de como a imposição da monogamia pela Igreja monopolizou a legitimidade de práticas e discursos sexuais. Ao normatizar a sexualidade humana, a Igreja tomou para si o controle social e assumiu o posto de uma das principais instituições sociais, junto ao Estado.

A Igreja impôs austeridade às práticas sexuais, desta forma, o estado de casado e a atividade sexual deveriam tender à coincidência. A sexualidade, portanto, deveria ser limitada e condicionada, vinculando-se diretamente à figura do casamento, sendo utilizada como meio para a produção de descendência legítima; desta forma, correlacionam-se diretamente os conceitos de sexo, conjugalidade, família, e filiação legítima. A infidelidade, tanto a feminina quanto a masculina, passa a ser vista como

fraqueza; a Igreja busca a regulação das sexualidades mediante a interferência nas relações conjugais, desta forma, enxerga no casamento monogâmico uma ferramenta de controle dos impulsos humanos e da própria sexualidade.

O casamento torna-se canônico, religioso, e faz-se necessário o atendimento à diversos requisitos, tais como publicidade e registro, com objetivo de estabilizar e controlar as comunidades. A imposição do casamento clerical foi uma forma que a Igreja encontrou de submeter a sociedade e assumir o controle e o poder à época, e foi o Concílio de Trento que transformou o casamento em um contrato solene, regulamentando de forma detalhada o matrimônio, e avocando à Igreja a exclusividade de sua realização. Ao legislar sobre o casamento e as relações humanas, a Igreja transformou as núpcias em real sacramento eclesiástico, determinou a monogamia como único regime passível de adoção, estabeleceu impedimentos e condicionou um costume pré-existente nas sociedades à conformidade de uma nova ordem, rigorosa e punitiva às relações concubinárias.

A recepção do Decreto Tridentino nos países europeus católicos, a exemplo da Itália, França, Espanha e Portugal, se deu tanto por força da Lei quanto de um forte esforço catequético por parte da Igreja. O Direito Canônico, nestes países, influenciava diretamente o Direito Civil, pela confusão entre o Estado e a Igreja; desta forma, entende-se que o Direito Português foi construído sob a égide do Direito Canônico. Com as grandes navegações e todo o processo de colonização capitaneado sobretudo pelos portugueses, não é de se estranhar que o Brasil tenha recebido forte carga dogmática e legal de seu principal colonizador, Portugal.

Assim, é iniciada uma análise do caso brasileiro, que mesmo fora do continente europeu, e, portanto, distante de suas transformações (das quais pode-se exemplificar o declínio do concubinato por conta das noções advindas da Reforma Protestante e da Contrarreforma Católica) absorveu de forma tão basilar os institutos, costumes e regulações europeus, sem, contudo adaptar-se e ser adaptado pelas mudanças nos mesmos, permanecendo estanque em alguns costumes já superados por seus colonizadores ibéricos. Não há como se negar a relevância do estudo do concubinato no Brasil colônia para que se entenda a formação do Direito Civil brasileiro, mas este deve ser visto por duas vertentes: enquanto para os Senhores era ferramenta de dominação, exploração e

perpetuação de estereótipos do racismo e da divisão de classes, por sua vez era a principal alternativa de vida amorosa e sexual para os “miseráveis”: escravos, forros e pobres, que não podiam se casar segundo os trâmites, por conta de sua condição servil ou mesmo da instabilidade que lhes marcava a existência.

Ou seja, de uma forma ou de outra, e na contramão do pensamento popularizado por Casa Grande e Senzala, as famílias concubinárias eram o mais comum modelo familiar da realidade brasileira, e não as grandes famílias patriarcais, como se poderia pensar. Esse esclarecimento é importante no sentido de evitar a generalização exacerbada de se enxergar a realidade das grandes fazendas e dos grandes engenhos como a principal formação familiar do Brasil; as famigeradas famílias patriarcais eram exceção à dura realidade a que estavam submetidos os demais brasileiros. Enxergar as famílias patriarcais como o padrão implica na marginalização de outras formas alternativas ou mesmo negação de sua existência, o que cria e fortalece posições de não-direito dentro da sociedade, com a consequente estigmatização das concubinas, vítimas do colonialismo, do racismo e da pobreza.

É fato que, da ausência de registro da grande maioria das relações conjugais no Brasil colônia, não raras eram as situações nas quais pessoas ingressavam em múltiplas conjugalidades, sequenciais ou simultâneas. Os motivos eram variados: desde a pré-existência de um matrimônio no país de origem antes da migração para a colônia, da constante necessidade de migração dentro do território nacional na busca por riquezas ou sobrevivência, das vendas e transferências de posse das pessoas em situação de escravidão, dentre outras. O concubinato era uma forma de relacionamento funcional, que abarcava essas situações de constantes mudanças e incertezas; sendo o casamento a forma de união daquelas pessoas que já se encontravam bem estabelecidas na sociedade (moças “de família” e os Senhores).

No entanto, subentende-se que a elevada incidência da bigamia na sociedade colonial não era fruto exclusivamente de uma má-fé ou de uma falta de caráter a nível nacional: era decorrência natural das próprias condições de colonização, das constantes migrações internas e externas, da necessidade de se buscar sustento e oportunidades fora do seio familiar, e da precariedade dos meios de comunicação. Desta forma, mesmo tendo sido atribuída pena de morte aos praticantes do crime de

bigamia pelas Ordenações Filipinas, porém, e em razão das peculiaridades já referidas, notável benevolência estatal nas punições, bastante abrandadas.

O legislador não se quedou inerte à esta situação e tratou de incluir no Código Penal Brasileiro (1940) dois tipos penais para a tutela do sistema monogâmico: o art. 235, que tipifica a bigamia, e o art. 240, que tipificava o adultério. Enxerga-se que a proteção ao sistema monogâmico e à fidelidade conjugal se mostrou historicamente importante dentro de um direito de família lastreado pela figura do matrimônio. É elemento essencial do tipo penal de bigamia que um dos sujeitos seja, efetivamente, casado, e que vise contrair novo matrimônio, ou seja, a bigamia é crime diretamente correlacionado às relações matrimonializadas. Essa proteção perpetrada pelo ordenamento ao sistema monogâmico pode ser notada facilmente na doutrina jurídica majoritária à época, que afirmava a monogamia como natural e indispensável para a humanidade, ignorando estudos dos outros campos do saber, que já questionável o reinado absoluto da monogamia.

Enxerga-se que que não há tema, jurídico ou não, que tenha imunidade às problematizações sociais e jurídicas. Debater a monogamia e sua posição no ordenamento é essencial quando se leva em conta o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito civil. Deve-se a todo custo evitar que este estabelecimento de condutas pré-determinadas e acolhidas pela norma padrão leve a um esquecimento, real exclusão, de todas as situações destoantes do comportamento idealizado ou tido como dominante; o Direito não pode se consolidar como fator de exclusão social. Não se pode continuar a marginalizar as pessoas que optam por conformações familiares que não se originam da figura do matrimônio. O crime de bigamia pode tutelar a formalidade jurídica e pública que se tem a respeito do casamento, mas não protege a figura do terceiro envolvido e do cônjuge originário. É necessário um estudo que se preocupe com essas pessoas até então marginalizadas pelo ordenamento, invisíveis aos olhos dos juristas.

Muito embora se possa afirmar como marco temporal do surgimento concubinato no Brasil o período colonial, no que se refere à seu reconhecimento pela legislação pátria, tem-se apenas breves menções ao instituto no corpo das Ordenações Filipinas e no Código Civil de 1916 que referiram-se apenas aos aspectos patrimoniais que poderiam se originar de venda ou doação feita por homem casado

à concubina. Note-se: pouco se importavam com as pessoas envolvidas nesta relação, o foco era justamente na manutenção do patrimônio familiar e da herança a ser deixada à prole. Este trabalho, por outro lado, buscou tratar do concubinato e da bigamia não com o viés de criticar ou julgar, mas de entender as consequências e os dissabores que o enquadramento nesta posição gera para a pessoa que ali se encontra.

Um passo importante para que fosse dada maior relevância à situação do concubinato e dos concubinos foi quando o Supremo Tribunal Federal lançou a famigerada Súmula 380, em 1964. Muito embora a Súmula 380 possa ser entendida como um primeiro passo para o reconhecimento das famílias não-matrimonializadas, ela ainda condena o concubinato à invisibilidade jurídica, por não reconhecer sua existência jurídica, ante o fato de que o Direito opta por enxergar, apenas, o esforço comum de duas pessoas sob a alcunha de sociedade de fato, desprezando totalmente a razão de ser da relação estabelecida entre elas. Reconhece-se que, ao enquadrar uma relação precipuamente familiar como uma sociedade, visando apenas a proteção patrimonial dos envolvidos, relega-se essas pessoas a uma situação de invisibilidade jurídica. Ocultar juridicamente a existência de uma relação familiar não tem o condão de fazê-la desaparecer: é uma família de fato, atendidos ou não os requisitos tidos como jurídicos para sua constituição.

O mesmo ocorre com as famílias que se originam das situações tidas como de bigamia: a vedação legal e a tipificação penal não impedem, por si só, que famílias surjam em um contexto no qual um de seus membros esteja praticando o crime de bigamia; e nem por isso as pessoas ali envolvidas devem ser consideradas como cidadãos de segunda classe ou pessoas menos merecedoras de direitos oriundos desta situação familiar. Já há, inclusive, um projeto de lei do Senado nº 236/2012, que propõe a descriminalização da bigamia, por entender que o crime de bigamia enaltece a família constituída pelo matrimônio como a única digna de tutela no âmbito criminal, relegando a proteção do indivíduo a um plano secundário. O amparo estatal está direcionado para a entidade familiar matrimonializada em si mesma, enquanto a interpretação do ordenamento constitucional exige justamente o oposto, no sentido da proteção da dignidade dos envolvidos.

Ainda referindo as construções normativas, de grande importância a Lei nº 8.971/1994, ao regular o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão. Por sua vez, a Lei nº 9.278/1996 veio para regulamentar o §3º do art. 226, da Constituição Federal de 1988 no que se refere ao instituto da união estável, estabelecendo, inclusive, em seu art. 9º a competência do juízo das Varas de Família para cuidar de assuntos atinentes às uniões estáveis. Confirmado e regulamentado, portanto, o caráter familiar desta forma relacional não-matrimonializada.

A crescente demanda pela chancela jurídica das situações de fato fez com que o legislador, o julgador e os estudiosos do Direito se atentassem à situação do concubinato. Doutrinariamente, houve a construção de uma divisão em duas espécies de concubinato – puro e impuro –, levando-se em conta a existência ou não de impedimentos matrimoniais, que foi posteriormente acatada pela jurisprudência. No entanto, pelo fato de o termo concubinato trazer consigo uma forte carga negativa, houve uma grande mudança estrutural na visão do instituto, provocada pela mudança dos léxicos referentes ao mesmo. Após a Constituição Federal de 1988, onde se lia “concubinato não-adulterino”, ou simplesmente “concubinato puro”, leia-se “união estável” (Art. 226, §3º, CF/88), e onde se lia “concubinato adulterino” ou “concubinato impuro”, lê-se apenas concubinato (Art. 1.727, CC/02).

Ao concubinato puro, agora união estável, foi ofertada a proteção constitucional expressa, consubstanciada no artigo 226 da Constituição Federal de 1988. A união estável também foi contemplada com um Título próprio no Código Civil de 2002, que abrange os artigos a partir do art. 1.723 ao art. 1.727. Indaga-se se seria o Código Civil de 2002 consolidador de um avanço social no sentido de tutelar as uniões estáveis já consagradas na CF/88 e nas Leis n.º 8.971/1994 e 9.278/1996 ou verdadeiro retrocesso ao reintroduzir no ordenamento a figura do concubinato sob esta alcunha.

O que se tem é que, desta forma, e por meio do reconhecimento dado pelo art. 226 da CF/88, resta quebrada a hegemonia do casamento, que não pode mais ser encarado como paradigma das formas familiares ante a tantas formas outras que se impuseram socialmente e foram/estão sendo reconhecidas pela população, pela

doutrina, pelo judiciário, pelo legislativo e pelas demais ciências e campos do conhecimento. No entanto, não se busca com isto desprestigiar ou desmerecer a figura do casamento; apenas, deve-se manter atento que existem outras formas relacionais, de conjugalidades sobretudo, que não intentam ser casamento, e que, por isso, a elas deve ser dado tratamento distinto do que é dado ao casamento. Neste momento é que se visualiza um grande problema no regramento das uniões estáveis, tendo em vista que ele é feito, a priori, com base nos regramentos para o matrimônio.

Averiguou-se, neste sentido, se mesmo em face do reconhecimento da pluralidade das formas familiares, é lógico, ou ao menos viável, o aproveitamento e a transposição de institutos e regramentos típicos do matrimônio (e, portanto, impregnados dos dogmas religiosos) para as demais formas relacionais, em especial para a união estável, ou se o correto seria o estabelecimento de um novo regramento, mais atento às particularidades de cada entidade. Conforme visto, o instituto da união estável foi desenhado tomando por molde a necessidade (e a tendência) de se atribuir efeitos jurídicos, para além dos efeitos meramente patrimoniais às relações conjugais que não são casamento *strictu sensu*. Foi necessário verificar quais são os elementos distintivos entre os institutos jurídicos da união estável e do casamento para, após, averiguar se mostram-se adequadas, ou ao menos condizentes com a natureza da união estável, as tentativas de equiparação.

Sobre o tema, duas correntes se destacam, a primeira no sentido de entender a equiparação como autoritarismo estatal, violadora da liberdade dos particulares de constituírem uniões distintas do casamento, e, portanto com efeitos distintos dos deste; uma segunda corrente, por sua vez, enxerga as uniões estáveis como “casamentos de fato”, como etapa preliminar do casamento. Existe também um terceiro posicionamento, tido como moderado, que entende que casamento e união estável devem se aproximar quando os bens tutelados são os direitos pessoais dos conviventes, mas que é necessária a distinção quando se faz referência às possibilidades de interferência estatal na relação conjugal travada entre os particulares. Segundo a terceira corrente, o Estado deve se ater a proteger as

pessoas envolvidas na relação, sem, contudo, intervir na forma de constituição da própria relação, caso ela se configure de forma outra que não matrimonial.

Acerca do casamento entende-se que há uma dificuldade em se encontrar uma definição única que atenda e satisfaça todos seus regimes jurídicos, portanto, optou-se por analisar o casamento segundo o mesmo se encontra positivado no ordenamento jurídico pátrio. O legislador, atento às dificuldades já mencionadas, e à mutabilidade esperada do Direito, adaptando-se à sociedade, não estabeleceu conceito expresso do que seria o casamento no Código Civil de 2002. A disciplina do casamento inicia-se no artigo 1.511 e vai até o artigo 1.582, tratando das disposições gerais, da capacidade para o casamento, dos impedimentos, das causas suspensivas, do processo de habilitação para o casamento, da celebração do casamento, das provas do casamento, da invalidade do casamento, da eficácia do casamento, da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

No que se refere à natureza jurídica do casamento, foi feita opção legislativa no sentido de não apresentar na Lei um conceito expresso para o casamento, o que possibilitou que se formassem três principais correntes doutrinárias: a primeira seria a corrente contratualista; a segunda, a corrente institucionalista; e uma terceira corrente, mista, que combinaria elementos das duas anteriores.

Enquanto no que se refere ao casamento o Código Civil de 2002 cuida detalhadamente de seus institutos em mais de setenta artigos específicos, para a união estável a legislação é bem menos extensa e criteriosa, contando com apenas cinco artigos, muitos dos quais contam com referências expressas aos artigos do título do casamento. Sobre a natureza jurídica da união estável, entende-se que a mesma não pode ser tida como contratual, posto que o elemento fático prepondera sobre o jurídico/contratual, face à dificuldade de se pontar qual teria sido o “termo inicial” destas uniões.

Uma tendência atual no ordenamento brasileiro é aquela em que se equiparam institutos com intuito de suprir deficiências na construção dos mesmos e de seus regramentos jurídicos próprios. Ora, ignoram-se fatores característicos distintivos essenciais aos conceitos do próprio instituto para que se possa, de maneira mais ágil, menos burocratizada e excessivamente simplificada dar solução judicial a

problemas pontuais que surgem das próprias relações entre os seres humanos. Deve-se estar atento ao fato de que uma atribuição constitucional de igual hierarquia entre casamento e união estável não significa, contudo, equiparação plena entre as duas formas relacionais.

Desta forma, há que se buscar entender que, ao contrário do senso comum de ser a união estável uma forma de casamento com menos formalidades, ou mesmo um quase-casamento ou uma etapa de convivência até a formalização do casamento, ela é instituto diferente, com núcleo conceitual diferente, elementos diferentes e atendimento a requisitos diferentes. Sua normatização, portanto, não pode continuar sendo aquela que meramente acolhe e transpõe impedimentos, causas suspensivas, regimes de bens e outros regramentos pensados, *a priori*, para a figura do casamento.

Ao contrário do que ocorreu com os impedimentos, causas suspensivas e regimes de bens, cujo regramento para as uniões estáveis faz expressa menção às consagrações legais destes institutos dentro do regime matrimonial, quando ao deveres oriundos das distintas formas de conjugalidade, não houve mera transposição; alguns deles foram eles estabelecidos de forma distinta. Para ambas as relações são exigidos os mesmos deveres em relação aos filhos, posto que a conjugalidade não interfere na parentalidade; o respeito e a assistência entre os consortes também se encontram previstos para ambos os institutos. Quanto à coabitação, esta encontra previsão apenas no casamento, muito embora factualmente se encontre mitigada pela própria vida em sociedade. Por fim, o legislador cuidou de estabelecer a fidelidade como dever oriundo do casamento, e a lealdade como dever oriundo das uniões estáveis.

De pronto, fidelidade e lealdade não são sinônimos, e nem devem ser enxergados como tal. O dever de fidelidade deve ser visto como sendo a real expressão jurídica da existência de um princípio da monogamia dentro das relações matrimonializadas. A fidelidade se refere à exclusividade da prática sexual entre os parceiros, da qual decorre a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento, com a legitimidade da prole e a correta transmissão dos bens por sucessão. A lealdade, por sua vez, pode ser vista como uma verdadeira fidelidade aos compromissos assumidos. Ora, como diria um famoso dito popular “o combinado

não sai caro”; cabe às pessoas envolvidas na relação acordarem os termos desta. Entende-se que, em respeito à proteção constitucional dada pela CF/88 por meio do art. 5º, X à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, não mais se justifica a manutenção do dever de fidelidade, mesmo dentro da esfera matrimonial.

Não se pode negar que quando o matrimônio era o único meio legitimado juridicamente para a constituição das famílias, havia sentido em se referir a um princípio da monogamia, corolário do dever conjugal de fidelidade recíproca, posto que havia apreciação da culpa por violação desse dever. Ocorre que na atualidade, incorreto se cogitar o matrimônio como forma única, ou mesmo superior, de constituição de uma conjugalidade, não se devendo, portanto, transpor seus limites e restrições para as demais formas de conjugalidade não matrimonializadas. Note-se que a afirmação da monogamia e de seu caráter principiológico é resquício de toda uma construção histórica, pautada sobretudo pela dominação masculina, pela legitimação dogmática da assimilação pelo Direito Civil do Direito Canônico e pela criação de lugares de não-direito, aos quais diversas mulheres, sobre a alcunha de concubinas foram (e ainda são) relegadas.

Há que se repensar o Direito atento aos novos paradigmas, que vem sendo conquistados e expandidos diariamente. Desta forma, não se pode ignorar o processo emancipatório feminino, a pluralidade das formas familiares e a luta pela igualdade de direitos destas, a laicização do Estado e a necessária limitação da interferência do poder estatal nas relações de intimidade. Para tanto, verificar-se-á a adequação e possibilidade de coexistência em um mesmo ordenamento de um dito princípio da monogamia com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da pluralidade, da liberdade e da democracia.

A dignidade não se põe a cuidar de uma dimensão, ou de uma faceta da existência, tal como outros princípios e direitos fundamentais mais especificados e delimitados, restando a ela proteger a própria condição do ‘ser’ humano. Deve ser entendida como princípio que alcança duas dimensões; desta forma o Estado, para além de reconhecer e respeitar a dignidade inerente das próprias pessoas (e sua autonomia), deve oferecer meios para que essa dignidade seja promovida e efetivada; ela deve ser enxergada, simultaneamente, como limite para o exercício dos poderes externos, mas também como fundamento da própria República. A manutenção da monogamia

com status de princípio afronta a dignidade das pessoas que optam por formar e conduzir suas relações conjugais segundo um paradigma não-monogâmico.

Pode-se destacar o princípio da solidariedade como um dos principais corolários da dignidade, devendo ser entendido como um dever jurídico imposto a todos os cidadãos, entendido como o comando constitucional de respeito às diferenças, que possibilitaria a coexistência pacífica dos diversos grupos, sendo todos percebidos com igual dignidade. A manutenção da monogamia com status principiológico dificulta a legitimação de uma outra realidade social já existente, a das pessoas que constituem suas relações alheias ao paradigma monogâmico, e que, por ausência de previsão normativa e por conta de uma elevada carga de preconceito, acaba gerando lugares de exclusão, com a marginalização dos envolvidos que, muitas vezes, deixam de ter acesso à direitos básicos decorrentes da própria relação.

Atualmente, em virtude da consagração constitucional da igualdade, não deve haver funcionalização e divisão de papéis dentro de uma relação. A igualdade de gêneros, para além de mera igualdade formal, deve ter seu conteúdo material reafirmado diariamente. A monogamia sempre foi utilizada como ferramenta de dominação, posto que desde seu surgimento sempre foi obrigatória apenas para as mulheres, sendo o casamento monogâmico espaço de despotismo e submissão. Não há como se afirmar que determinada forma familiar, monogâmica ou não, traz no seu íntimo maior propensão à uma desigualdade entre os consortes; tal pensamento se dá no lugar comum oriundo do preconceito propagado contra as uniões não monogâmicas. A desigualdade de gêneros, e a violência decorrente desta, pode existir em qualquer família, e deve ser combatida, inclusive com a possibilidade, e dever, de intervenção estatal nos casos mais graves.

O princípio da pluralidade familiar prega que existem diferentes formas de se constituir família, e que todas essas formas devem ser igualmente reconhecidas e protegidas, por serem espaço de realização pessoal de seus membros. Não se pode mais falar “na família” como elemento abstrato e generalizador frente às mudanças sociais trazidas pela Constituição Federal de 1988. Conquanto não há mais um modelo único, também não se pode continuar a enxergar uma hierarquização dos tipos familiares; o princípio da pluralidade faz com que não se possa mais atribuir um caráter paradigmático ao casamento frente às demais entidades familiares.

Correlacionando isto com a monogamia, tem-se ainda mais evidente de que esta não pode mais ser tida como princípio dentro do ordenamento brasileiro, posto que sua aplicação indistinta a todos os núcleos familiares é ferramenta de exclusão de diversos tipos de família que optam pela não adoção do paradigma monogâmico, a exemplo das famílias poliafetivas ou mesmo das famílias simultâneas.

Por liberdade, pode-se entender como a propriedade que o homem tem sobre si mesmo. A primeira noção que se tem quando se trata de liberdade é justamente a contratualista, muito ligada às questões patrimoniais; no entanto, é preciso que se enxergue a liberdade por outro viés, focado na personalidade e nos direitos inerentes à esta. A repersonalização do Direito Civil retirou boa parte de seu cunho eminentemente patrimonialista, de proteção da propriedade privada, e transferiu esta importância para a proteção dos indivíduos, de sua dignidade. A conjugação dos princípios constitucionais origina uma moderna concepção de autonomia privada, como instrumento de promoção da personalidade nas situações existenciais. Pretender aplicar o paradigma monogâmico à todas as situações de conjugalidade é ignorar a realidade social existente, as individualidades e peculiaridades de cada família em si considerada; é violação da esfera da intimidade e da comunhão de vida instituída pela família, em evidente afronta à proteção dada Pelo Código Civil de 2002, por meio do art. 1.513.

A globalização, a abertura das fronteiras e o multiculturalismo vem interferindo diretamente nas relações entre Estado e sociedade, alterando a percepção que o povo tem das leis, do governo e do próprio Direito. Há um maior entendimento no sentido de que o povo possui poder, e é a sociedade quem deve ditar as leis que a vão reger. Ainda assim, mesmo em se considerando que a codificação tinha pretensão de completude, o Direito não possui a capacidade de regular, de forma prévia, todas as interações humanas. Vive-se uma maior sociabilidade do Direito (e da Política), que tem que se adaptar a uma sociedade complexa, plural, não mais podendo se valer da máxima da necessidade de separação dos fatos do direito. O princípio democrático foi resignificado, e questionar o caráter absoluto da monogamia dentro do Direito das Famílias é uma consequência lógica desta maior abertura, tanto para debates quanto para críticas; pugnando-se pelo respeito à diversidade.

O Direito é um saber prático. O texto da lei não se identifica com a norma, posto que é pela interpretação que a norma se expressa; assim, entende-se que os textos legais só ganham sentido quando interpretados, convertendo-se, portanto, em norma. O interprete não pode se abster de sua responsabilidade no que se refere à construção e reconstrução do Direito, e nem pode realizar sua interpretação de forma arbitrária ou desconectada da realidade ou do texto legal. Mesmo assim, não se pode afirmar que existe uma única interpretação correta ou possível dos fatos e da lei, mas é essencial que a atividade interpretativa seja orientada pelos princípios constitucionais, sobretudo pela dignidade da pessoa humana como fundamento da República. O Direito não pode se afastar da realidade social que o cerca, deve ele manter-se atualizado por seus intérpretes, sendo os Tribunais o mais notável espaço de reconstrução e de aproximação com a sociedade.

Argumentos como religião ou tradição não podem continuar sendo levantados com a intenção de se negar o reconhecimento de uma situação fática com claros efeitos jurídicos, dentro de um Estado que se diz laico. Desta forma, e respondendo ao objetivo a que se propôs o capítulo, entende-se que reconhecer direitos familiares, sucessórios e patrimoniais às relações não-monogâmicas não é negar a existência e a importância da monogamia como característica de longa duração dentro do ordenamento brasileiro, mas sim ampliar o leque da proteção constitucional à uma outra categoria de família, que também é merecedora de sua própria regulação.

Ultrapassadas as considerações sobre a monogamia, passou-se ao estudo da afetividade. Desta forma, e a partir desta opção, objetivou-se fazer uma revisão na doutrina acerca do que se entende por afetividade e de qual forma tal conceito, conforme apropriado pelo Direito, se relaciona com as relações familiares, descrevendo e interpretando a forma de apreensão dos conceitos de afeto e de afetividade pelo mundo jurídico.

Em um primeiro momento, fez-se necessário um breve estudo sobre a chamada Função Social da Família, que, conforme visto, é plural e mutável, acompanhando o desenvolvimento histórico e sociológico da humanidade. Por meio do recurso histórico, viu-se que a família, tomada em seu caráter mutável, nunca apresentou uma única conformação, tendo apresentado diversos formatos a depender da época e do período histórico que se deseje averiguar. Por ser entendida como realidade

em movimento, optou-se pelo entendimento de que o vocábulo “família” deve ser compreendido de forma plural, posto que não se alterou mesmo com a descontinuidade de algumas práticas tidas como familiares.

Conclui-se que a família é a primeira forma histórica de organização social, mas que, no entanto, a família nem sempre existiu de acordo com a atual prevalente conformação monogâmica das relações de conjugalidade; pelo contrário, as primeiras conformações familiares eram marcadas pela poligamia. Desta forma, não há cabimento em se pensar a monogamia como única forma histórica de se constituir família; a monogamia foi um elemento incidental que apareceu em uma transição histórica, e que acabou se transformando e se sedimentando como característica de longa duração das famílias ocidentais, por conta da forte influência dos fatores externos, sobretudo da Igreja Católica. A chamada família tradicional, monogâmica, heterossexual e matrimonializada é um resultado das modificações promovidas tanto pelo Direito Canônico quanto pelas instituições germânicas na Família Romana, isso ocorrido durante a Idade Média.

Vislumbradas as mudanças nas formas de configuração predominantes das famílias, averiguou-se também as alterações de suas funções sociais precípua. Verificou-se que muitas das funções tradicionais foram transferidas para entidades externas, tais como a função de culto religioso, transferida para os sacerdotes, a função de defesa dos membros, que foi praticamente extinta, e a função de assistência, em muito assumida pelo Estado. A tendência atual de valorização do afeto e da afetividade como elementos basilares, formadores e de identificação das entidades familiares, trouxe novas funções para a família, tais como de espaço de assistência psicológica, material, moral e espiritual. Desta forma, considerando a coexistência das novas funções da família com as antigas funções, atualmente diminuídas em importância por conta da assunção das mesmas por elementos externos, deve-se entender a função afetiva como a principal função social exercida pelas famílias na atualidade.

O reconhecimento da preponderância da função afetiva, em conjunto com a valorização da personalidade trazida pela Constituição Federal de 1988 provocou uma transformação na visão que se tem sobre as famílias: passou-se da “família-instituição” (protegida como um fim em si mesmo) para a “família-instrumento” (de realização de seus integrantes). Essa visão da família como instrumento de realização pessoal de seus integrantes é ponto fulcral do novo estudo dentro do

Direito das Famílias, posto que traz em si toda uma significação de proteção individualizada das pessoas, abrangidas suas particularidades e escolhas, com a valorização do eudemonismo, da busca pela realização e pela felicidade dentro do ambiente familiar.

Ainda assim, fez-se necessário verificar elementos centrais da família-instituto, tais como o critério de identificação das pessoas a um determinado núcleo familiar. Historiadores dão conta de que o principal laço a formar vínculos familiares era o religioso, acima do biológico, sobretudo porque na figura da família antiga estavam englobados mais do que os parentes consanguíneos e/ou agregados por meio das uniões e casamentos *lato sensu*, mas também os escravos, servos e demais pessoas que se encontravam submetidas a um mesmo poder, adorando os mesmos deuses.

Essa característica, que ganhou destaque na família romana, manteve-se mesmo após a queda do Império, sendo também vista na Idade Média, com o Senhor unindo sob sua tutela mulheres, crianças, escravos e servos. A família era formada conforme interesses sociais, econômicos e religiosos, e os matrimônios em sua grande maioria eram por conveniência e interesse, e não por amor ou afeto. A mudança da concepção da família, com o aumento dos espaços privados, distanciados da interferência direta da Igreja e do Estado, se deu com o início da Modernidade. A Revolução Francesa foi um marco, com a transposição dos ideais de *Liberté, Egalité, Fraternité* também para os núcleos familiares.

Ademais, a mudança nos costumes levou a uma notável alteração, qual seja a produzida pela redução do núcleo familiar, que ficou restrito aos parentes mais próximos. Foi na Modernidade que os aspectos pessoais, individuais e subjetivos assumiram protagonismo como identificadores dos núcleos familiares, destacam-se a secularização do casamento e a abertura à possibilidade de divórcio como marcos desta época. Ressaltou-se que as mudanças ocorridas na Europa ainda no século XIX só chegaram ao Brasil em meados do século XX, em virtude da colonização e dos aspectos peculiares do desenvolvimento brasileiro. Ou seja, o Brasil vivia o auge do patriarcado, da “grande família” como unidade de produção, enquanto na Europa já se vislumbravam as potencialidades da família nuclear como espaço de desenvolvimento pessoal e afetivo, com o fortalecimento dos laços familiares.

A revalorização dos indivíduos e o reconhecimento de outras formas de família que não a matrimonializada ocorreu com a Constituição Federal de 1988. A família contemporânea emergiu justamente desse influxo de mudanças na técnica, no pensamento, nos costumes e valores. Sua formação encontra fulcro na comunhão dos afetos e na constante valorização da dignidade de seus membros. A família não é mais uma instituição a ser protegida em si mesma, ela deve ser enxergada como instrumento de realização da personalidade e da dignidade de seus componentes.

Família é realidade em movimento, fruto da cultura; as famílias passam por transições e transformações desde que o ser humano se juntou em agrupamentos. A família precede o Direito. Por essa ordem de precedência, pode-se supor que é o Direito que deve se manter atento às transformações sociais e nas relações, e não a família que deva buscar se adaptar às categorias jurídicas já postas. O Direito de Família deve se caracterizar por uma necessária predominância do elemento social, da realidade, sobre o elemento técnico na formação da norma jurídica; deve ser, portanto, mutável por natureza e necessidade. Desta forma, e por cuidar da realidade social, apropria-se de conceitos oriundos de outras ciências, os ressignificando na órbita jurídica. Exemplo disso se dá com os conceitos de afeto e de afetividade, que ganham novos alcances mediante a abordagem jurídica.

Há que se ressaltar que afeto e afetividade não se confundem: o primeiro conceito trata do sentimento, o segundo, das dinâmicas das relações pautadas neste sentimento. Para a psicologia, a afetividade seria tanto a suscetibilidade que o ser humano experimenta diante de determinadas alterações que acontecem tanto no mundo exterior como em si próprio, quanto um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções para outro ser vivo. Nota-se a dificuldade que o Direito teria em tratar da afetividade segundo estas vertentes; fez-se necessária a elaboração de um conceito eminentemente jurídico para a afetividade; desta forma, tem-se a introdução do conceito de afetividade jurídica objetiva.

A afetividade jurídica objetiva é obtida através de um percurso metodológico rigoroso. Em um primeiro momento, diferencia-se afeto de afetividade; em um segundo momento, subdivide-se a própria afetividade em subjetiva e objetiva. Após isso, é possível chegar também ao conceito de socioafetividade. Desta forma, resta entendido que a afetividade jurídica objetiva seriam as condutas externalizadas

pelos indivíduos, objetivamente aferíveis pelos aplicadores do Direito. Indaga-se de qual forma essa afetividade vem sendo entendida e reconhecida dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 é o centro do ordenamento brasileiro, apresentando em seu bojo tanto regras quanto princípios. Regras comportam suporte fático hipotético mais determinado e fechado (trabalha com hipóteses de incidência por meio da subsunção), já os princípios apresentam tal suporte fático hipotético mais indeterminado e aberto. Os princípios possuem natureza deontológica (dever-ser), e podem ser expressos ou implícitos, quando muito embora não estejam escritos no texto da carta magna, sua existência e validade possa ser extraída da leitura da própria Constituição; enquanto as regras possuem natureza axiológica (bom).

Dito isto, resta debater o status jurídico da afetividade. Sobre o tema, três correntes se destacam: a primeira corrente, majoritária, confere status principiológico à afetividade, como princípio implícito constitucional derivado do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de seus corolários; por sua vez, há uma segunda corrente que, muito embora reconheça a importância da afetividade e do afeto para as famílias, considera o afeto apenas como valor jurídico, sem natureza principiológica; há, ainda, uma terceira corrente, que argumenta que o afeto não deve ser objeto do Direito; ou seja, repele expressamente qualquer perspectiva principiológica à afetividade.

Considerando que o objetivo para este capítulo havia sido definido como o de se discutir a dimensão multidisciplinar do afeto e da afetividade, investigando de qual forma tais conceitos foram apreendidos e positivados na seara jurídica, restou consignado que este estudo se incluiu na perspectiva de considerar a afetividade como princípio jurídico, consciente das possíveis repercussões que esta opção pode ocasionar, a exemplo do reconhecimento das entidades familiares fundadas sobretudo na afetividade.

Entendida a afetividade como princípio ou mesmo como valor jurídico de relevância no Direito das Famílias, deste reconhecimento decorrem diversas consequências práticas e jurídicas, a exemplo da legitimação de inúmeras famílias que se formam fundadas no novo paradigma afetivo. As famílias lastreadas na afetividade são uma

realidade social; elas clamam por acolhimento e proteção dentro do ordenamento jurídico, muito em virtude da atual acepção plural do conceito de família(s). Neste balizamento, família é gênero que alberga distintos arranjos. Muito embora o art. 226 tenha tratado expressamente da família formada pelo casamento, da família formada a partir da união estável e da família monoparental, ele não se encerra *numerus clausus*, tendo em vista que diversas outras configurações familiares merecem respeito e proteção.

Destacou-se algumas modalidades familiares que podem ser encontradas na sociedade brasileira com alguma facilidade: o casamento e a união estável hetero e homoafetivos, as famílias recompostas, as famílias monoparentais, as famílias anaparentais, e as famílias extensas. Acerca das famílias simultâneas, concubinárias e poliafetivas, enxergou-se a necessidade de se tratar das mesmas em um capítulo à parte, por entender que o não-reconhecimento destas formas familiares origina lugares de não-direito, com a conseqüente marginalização dos indivíduos, pela negativa de seus direitos essenciais.

O capítulo seguinte teve por escopo apresentar um estudo multidisciplinar acerca da poliafetividade, investigando a relação entre este fenômeno familiar e a principiologia constitucional, descrevendo e interpretando as possibilidades de reconhecimento social e jurídico das famílias poliafetivas, considerado o dogma monogâmico que ainda rege o ordenamento brasileiro. Revisitou-se o conceito de afetividade, correlacionando-o com as principais mudanças no Direito das Famílias, posto que verificado que foi justamente o reconhecimento da natureza principiológica da afetividade que expandiu as possibilidades no que se refere ao enquadramento de diversos núcleos familiares plurais (famílias de fato) como relações jurídicas.

Entende-se que não há uma “nova família brasileira” mas que existem velhos e novos modelos da já tradicional família brasileira que ganharam destaque nos últimos tempo, seja nos Tribunais ou mesmo na mídia, e que, por conta disso, clamam por reconhecimento. Não se trataria, portanto, de uma substituição de modelos, mas sim de uma abertura à coexistência de diversas conformações em um único ordenamento. Exemplo disso são as situações de concubinato e simultaneidade, que, muito embora tenha-se verificado que foram elementos essenciais da própria Colonização, ainda hoje são vistos sob a ótica da moralidade, e, por isso, estigmatizadas.

Da mesma forma, é preciso que se vislumbre o poliamor como uma forma de relação livre, que, em última instância, faz-se demonstrativo da plena autonomia privada no âmbito das relações interpessoais, não havendo que se falar em uma identidade fixa do poliamor, posto que o mesmo caracteriza-se, essencialmente, como um constante processo de identificação dos sujeitos. O poliamorismo abrange a possibilidade de se amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo, havendo um vínculo afetivo íntimo, sério, romântico e estável entre estas pessoas.

Sobre o poliamor, existem, duas principais correntes no que se refere ao poliamor: a primeira, mais ligada a valores espiritualistas e religiosos, e uma segunda corrente, mais cosmopolita, preocupada com os conflitos internos (e externos) que podem se originar da prática de se amar mais de uma pessoa por vez. Este estudo buscou se aproximar da segunda corrente, aproveitando-se para investigar, ainda, os aspectos jurídicos da consideração do poliamor.

Neste diapasão, importante notar que há uma dicotomia no que se refere ao meio pelo qual o poliamor deve ser trabalhado: se como orientação sexual minoritária ou mesmo como relação livre integrante uma proposta maior, de reconhecimento de todas as possíveis formas relacionais que intentam proteção estatal. Acredita-se que a opção pelo segundo posicionamento mostra-se mais adequada ao estudo ao qual se propôs este trabalho; neste sentido, deve se vislumbrar o poliamorismo como real projeto de existência afetiva que permite aos seus praticantes viver para além do dogma monogâmico e heteronormativo, construindo neste caminho uma trajetória de luta, de auto aceitação, permeada por escolhas, conflitos e superações, de si, do outro e do próprio preconceito social.

O poliamor deve ser enxergado, primordialmente, como um espaço para a prática da não-monogamia responsável, e não como uma abertura para a promiscuidade; deve se mostrar como espaço seguro para o exercício da afetividade, da honestidade, do crescimento pessoal, da igualdade, da comunicação, da intimidade e da não-possessividade. O poliamor é, essencialmente, um espaço destinado à transparência e à honestidade; porém, da mesma forma que se pode afirmar que não existe uma única forma de constituição de família, também não há apenas um tipo de relação poliamorosa. A título exemplificativo, seria possível agrupar as diversas faces de expressão do fenômeno sociológico do poliamor em quatro grandes categorias, considerados seus elementos aglutinadores e os distintivos:

polifidelidade, poliamorismo aberto, poliamorismo com redes de relacionamentos abertos íntimos hierarquizados e poliamorismo individual.

Qualquer que seja o modo pelo qual se exerça a prática do poliamor, nota-se que há uma orientação em suas práticas e premissas, possibilitada pela construção de uma filosofia poliamorista, que prega o abandono de alguns aspectos característicos da monogamia que costumam levar as relações a um fim, ou a sua completa degradação em existência. A filosofia poliamorista prega o ideal da compersão em vez do ciúme e da possessividade; entretanto, sabe-se que por ser processo identitário, tem-se que o “estar” poliamoroso ou “estar” monogâmico podem se alternar na trajetória do indivíduo, a depender das situações pelas quais o mesmo passe.

Considerando que o objeto desta pesquisa foi estudar as situações nas quais a prática do poliamor pode originar núcleos familiares, estreitou-se o foco para cuidar apenas das situações de polifidelidade, de onde se extrai o conceito de poliafetividade. Para que um relacionamento poliafetivo caracterize-se como entidade familiar, sua organização deve estar sujeita a alguns padrões mínimos, quais sejam os princípios, valores e regras que definem as famílias e que estão consagrados na Constituição Federal Brasileira. A poliafetividade deve ser entendida, portanto, como o poliamor qualificado pelo objetivo de constituir núcleo familiar, sendo espécie dentro do gênero poliamor. Assim, não se deve confundir poliafetividade com o próprio poliamor, com a poligamia, ou mesmo com a bigamia ou com o concubinato. A família que objetiva seu reconhecimento como poliafetiva é aquela em que, por meio da prática da não-monogamia responsável e consciente, se reúne em um único núcleo conjugal, formado por mais de duas pessoas, onde todos se relacionam entre si.

Devido à atualidade do tema, e ao fato de que as demandas só chegaram ao conhecimento do Judiciário a pouquíssimo tempo, pode-se afirmar que ainda não há uma jurisprudência formada que possa servir para orientar as decisões sobre esta temática. O que se tem em 2018 é um posicionamento do CNJ, no sentido de que os tabelionatos não podem lavrar escrituras de uniões poliafetivas, posto que a Constituição Federal não autorizaria a união estável entre mais de duas pessoas; vale ressaltar que esta decisão não entrou no mérito de debater a possibilidade ou

não de reconhecimento da poliafetividade em território nacional, apenas vedou o registro em escritura pública notarial.

Por óbvio, um tema com tantos aspectos polêmicos como o é a poliafetividade não é imune às críticas, tanto da sociedade quanto dos juristas. Por sua aproximação com temas que aparentemente já estavam sedimentados na cultura brasileira, tal como a monogamia, é natural que surjam dúvidas quanto ao próprio instituto e suas implicações sociais e jurídicas. Do desconhecimento, ou mesmo do preconceito, originam-se críticas, muitas delas embasadas em antigos dogmas, outras tantas em interpretações equivocadas sobre a poliafetividade. O que se busca, portanto, é demonstrar que, em sede constitucional, não haveriam óbices ao reconhecimento da poliafetividade, posto que esta estaria de acordo com os princípios constitucionais.

No entanto, entendendo que a monogamia é característica de longa duração no ordenamento brasileiro, a crença construída ao redor do dogma/tabu monogâmico faz com que as normas postas não acompanhem as mudanças nas sociedades e nos indivíduos, havendo evidente descompasso entre as práticas sociais e as disposições legais. É necessário que se entenda qual o papel que a monogamia ocupa na construção do discurso poliamorista, e se a dicotomia criada entre elas leva a uma incompatibilidade existencial, posto que processo de construção da identidade poliamorista se inicia justamente da negação de atendimento voluntário ao paradigma monogâmico. O que não se pode é, a priori, afirmar que uma forma relacional seria superior à outra: ambas são válidas na busca pela realização da dignidade dos indivíduos.

Importante a fixação do conceito de pânico moral, posto que por meio de sua inteligência resta explicado o temor social causado pelo poliamorismo, que é um estilo privado de vida, que não geraria perigo real ao estilo de vida dos que seguem o padrão moral monogâmico. Deve-se entender também a principal consequência da formação de uma situação de pânico, qual seja a necessidade de reafirmação dos valores tradicionais da sociedade. Enxerga-se a sociedade como um pêndulo, que oscila da vanguarda ao tradicionalismo, e do tradicionalismo à vanguarda; estas oscilações representam reais rupturas com o radicalismo ideológico da etapa histórica que se vive em um determinado momento, em sentido oposto. Atualmente, verifica-se um aumento na onda conservadora, utilizando-se de discursos

fundamentados na moral cristã, em resposta aos avanços nos direitos alcançados pelas minorias, consoante o desejo de se enquadrarem na normatividade posta.

De todas estas rupturas e conflitos, uma coisa deve ser extraída: a família permanece como fundamento da sociedade, bem como mantém seu caráter de primeiro espaço de socialização dos indivíduos. O desejo de enquadramento e de reconhecimento das minorias é, em realidade, sintoma de uma ampliação no desejo de se constituir família, demonstra que há uma revalorização do sentimento de pertencimento à uma família e à sociedade. Negar as mudanças sociais fruto da transformação dos costumes vem se tornando cada vez mais difícil, vez que já vencidas diversas barreiras oriundas do tradicionalismo cego e do preconceito. Atendidos os requisitos constitucionais para que uma relação seja enxergada pela ótica do Direito das Famílias, e não como mera sociedade de fato, não mais se justifica a discriminação às famílias poliafetivas, posto que configuram, também, instituições privadas voluntárias, locus de concreção de direitos fundamentais atentas ao pluralismo e detentoras de direitos decorrentes do exercício da intimidade que merecem resguardo e isonomia, por coerência, de forma similar às famílias monogâmicas.

Dignidade, igualdade, liberdade, pluralidade, não intervenção, eticidade, boa-fé, democracia e não retrocesso social; todos estes princípios foram postos à prova dentro do ambiente das famílias poliafetivas, prevalecendo o fato de que se deve desconstruir esse conceito fechado de família que ainda insiste em se afirmar como dominante, em prol de uma maior compreensão da família como núcleo afetivo, qualquer que seja sua configuração. Desta forma, estaria o Direito atuando como elemento de mudança, e, sobretudo, de inclusão. Diante de todo o exposto, e face, sobretudo, ao histórico brasileiro que foi revisitado, o maior questionamento que se afigura, após uma criteriosa análise da situação, é se, para a efetivação desta inclusão, há necessidade de nova construção normativa, específica à poliafetividade, ou se tal posituação poderia sobrestar o próprio instituto, engessando-o.

Considera-se, neste momento, a temática trabalhada, bem como o objetivo geral da pesquisa, qual seja o de se buscar possibilidades de conciliação em coexistência em uma mesma sociedade, da monogamia e da prática da não-monogamia responsável, pela poliafetividade, por meio da utilização da afetividade como vetor orientador. Desta forma, entende-se que há necessidade, sim, de que se afirme a

possibilidade de reconhecimento da poliafetividade por vias legais, sem que, contudo, delimitem-se exaustivamente os contornos do instituto, tendo em vista suas características particulares.

Ou seja, não haveria necessidade de uma lei que delimitasse os pormenores do instituto; o seu reconhecimento poderia se dar apenas pela inclusão de um artigo, parágrafo ou mesmo inciso que autorize (reconheça, em realidade) a prática da poliafetividade em território nacional, sem engessar as formas com que a família poliafetiva pode se compor e se recompor. Desta forma, poderia ser resolvido o dilema apontado na introdução do trabalho, como outro objetivo específico, qual seja o de investigar a relação entre a autonomia privada de se constituir família e a os limites de uma possível intervenção estatal

Sobre a possibilidade de que se apresentasse, em um texto legal, um rol exemplificativo de situações de poliafetividade (a exemplo do rol exemplificativo de entidades familiares protegidas pelo Estado brasileiro no art. 226, CF/88), acredita-se que esta prática poderia ser mal interpretada (da mesma forma que o art. 226 o é) como uma ferramenta de limitação do instituto, ao invés de meros exemplos que o legislador optou por positivizar expressamente. Melhor seria, de fato, que o legislador apenas cuidasse de “autorizar” a poliafetividade, sem, contudo, enveredar-se em suas conformações e configurações. Desta forma, esta importante tarefa caberia ao Judiciário, posto que a análise das situações concretas é elemento crucial no reconhecimento ou não de uma família poliafetiva, com seus consequentes direitos e obrigações.

Ademais, verificou-se também que há outra necessidade no que se refere ao estudo do reconhecimento da poliafetividade, qual seja o reconhecimento estatal (seja legislativo ou judicial) de que a monogamia não é princípio constitucional do ordenamento brasileiro, pelas razões já expostas. Sua incompatibilidade com os princípios constitucionais é evidente, e o fato de que sua natureza jurídica ainda não foi trabalhada de forma aprofundada pelo legislador e pelo judiciário permitem que a parcela social mais conservadora e retrógrada brade a monogamia como elemento impeditivo para a consagração de famílias poliafetivas, simultâneas e concubinárias, mesmo tendo sido verificado que estas são a realidade de um crescente número de pessoas, por razões diversas que transitam entre a vontade e a necessidade social.

Da mesma forma que já se pugnou que o Estado se manifestasse acerca do divórcio e da possibilidade de união entre pares homoafetivos (união civil e posteriormente casamento), entende-se que é necessário que o Estado faça referência expressa à questão da monogamia, e, por conseguinte, da poliafetividade. O judiciário já se mostrou capaz de afastar mesmo uma determinação constitucional expressa (a que fazia referência à necessidade de diversidade de sexos nas relações conjugais) face à realidade social dos milhares de pares homossexuais que clamavam por seus direitos; por que não poderia afastar a incidência da regra da monogamia nas relações conjugais, que nem força constitucional possui?

Alternativamente, caso se entenda que a poliafetividade não é uma realidade tão vasta e difundida no território nacional que possa provocar uma movimentação legislativa e/ou judicial, o caminho a ser trilhado seria apenas o do reconhecimento de que a monogamia não possui natureza principiológica, posto que isto por si só já tornaria mais factível a legitimação jurídica das realidades tocadas pela simultaneidade familiar, pelo concubinato e, também, pela poliafetividade. A vivência nestas formas familiares ainda é precarizada pelo preconceito social, que age alhures à realidade que enfrentam incontáveis mulheres e crianças, que tem suas trajetórias marcadas pelo descaso do poder público e preconceito da própria sociedade, que, ávida por criticar e expor esquece-se de indagar quais as razões que as levaram àquela situação.

De qualquer forma que se escolha agir, a única coisa que não se pode aceitar é a inércia e o despreparo do Estado em lidar com a realidade das famílias que não se adequam ao padrão monogâmico. A marca do Direito das Famílias deve ser o afeto e a inclusão, e não o preconceito e o retrocesso. Em tempos difíceis, de ascensão do conservadorismo, não se pode calar ou fugir à luta pelo direito dos menos protegidos.

REFERENCIAS

AGUILAR, Jade. Situational Sexual Behaviors: The Ideological Work of Moving Toward Polyamory in Communal Living Groups. **Journal of Contemporary Ethnography**. Londres, v. 42 n. 1, p. 104-129, fev. 2013.

ALEXY, Robert. Tradução SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, 640 p.

ALMEIDA, Renata Barbosa de.; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 616 p.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A Função Social da Família**. In: Revista IOB de direito de Família n. 39. Porto Alegre: Síntese, 2007.

_____. **Direito de Família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do Princípio da Afetividade às Relações Paterno-Filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: ALBURQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords). **Famílias no Direito Contemporâneo**. Recife: JusPodivm, 2010, 554 p.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, 353 p.

ARIÈS, Philippe. O casamento indissolúvel. In: ARIÈS, Philippe e BÉJIN, André. **Sexualidades Ocidentais – Contribuições para a história e para a sociologia da sexualidade**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, 254 p.

_____. Tradução: FLAKSMAN, Dora. **História Social da Criança e da Família**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981, 287 p.

BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **O Mito da Monogamia – Fidelidade e Infidelidade entre Pessoas e Animais**. Rio de Janeiro: Record, 2007, 322 p.

BARROS, Sérgio Resende de. A Ideologia do Afeto. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese v.4, n.14 (jul./set. 2002), p. 5-10.

_____. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia>. cont.>. Acesso em: 25 set. 2018.

BENTO, Berenice. **As “famílias” que Habitam a Família**. Revista UFG – Universidade Federal de Goiás, v. 15, n. 2 (2012). Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/fchf/article/view/22396>>. 2006. Acesso em: 26 out. 2018.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos estados Unidos do Brasil comentado**. 8. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, 380 p.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile** vol.3: Il contratto. Milano: Giuffrè, 1987, 754 p.

BOCK, Ana Mercês Bahia; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi; FURTADO, Odir. **Psicologias** – uma introdução ao estudo da psicologia. São Paulo: Saraiva, 1999, 365 p.

BOURDIEU, Pierre. La Domination Masculine. *In: Actes de la recherche en sciences sociales*. V. 84, p. 2-31, septembre, 1990.

_____. Tradução KÜHNER, Maria Helena. **A Dominação Masculina**. 4. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017, 172, p.

_____. Tradução: TOMAZ, Fernando. **O Poder Simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, 256 p.

BRASIL. **Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996** – Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. **Projeto de Lei do Câmara dos Deputados n. 6583/2013** – Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras Providências. **Autoria:** Anderson Ferreira - PR/PE – Situação: Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados; Comissão em funcionamento. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado n. 236/2012** – Novo Código Penal. Autoria: Senador José Sarney (MDB/AP). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal – Sumula 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. CNJ. **RESOLUÇÃO Nº 175**, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolucao_n_175.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916** – Lei 3.071 de 1º de janeiro de 2016 – Revogado pela Lei n. 10.406 de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. **Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Código Penal - decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45**, de 30 de dezembro de 2004 - Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109,

111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. **Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em 26 set. 2018.

_____. **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994** – Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990** – Dispõem sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. **4277/PGR**. Relator: Ministro Ayres Britto. União homoafetiva, 04 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº **132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. **União homoafetiva**, 04 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. STF. **RE: 646721**. Relator Min. MARCO AURÉLIO. Julgado em 10/05/2017, Tribunal Pleno. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-204 Divulgado 08-09-2017 Publicado 11-09-2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4100069&numeroProcesso=646721&classeProcesso=RE&numeroTema=498>>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. STJ. **Recurso Especial n. 159851-SP– 1997/0092092-5** – STJ - Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 19/03/1998, Quarta Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19855042/recurso-especial-resp-159851-sp-1997-0092092-5/inteiro-teor-104583339?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 set. 2018.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. *In: Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004.

CAETANO, Marcelo. Recepção e Execução dos Decretos do Concílio de Trento em Portugal. *In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, v. 19, p, 5-87, Lisboa, 1965, p. 8.

CALDERON, Ricardo L. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, 438 p.

CAMPOS, Diogo Leite de. A Nova família. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Direitos da Família e do Menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 9. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003, 1522 p.

CARDOSO, Daniel dos Santos. Amando Vári@S –Individualização, Redes, Ética e Poliamor. Dissertação (Mestrado em Ciência da Comunicação) – **Faculdade de Ciências sociais e Humanas**, Universidade Nova de Lisboa. 2010. Disponível em: <<https://run.unl.pt/bitstream/10362/5704/1/Tese%20Mestrado%20Daniel%20Cardoso%2016422.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2018.

CARDOSO, Oscar Valente. Pensão por morte e o enquadramento previdenciário da concubina. *In: Revista IOB: Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 21, n. 246, p. 7-24, jun. 2009.

CARNEIRO, Sérgio Barradas.; SANTOS, Aline Barradas Carneiro.; MENDONÇA Ticiania Barradas Carneiro e. **Direito das Famílias na Contemporaneidade: Questões Controvertidas**. Salvador: JusPodivm, 2018, 272 p.

CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, 101 p.

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. Brasília: 2015. Monografia (pós-graduação em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família) – **Instituto Brasiliense de Direito Público/IDP**. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1675/Monografia_Luciana%20Chater.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 set. 2018.

CNJ NOTÍCIAS. **Agência CNJ**. Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>. Acesso em: 04 nov. 2018

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família, sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, 360 p.

COLIN, Ambroise.; CAPITANT, Henri. **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile**. Paris: Librairie Delloz, 1934, 760 p.

CONJUR. Agência CNJ. Cartórios não podem registrar união poliafetiva. *In: Revista Consultor Jurídico*, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/cartorios-nao-podem-registrar-uniao-poliafetiva-decide-cnj>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

- CORRÊA, Marisa. Do Feminismo aos Estudos de Gênero no Brasil: um exemplo pessoal. In: **Cadernos Pagu**, n. 16. Campinas, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a02.pdf>>. Acesso em: 14 out 2018.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução: BARROS, Frederico Ozanam Pessoa de., São Paulo: EDAMERIS, 2006, 447 p. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- D'AGOSTINO, Francesco. **Filosofía de la Familia**. Instituto de Ciencias para la Familia. Universidad de Navarra. By Ediciones Rialp, S.A., 2006, 279 p.
- DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas Fronteiras da Argumentação – A discricionariedade Judicial na teoria Discursiva de Robert Alexy**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, 149 p.
- DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, 562 p.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. De acordo com o novo CPC. 11. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 752 p.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. V. 5. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 824 p.
- ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador – uma história dos costumes**. v. 1. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, 264 p.
- EMENS, Elizabeth F. 2004. **Monogamy's law: Compulsory monogamy and polyamor existence**. New York University Review of Law & Social Change, 29 (2), 277376. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1193&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 21 jul. 2018.
- ENGELS, Friedrich. Tradução: KONDER, Leandro. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2016, 223 p.
- ESCOBAR-MOTA, Giovanna.; SÁNCHEZ-ARAGÓN, Rozzana. Validación psicométrica de la Escala de Premisas Histórico SocioCulturales de la Monogamia (EPHSCM). **Revista Costarricense de Psicología**, Jul-dic, 2013, v. 32, n. 2, p. 155-175.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 346 p.
- FACHIN, Luiz Edson. **Questões Controvertidas da Jurisprudência sobre Paternidade Socioafetiva**. Palestra proferida na XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 23 de novembro de 2011, na cidade de Curitiba/PR.
- FARIAS, Cristiano Chaves.; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Família**. Vol. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, 970 p.
- FARIAS, Cristiano Chaves.; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 945 p.
- FERRARINI, Letícia. **Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos – Pedacos da Realidade em Busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 143 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia no Limiar do Século XXI**, São Paulo: Saraiva, 2001, 240 p.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, 314 p.

FERRUFINO, Ligia Echeverri. Polemica Teórica sobre La Família Y Su Papel En La Sociedad. *In: Revista UNAL*. Maguaré, Número 1, 1981. pp. 159-176. Disponível em: <<https://revistas.unal.edu.co/index.php/maguare/article/viewFile/13635/16441>>. Acesso em: 14 ago. 2018

FERRY, Luc. **Famílias, Amo Vocês: Política e Vida Privada na era da Globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, 141 p.

FIGUEIRA, Sérvulo A. (org.). **Uma Nova Família? O Moderno e o Arcaico na Família de Classe Média Brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987, 112 p.

FIUZA, César.; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o Direito Fundamental à Família. *In: Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, pp. 151–180, jul./dez. 2015.

FLYVBJERG, Bent. **Making Social Science Matter: Why social enquiry fails and how it can succeed again**, Reino Unido: Cambridge University Press, 2001, 204 p.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica. 2007. *In: Revista Sequência*, no 58, p. 23-34, jul. 2009.

FORNASIER, Rafael Cerqueira. Amor e Vínculo Conjugal. pp. 89-109. *In: Relações Familiares*. v. 2. Curitiba: CRV, 2016, 396 p.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: o cuidado de si**. v. 3. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, 246 p.

_____. Tradução: COSTA, Maria Thereza da; ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. **História da Sexualidade – 1 – “A vontade de saber”**. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, 149 p.

_____. Tradução: RAMALHETE, Raquel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1977, 296 p.

FRANÇA, Matheus Gonçalves, Além de dois existem mais: Estudo Antropológico sobre Poliamor em Brasília/DF. 2016. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – **Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, UNB**. Brasília. Disponível em:<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20804/1/2016_MatheusGoncalvesFranca.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009, 163 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. V. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, 763.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, 298 p.

GESSE, Eduardo; TIEZZI, Beatriz Ciabatari Simões Silvestrini. Apontamentos do Direito de Família. Presidente Prudente: **Revista de Direito da Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”** de Presidente Prudente. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2071>>. Acesso em: 13 set. 2018.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 447 p.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 562 p.

_____. **Novos temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 176

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 1 – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, 561 p.

_____. **Direito Civil Brasileiro** Vol. 7 – Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011, 577 p.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família. *In*: BARBOSA, ÁGUIDA ARRUDA; VIEIRA, Claudia Stein. (Orgs.). **Direito Civil**. v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 270 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: A Família, seu Status e o seu Enquadramento na Pós-Modernidade**. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 2015.

_____. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais. *In*: **Revista de Direito Brasileiro**, São Paulo, v.13 n. 6, p. 131-149, jan./abr. 2016.

_____. **Direito de Família, Direitos da Personalidade, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: Correlação entre o ser Familiar e o ser Humano**. Revista Argumentum – Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 319-329, Mai.-Ago. 2018.

_____. Família e Casamento em Evolução. *In*: **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p 16-24, mar 2001.

_____. **Tratado de Direito das Famílias**. 1. ed. Belo Horizonte. IBDFAM, 2015, 1024 p.

JATOBÁ, Clever. **Pluralidade das Entidades Familiares: os novos contornos da Família contemporânea Brasileira**. 2ª ed. rev., ampl. e atul., de acordo com o novo CPC – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Publit, 2016, 186 p.

JÚNIO, Lauro. **Do Papel da Jurisprudência no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://laurojunio.jusbrasil.com.br/artigos/473858060/do-papel-da-jurisprudencia-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 10 out. 2018.

JUSTIFICANDO. Agência CNJ. Poliamor: CNJ proíbe cartórios de registrar união entre mais de duas pessoas. *In*: Site – **Justificando Mentas inquietas pensam Direito**. 27 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/06/27/poliamor-cnj-proibe-cartorio-de-registrar-uniao-entre-mais-de-duas-pessoas/>>. Acesso em: 15 out 2018.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008, 335 p.

KLESSE, C., 2016. Marriage, **Law and Polyamory**. Rebutting Mononormativity with Sexual Orientation Discourse? *Oñati Socio-legal Series* [online], 6 (6), 1348-1376. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2891035>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. V.5, Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 525 p.

_____. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991, 422 p.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda** - Arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo. 10. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017, 473 p.

_____. **Novas Formas de Amar** – Nada vai ser como antes: Grandes transformações nos relacionamentos Amorosos. São Paulo: Planeta, 2017, 271 p.

LINS, Regina Navarro.; BRAGA, Flávio. **Amor a Três**. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008, 121 p.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: direito de família e sucessões. v. 5, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Repersonalização das relações de Família. *In*: BITAR, Carlos Alberto (Coord.). **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81.

_____. **Direito Civil** – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. *In*: **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, 378 p.

_____. **Direito Civil**: Famílias, 4. ed. De acordo com a Emenda constitucional 66/2010. São Paulo: Saraiva, 2011, 439 p.

_____. **Direito Civil**: Parte Geral. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Entidades familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *In*: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese, v. 3, n. 12, IBDFAM, jan./mar. 2002.

_____. O Princípio Constitucional da Solidariedade nas Relações de família. *In*: CONRADO, Marcelo. (org.). **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, 464 p.

_____. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 439 p.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. *In*: **Coleção Os Pensadores. Locke**. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOPES, José Reinando de Lima. **O Direito na História**: Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, 480 p.

LUTERO, Martin. **Do Cativo Babilônico da Igreja**. São Paulo: Martin Claret, 2011, 168 p.

_____. Lutero ao Landgrave Filipe – 24.07.1540. *In*: LUTERO, Martin. **Obras Seleccionadas – fundamentos, oração, sexualidade, educação, economia**. São Leopoldo: Sinodal, 1995. V. 5. 293 p.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 1.211 p.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Casamento Inexistente, Nulo e Anulável. *In*: **Revista do Advogado, São Paulo, ano 28, n. 98, 2008**.

_____. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010, 304 p.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Doação em Favor da Concubina. *In*: **Tribuna do Direito, São Paulo**, p. 23, out. 1994.

MALUF, Carlos Alberto Dabus.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 840 p.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000, 544 p.

_____. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 861 p.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 314 p.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 336 p.

_____. Em Busca da Nova Família: uma família sem medo. *In*: TEPEDINO, Gustavo.; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba Juruá. 2011.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento**: Pesquisa qualitativa em saúde. 13. ed. São Paulo: Hucitec, 2013, 408 p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por: ALVES, Vilson Rodrigues, Campinas: BookSeller, 2001, 532 p.

MIZRAHI, Maurício Luís. **Família, matrimônio y divórcio**. Buenos Aires: Astrea, 1998, 580 p.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas. *In*: **Revista CNJ** (Conselho Nacional de Justiça), V. 2, 2017/2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>. Acesso em: 15 out 2018.

MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos. (Org). **Relações Familiares** – Vol. 2. Curitiba: CRV, 2016, 396 p.

MORGAN, Lewis Henry. A Família Antiga. *In*: CANEVACCI, Massimo (org.). **Dialética da Família**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982, 282 p.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus Princípios Jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, 430 p.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: **direito de família**. v. 5, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 704 p.

NAMUR, Samir. **A Desconstrução da Preponderância do Discurso Jurídico do Casamento no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 200 p.

NETTO, Ernesto. **A Influência da Jurisprudência no Direito Brasileiro** – Parte 1. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5872/A-influencia-da-jurisprudencia-no-direito-brasileiro-Parte-I>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

NOGUEIRA, Jenny Magnani. A instituição da família em A Cidade Antiga. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 208, pp. 105 – 120.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de.; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família** – Direito Matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948** (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 01 jul. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 688 p.

_____. **Concubinato e União Estável**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 286 p.

_____. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2017, 760 p.

_____. **Princípio Fundamentais Norteadores do Direito de família**. 3. ed. (de acordo com o novo Código de Processo Civil e o estatuto da Pessoa com Deficiência). São Paulo: Saraiva, 2016, 320 p.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas Reflexões sobre a Igualdade dos Cônjuges. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito de Família e do Menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 480 p.

PERLINGIERI, Pietro. Tradução: DE CICCIO, Maria Cristina. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 369 p.

PESSANHA, Jackeline Fraga. **A Afetividade como Princípio Fundamental para a Estruturação Familiar**. Belo Horizonte. IBDFAM, 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 14 set 2018

PESSOA, Mauricio. O Casamento no Direito Civil Constitucional. *In*: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa de Andrade. (Orgs.). **Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 328 p.

PETRINI, João Carlos. **Pós-Modernidade e Família**. Um itinerário de Compreensão. Bauru/SP, 2003. 268 p.

PILÃO, Antônio Cerdeira. GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e Monogamia: Construindo Diferenças e Hierarquias. *In: Revista Ártemis*, Edição V. 13; jan--jul, 2012. pp. 62--73.

_____. Poliamor: um estudo sobre conjugalidade, identidade e gênero. (Dissertação de Mestrado). **Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia**, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. Atualizado por: António Pinto Monteiro e Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005, 688 p.

PLANIOL, Marcel Ferdinand. **Traité Élémentaire de Droit Civil 3 Volumes**. Paris: Librairie Generale, 1948, 3.934 p.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**: Colônia. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000, 464 p.

PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **O Contrato Promessa e o seu Regime Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, 1.104 p.

REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. 236 p.

ROCHA, Marco Túlio Carvalho. **O Conceito de Família e suas Implicações Jurídicas**: teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, 253 p.

RODRIGUES. Sílvio. **Direito Civil**. V. 6. Direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 476 p.

ROUDINESCO, Elisabeth. Tradução: TELLES, André. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, 198 p.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 250 p.

SAAD, Martha Solange Scherer, **Casamento**: a complexidade do conceito. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008. Disponível em: <http://www.mackenzie.edu.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/CASAMENTO_a_complexidade_do_conceito_Martha_Saad.pdf>. Acesso em: 18 de set. 2018.

SAMAJA, Juan. **Epistemologia y Metodologia**. Buenos Aires: Eudeba, 1993, 409 p.

SAMARA, Eni de Mesquita. Tendências atuais da História da Família no Brasil. *In: Almeida, Ângela Mendes de. Pensando a Família no Brasil: da Colônia à Modernidade*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, 136 p.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias** – Reconhecimento e Consequências Jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, 261 p.

SANTOS, Eduardo dos. Influência europeia na legislação brasileira sobre divórcio". *In: Revista da Ordem dos Advogados* (Lisboa), 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, 200 p.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, 296 p.

_____. União Estável e Casamento: uma equiparação? *In: Revista Brasileiro de Direito Civil*. IBDCivil vol. 9. Jul. / set. 2016.

SILVA, Daniel Alt da. **Família Simultânea** – uma Abordagem à Luz da Autonomia Privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, 129 p.

SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia** – A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, 364 p.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **‘União poliafetiva’ é um estelionato jurídico**. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100111771/artigo-uniao-poliafetiva-e-um-estelionato-juridico-por-regina-beatriz-tavares-da-silva>>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Estatuto da Família**: Deveres do casamento são convertidos em recomendações. Consultor Jurídico. 2011, 24 fev. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/.../estatuto-familia-elimina-penas-descumprimento-deveres>>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. Obrigação alimentar decorrente de paternidade socioafetiva: posição contrária. *In: Jornal Carta Forense*, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/obrigacao-alimentar-decorrente--de-paternidade-socioafetiva--posicao-contraria/10146>>. Acesso em: 12 set. 2018.

SILVA, Vania Sandeleia Vaz da.; NERES, Geraldo Magella.; SILVA, Rosangela da. Michel Foucault e o Poliamor: cuidado de si, parresia e estética da existência. *In: Revista Tempo da Ciência*, v. 24, n. 48. 2017.

SOUZA, Lara Marcelino; RÊGO, Lorena Nogueira. Contornos Jurídicos, Filosóficos e Sociais da Monogamia: Paradigmas do Poliamor no Direito de Família. **Revista de Filosofia do Direito**, do Estado e da Sociedade. Vol. 4, Nº. 2, 2013, págs. 184-202 Natal, 2013.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, 327 p.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: Direito de Família, v. 5, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, 496 p.

_____. **Responsabilidade Civil Objetiva e Risco**: a teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado.; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como Efeito da Socioafetividade nas Famílias recompostas. *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre, n. 10. p. 39. Jun/jul. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Bases Teóricas para o novo Direito de Família**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, jul./set. 2005.

_____. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 519 p.

THE POLYAMORY SOCIETY. **Introduction to polyamory**: what is polyamory?. Disponível em: <<http://www.polyamorysociety.org/page6.html>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra Família**: concubinato, Igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999, 216 p.

TRACY, Sarah J. **Qualitative Research Methods**: Collecting evidence, crafting analysis, communicating impact. Hoboken, New Jersey: Wiley-Blackwell, 2013, 368 p.

TWEEDY, Ann E., 2011. **Polyamory as a sexual orientation**. University of Cincinnati Law Review [online], 79 (4), 1461-1515. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/690b/0c1b33aca031c088a9c45bf04ab9b0e81cc6.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2018.

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, Amor e desejo no Ocidente Cristão**. São Paulo: Ática, 1986, 94 p.

_____. **Trópico dos Pecados**: Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, 363 p.

VAITSMAN, Jeni. **Flexíveis e Plurais**: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. 203 p.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, 604 p.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. Famílias Simultâneas: Um Diálogo Sócio Jurídico. *In*: **FIDES – Revista de Filosofia e Direito, do Estado e da Sociedade**. Natal, v. 24, n. 2. Jul/dez, 2013, pp. 70 – 98.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas** – uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo horizonte: D'Plácido, 2017, 358 p.

VIGO, Filipe Mahmoud dos Santos. **Famílias Poliafetivas e a Sucessão Legítima**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58673/familias-poliafetivas-e-a-sucessao-legitima>>. Acesso em: 05 out. 2018.

WALD, Arnold. **O novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002, 712 p.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila Corrêa da. **Direito Civil**: direito de família. v.5, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 608 p.

WALLON, Henri. **Do Acto ao Pensamento**: Ensaio de Psicologia Comparada. São Paulo: Moraes, 1979, 224 p.

ZELL-RAVENHEART, Morning Glory. (May 1990). "**A Bouquet of Lovers**". Disponível em: <<http://www.paganicon.org/wp-content/uploads/2014/03/A-Boquet-of-Lovers.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.