



FACULDADE DO SUL DE MINAS

ARIEL DE AZEVEDO GRANDAL COÊLHO ROCHA

O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA POLIAFETIVA NO
BRASIL

POUSO ALEGRE
2019

ARIEL DE AZEVEDO GRANDAL COELHO ROCHA

RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA POLIAFETIVA NO BRASIL

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

Orientador: Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior.

763 ROCHA, Ariel de Azevedo Grandal Coelho
O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA
POLIAFETIVA NO BRASIL. / Ariel de Azevedo Grandal Coelho
Rocha. Pouso Alegre: FDSM, 2019.
125p.

Orientador: Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior.
Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Reconhecimento. 2. poliafetividade. 3. família. 4. princípios. I da
Cunha Iribure Júnior, Prof. Dr. Hamilton . II Faculdade de Direito do Sul
de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

À minha querida mãe, Tânia, por ser o maior e melhor exemplo de uma mulher de fibra, de sucesso, inteligente e amiga, que com seu apoio incondicional e bom humor me ajuda a alcançar todas as minhas conquistas e realizações, principalmente a conclusão da presente dissertação.

À minha avó Guaracira, que me acompanha desde a minha infância, estando sempre presente em todas as minhas vitórias e desafios, alentando-me nas horas de desespero.

Às minhas tias Guaranira e Betânia, pelo amor e congratulações que sempre me dedicam, incentivando sempre a me desenvolver e a vencer os desafios impostos.

Por fim, a todos aqueles que tiveram alguma vez seus direitos excluídos por ser diferente do padrão estabelecido e que acreditam no amor, seja este dedicado a uma ou mais pessoas.

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação de mestrado não poderia chegar a bom porto sem o precioso apoio de várias pessoas.

Agradeço primeiramente a Deus, por me dar forças, guiar e iluminar meus pensamentos e me dar a tranquilidade necessária para seguir em frente com meus objetivos e não desistir diante das adversidades encontradas.

Agradeço ao meu pai, Antônio Diogo, que mesmo longe permaneceu sempre interessado no meu desenvolvimento e por sempre acreditar em mim, dando mais incentivo para enfrentar essa etapa de minha vida.

Agradeço ao Prof. Dr. Hamilton Iribure Júnior, por toda a paciência, empenho e sentido prático com que sempre me orientou neste trabalho e durante as aulas do mestrado.

Agradeço aos demais professores do Mestrado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Sul de Minas, pelos ensinamentos que passaram durante o curso, os quais foram, são e serão muito importantes para mim e para a minha vida profissional. Também agradeço aos funcionários, que fazem com que tudo funcione da melhor maneira possível, nos mantendo informados sobre as regras, revistas e trabalhos.

Agradeço a todos os colegas e amigos de mestrado que vivenciaram momentos de estudo, de escrita de artigo e de tensão, como a prova de qualificação e os seminários, no decorrer desta jornada, bem como proporcionaram momentos engraçados e felizes durante todo nosso trajeto.

Por fim, a meus familiares, amigos e a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização desta dissertação, o meu sincero agradecimento.

RESUMO

ROCHA, Ariel de Azevedo Grandal Coêlho. Reconhecimento Constitucional da Família Poliafetiva no Brasil. 2018. f.128 . **Dissertação** (Mestrado em Direito Constitucional). Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de pós-graduação em Direito Constitucional, Pouso Alegre. 2018.

A presente dissertação analisa a viabilidade do reconhecimento constitucional das famílias poliafetivas como um novo núcleo familiar com base nos direitos fundamentais; princípios constitucionais, principalmente o da dignidade humana, da autonomia privada e pluralidade das entidades familiares e na jurisprudência pátria, todos legitimados por meio de uma nova forma de interpretação constitucional, trazida, principalmente, pelo Neoconstitucionalismo. Estabelecem-se, assim, direitos e deveres aos componentes desta entidade familiar, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de família, não possui previsão normativa específica acerca desta entidade familiar. Assim, observa-se a possibilidade da efetivação do processo de reconhecimento dessa entidade familiar, por meio dos princípios constitucionais e da nova forma de interpretação normativa, a qual busca a vontade atual da sociedade e não apenas a vontade à época de sua elaboração, ou seja, uma interpretação pluralista e atual, estabelecida a partir de um espaço social. Além disso, buscam-se, por meio de uma metodologia analítico-dedutiva, com a avaliação de textos, documentos, legislação e decisões jurídicas, analisar a evolução conceitual de família no Brasil, bem como os argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento desta entidade utilizados pelos Tribunais nacionais, pela doutrina pátria e pelo Conselho Nacional de Justiça. Por fim, espera-se trazer a sociedade à reflexão sobre sua atuação no processo de interpretação constitucional, ampliando o debate sobre o reconhecimento de direitos, a efetiva realização da democracia e a proteção à família poliafetiva, a qual deve ser reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio, a fim de garantir a Dignidade Humana e a igualdade de tratamento.

Palavras-chave: reconhecimento; poliafetividade; família; princípios.

ABSTRACT

ROCHA, Ariel de Azevedo Grandal Coêlho. The Constitutional Recognition of the Poliaffective Family in Brazil. 2019.f.128 Dissertation (Master Constitucional Law). Faculdade do Sul de Minas. Post-Graduation Program in Constitucional Law, Pouso Alegre, 2018.

This study analyze the viability of the polyaffective family constitutional recognition, as a new family nucleus based on Fundamental Rights; constitutional principles, especially the Human Dignity, the private autonomy and plurality of family entities; and based on the national jurisprudence, all legitimized through a new form of constitutional interpretation, brought mainly by the neo-constitutionalism. These factors establish the rights and duties of the polyaffective family entity members, since the Brazilian legal system, in matters of family, does not have specific normative prediction about this family entity. Thus, it can be observed, there is the possibility of effecting the process of recognition of this family entity through the constitutional principles and the new kind of normative interpretation, which seeks the present will of society and not only the will at the time of its elaboration, that is, a pluralist and current interpretation, established from a social space. In addition, it seeks to analyze, through the analytical-deductive methodology, the historical documents, texts, laws and legal decisions, to analyse the conceptual evolution of the family in Brazil, as well as, the favorable and contrary arguments to the recognition of this entity, used by the national Courts, doctrine and by the National Council of the Justice. Finally, it is expected to bring society to reflect on your performance in the process of constitutional interpretation, broadening the debate on recognition of rights, the protection of the polyaffective family, which must be recognized by the Brazilian legal system, in order to ensure its Human Dignity and an equal treatment.

Keywords: recognition; polyaffectivity family; principles.

ABREVIATURAS

§	Parágrafo
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art(s).	Artigo(s)
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TRAJETÓRIA DA FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	15
1.1 As influências do Direito Romano na formação da entidade familiar brasileira	16
1.2 A influência da formação familiar medieval	19
1.3 As famílias dos séculos XVIII e XIX no Brasil.....	22
1.4 A família no Código Civil de 1916	25
1.5 As famílias nas Constituições Brasileiras anteriores a 1988	29
1.6 A família na Constituição de 1988	32
1.7 A família e o Código Civil de 2002	39
2 AS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS FORMAÇÃO, CENÁRIO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	43
2.1 A formação das famílias poliafetivas	44
2.2 Conceito de poliamor e poliafetividade	46
2.3 Espécies de entidade poliafetivas.....	48
2.4 A Filosofia do “poliamorismo”	50
2.5 As famílias poliafetivas e os Princípios do Direito de Família	52
2.6 A família poliafetiva no cenário jurídico Brasileiro	65
3 ASPECTOS DO PROCESSO DE RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS	71
3.1 A abertura da interpretação Constitucional à luz do Neoconstitucionalismo	71
3.2 Fundamentos para o reconhecimento jurídico das famílias poliafetivas no Brasil.....	73
3.2.1 A hermenêutica dos direitos fundamentais à luz do Pós-positivismo e do Neoconstitucionalismo.....	74
3.2.2 A força normativa da Constituição: os novos critérios hermenêuticos da interpretação constitucional	79
3.2.3 Os novos critérios hermenêuticos da interpretação constitucional. A interpretação e a criação do Direito pelo Juiz e pela sociedade aberta.....	82
3.3 Argumentos ao reconhecimento das famílias poliafetivas no Brasil	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIAS.....	117

INTRODUÇÃO

A partir das transformações sociais consolidadas pela Constituição da República de 1988, verifica-se uma pluralidade de valores, conceitos normativos e costumes disseminados na sociedade brasileira, de forma que a compatibilização entre tais elementos só se torna possível caso se recorra ao nível ético-político da democracia, com a finalidade de se obter um consenso para a promoção e estabilização das estruturas e valores sociais de um determinado grupo, bem como para garantia da validade e legitimidade das regras jurídicas desenvolvidas no país.

Nesse contexto pluralista se observa a formação de novas instituições familiares, a partir da evolução das relações sociais, que não são reguladas pela legislação pátria, mas que a sociedade reproduz e anseia pela produção de efeitos jurídicos. Esse é o caso das famílias poliafetivas que, apesar de não serem reguladas pela legislação, tem se tornado realidade entre diversos indivíduos da sociedade, não podendo ser ignorada, principalmente à luz dos princípios e dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Nesse cenário que se pretende desenvolver a seguinte problemática: É possível o reconhecimento da família poliafetiva frente ao Direito Constitucional e aos princípios referentes ao Direito de Família?

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho consiste em analisar a viabilidade do reconhecimento da entidade poliafetiva como núcleo familiar, a partir do exame dos princípios e do Direito Constitucional, ambos legitimados por meio do diálogo e de uma nova forma de interpretação das normas constitucionais.

A resposta para esses problemas jurídicos pode ser encontrada não só na interpretação por meio da analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, em uma interpretação aberta, como proposta por Häberle, mas sobretudo nos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo, que, legitimados por uma teoria discursiva aplicada a toda a sociedade, servem de base ao Estado Democrático de Direito, principalmente no que se refere aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A não observância desses fatores pode transformar o ordenamento jurídico em um sistema de exclusão e, apesar de válido, ilegítimo, desde que a atribuição de uma posição jurídica dependa do ingresso da pessoa ou situações na universalidade de titularidades, que o sistema define.

A negativa ao reconhecimento das famílias poliafetivas duradouras e públicas como entidades familiares, resulta de força preconceituosa dos valores culturais dominantes, que se alicerça em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado.

A Constituição da República de 1988 definiu como entidades familiares, aquelas formadas pelo casamento, pela união estável e pelos grupos monoparentais. No entanto, verifica-se, atualmente, a existência de numerosas unidades de vivência, além das entidades familiares expressamente referidas no texto constitucional, como união de parentes, grupos e pessoas que vivem em caráter permanente sob o mesmo teto, cujo liame seja a mútua assistência, sem conotação sexual, grupo formado por “filhos de criação”, entre outros. Nota-se, entretanto, um liame caracterizador entre todos, qual seja, os laços de afetividade e ajuda mútua. Daí, incluírem-se as famílias poliafetivas.

Com as transformações sociais, houve a inclusão de novos valores e costumes que influenciaram mormente a produção legislativa, como foi o caso do artigo 226 da Constituição da República de 1988, em que houve a retirada pelo legislador constituinte da expressão “constituída pelo casamento”, contida na Carta Magna de 1969. Nesse caso, o constituinte pôs sob a tutela constitucional toda e qualquer manifestação de família que tenha como vínculo o afeto. Conseqüentemente, a partir da exclusão da cláusula condicionante, não pode ser considerada lícita a restrição a qualquer entidade familiar que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade. Em outras palavras, tendo o dispositivo legal mencionado estabelecido a família como um conceito amplo, que induz à tipicidade aberta, sua interpretação é no sentido de inclusão das demais formas familiares. Esta ideia se reforça com a leitura do § 4º do mesmo dispositivo legal, cujo termo “também” possui o significado de “da mesma forma”, “outrossim”, o que exprime uma ideia de inclusão de todas as unidades familiares, mesmo aquelas não previstas.

Assim, verifica-se que, mesmo não havendo lei que as regule, as famílias poliafetivas são reconhecidas pela sociedade e, conseqüentemente, pela própria Constituição da República de 1988, como uma entidade familiar legitimada, por meio das interpretações e discursos sociais existentes, com igualdade de direitos à família clássica.

Dessa forma, adotando o método analítico-documental e utilizando a leitura de textos, legislação nacional e decisões judiciais, inicia-se o presente estudo pela análise da trajetória do conceito de entidade familiar na ordem jurídica brasileira, abrangendo desde as influências do “direito” romano e da Idade Média, em algumas características das famílias dos séculos XVIII e XIX no Brasil, a concepção de família no Código Civil de 1916, nas Constituições da República anteriores à 1988 até a atual problematização das entidades familiares poliafetiva, decorrente das transformações normativas conceituais e da introdução do afeto, como elemento essencial de formação da entidade familiar.

O segundo capítulo dedica-se à delimitação do vocábulo “poliafetivas”, suas espécies, filosofia, elementos essenciais de sua caracterização, a partir de um panorama atual dessas entidades no Estado brasileiro, em que são apresentadas questões elementares à compreensão daquele arranjo afetivo, na perspectiva da conjugalidade e da formação da própria entidade.

Fundamental, nesse momento, investigar a relação dessa entidade familiar com os principais princípios norteadores do Direito de Família. Nessa parte, também são abordados os argumentos preponderantes nas decisões dos Tribunais do país, destacando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, um dos primeiros Tribunais a reconhecer a efetividade das famílias poliafetivas, e do Superior Tribunal de Justiça, ao conceder ou negar direitos aos participantes destas novas formas de entidade familiar.

Revelada as circunstâncias em que se estabeleceu o fenômeno no Estado Democrático de Direito Brasileiro, no terceiro capítulo, trabalha-se a possibilidade de seu reconhecimento constitucional, à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, principalmente o da Dignidade Humana e da igualdade, a partir de uma teoria interpretativa das normas constitucionais pátrias, diminuindo o conflito

existente entre estas e as necessidades criadas pelo desenvolvimento das relações sociais.

Por ser uma relação social complexa, há a necessidade da análise de dois aspectos para a verificação do processo de reconhecimento das famílias poliafetivas: o primeiro, refere-se à análise da abertura do processo de interpretação constitucional, em que todos os indivíduos passam a representar parcela da realidade constitucional, sendo elementos que se colocam dentro da própria Constituição, procurando adequar a norma às novas demandas da realidade social; e a segunda parte, em relação à existência de um discurso legitimado e validado, a partir de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, objetivando a formação de um consenso em uma sociedade verdadeiramente democrática, que possibilite o reconhecimento da nova entidade familiar.

Assim, analisa-se, primeiramente, a inclusão da entidade familiar poliafetiva, como objeto de proteção ao Estado a partir da abertura do processo de interpretação constitucional brasileiro, em que são incluídos valores sociais, advindos das transformações contínuas das relações da sociedade. Para isso, utiliza-se além da doutrina nacional, em relação à abertura da interpretação constitucional, a teoria de Peter Häberle sobre a sociedade aberta dos intérpretes.

Em um segundo momento, analisa-se, a partir da proposta de Peter Häberle da sociedade aberta dos intérpretes, a existência de um discurso válido e legítimo na sociedade brasileira que, baseado no princípio da Dignidade Humana, nos direitos fundamentais e no anseio da própria sociedade, que legitima um novo entendimento sobre os direitos a serem conferidos à nova entidade.

Nessa dimensão, o presente trabalho ganha relevância ao analisar, no contexto brasileiro, a possibilidade de reconhecimento da família poliafetiva, entidade que, apesar de presente no ambiente fático da sociedade brasileira ganhou relevo a partir da releitura do texto Constitucional atual, sendo pouco estudada e tratada pelos operadores do Direito.

Neste panorama, o presente estudo também ganha relevo na contribuição histórica por desenvolver a contextualização da formação das famílias poliafetivas no cenário nacional, como fonte para o debate de seu reconhecimento, contribuindo assim para os profissionais de Direito, uma vez que, também, oferece subsídios para

maior aceitação e produção da igualdade entre as famílias, gerando e estabelecendo direitos a todos os entes familiares, ante as lacunas de lei.

Em segundo plano, o presente trabalho tem relevância ao trazer a sociedade à reflexão sobre sua participação na interpretação constitucional, ampliando o debate sobre o reconhecimento dos direitos de minorias, como é o caso das organizações familiares poliafetivas. Nesse contexto, o trabalho traz um viés que incentiva uma maior participação popular, seja de forma direta ou indireta, na interpretação da Constituição, propondo uma forma eficaz de se efetivar uma real democracia e de garantir direitos básicos a determinada minoria.

Finalmente, o estudo contribui para as pesquisas sobre Relações Sociais e Democracia, uma vez que tem como finalidade principal analisar a inclusão da Família Poliafetiva, nova organização familiar proveniente do desenvolvimento das relações sociais, como entidade reconhecida e protegida constitucionalmente pelo Estado, como forma da realização efetiva da democracia, da proteção aos Direitos Fundamentais e à Dignidade Humana dos envolvidos.

1 TRAJETÓRIA DA FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Torna-se necessário, para o devido entendimento do estudo da família poliafetiva, a breve reflexão sobre as transformações da entidade familiar, ao longo da história brasileira. É ato inquestionável que a ciência constantemente é desafiada pela evolução das relações sociais estabelecidas e pela conseqüente quebra de paradigmas que cedem lugar a novas ideias. A família poliafetiva, tema do presente estudo, se insere nesse contexto.

A família pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano e sua estrutura vem gradativamente se modificando ao longo da história da humanidade, o que dificulta a formação de uma definição unificada pela ciência jurídica. De acordo com Morgan¹, a família é uma entidade dinâmica que evolui, de acordo com o desenvolvimento da própria sociedade. No entanto, esta não deve ser considerada apenas como um grupo natural de indivíduos, mas sim, como uma estrutura psíquica, uma vez que na entidade familiar ocorre o desenvolvimento da personalidade e autonomia do indivíduo de forma saudável, para a condução de uma sociedade democrática.

No entanto, apesar da dificuldade na elaboração de um conceito para a família, alguns aspectos de sua definição já se encontravam presentes desde os primórdios do direito romano, sendo o estado familiar um dos elementos principais para determinar sua capacidade jurídica, no âmbito do direito público e privado.

Sendo assim, o estudo do momento histórico e cultural, no qual a família está inserida, mostra-se fundamental para o seu entendimento. Partindo desta premissa, far-se-á uma análise histórica da instituição familiar no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de investigar como foi a evolução da entidade familiar no sistema pátrio e a fixação do padrão familiar da sociedade

¹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 30.

1.1 As influências do Direito Romano na formação da entidade familiar brasileira

A civilização romana foi uma grande influência para a maioria dos países, no que se refere à organização e formação jurídica. A escrita e a “codificação das leis” romanas foram consagradas a partir do surgimento da “Lei das Doze Tábuas”, por volta do século V a.C., em que se preocupava com a formação e permanência dos privilégios na família. Daí a importância que davam a essa entidade².

Desde o início da civilização romana até a “Lei das Doze Tábuas”, o direito era baseado exclusivamente no costume e era rudimentar, formalista e se misturava com a crença da sociedade na época. Assim, quando passaram a registrar as regras que vigoravam na sociedade, basearam-se nesse direito costumeiro, já posto e fortalecido pelo consenso unânime do povo.

Em relação à família, esta sofreu várias modificações ao decorrer do tempo, na sociedade romana. Nos primeiros séculos, a sociedade romana era formada por classes sociais, a partir do “nascimento, fortuna e domicílio da pessoa”, sendo divididos basicamente em: patrícios, clientes, plebeus e escravos.

Cada família patrícia era indivisível e perpetuava-se através de seus membros. Seu chefe era o pater familiae, que exercia amplos poderes, de vida ou morte, sobre os demais. Todos lhe eram subordinados. Os pater familiae atuavam como um rei, sacerdote e juiz no âmbito familiar, decidindo sobre o destino de seus membros. Somente os patrícios tinham direitos, pois eram os únicos que tinham o status civitatis, qualidade que lhes conferia o título de cidadãos romanos. Era considerado um cidadão aquele indivíduo que pudesse cultuar os deuses da cidade e os antepassados da família, jurando-lhes respeito, obediência e veneração - ou seja, os membros da classe patrícia³.

Uma vez que os patrícios eram considerados os típicos “cidadãos romanos”, que detinham direitos públicos e privados, somente eles poderiam participar das discussões políticas existentes. Nesse contexto, eram apenas os patrícios que tinham representatividade nas escolhas e organização da sociedade. Dessa forma, feita a contextualização da sociedade romana e em virtude de sua influência política na

² CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 22.

³ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35-36.

organização e regras que vigiam na sociedade romana, importante a análise da família patrícia.

A família patrícia apresentava uma estrutura tipicamente patriarcal, em que o chamado *pater familiae* detinha o controle total sobre os integrantes enquanto vivesse. Assim, conforme ressalta José Carlos Moreira Alves trazendo à colação Charles Maynz, a família nessa época, era considerada como o conjunto de pessoas e coisas submetidas ao poder do *pater familiae*. Assim, dois eram os sentidos empregados para a família na Roma antiga: um sentido mais amplo, em que significava o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e se submetiam as suas ordens. E em um sentido mais restrito, no qual a família representava o conjunto de pessoas que estavam sob as ordens do *pater familiae*, caracterizando o próprio *status familiae*⁴.

Quando o *pater familiae* morria, sua família se subdividia pelo número de membros do sexo masculino existente. Assim, esses filhos se tornariam *sui iuris*, ou seja, uma pessoa que não possuía ascendentes masculinos e que estava livre do pátrio poder e para exercer qualquer ato da vida civil. Somente a prole do gênero masculino que poderia ser *sui iuris*. As mulheres, quando o ascendente falecia, passavam a pertencer a família do marido ou a de um de seus irmãos. Somente no caso de uma mulher viúva é que se poderia considerar *sui iuris*, mas ainda assim, esta tinha limitação de alguns direitos. A mulher só conseguiria sua capacidade completa na sociedade romana num período posterior do direito romano, dando nome de *mater familiae*.

Outra possibilidade na sociedade romana era a perda do estado de família, sem a retirada dos direitos de liberdade e de “cidadania”. Um exemplo disso seria a transformação de uma pessoa considerada “*sui iuris*” em “*alieni iuris*” (submetido as regras de um indivíduo) por meio da adoção, dentre outros casos específicos da época.

Sobre o tema, afirma Luiz Antonio Rolim:

Status familiae era a condição que a pessoa tinha dentro da própria família: ou era *sui iuris* (não subordinada a ninguém e, portanto, livre para a prática direta de qualquer ato na vida civil), ou *alieni iuris* (submetida a qualquer

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 2, p. 244- 245.

espécie de autoridade familiar, necessitando, pois, de seu consentimento para a prática de qualquer ato na sociedade romana)⁵.

Em relação à formação dessas famílias, a civilização romana passou por três principais fases. A primeira fase, referia-se a formação da família a partir da união de pessoas por interesse exclusivamente de comunicação sexual⁶; a segunda fase, referia-se a uma fase religiosa, em que o chefe da família era quem ditava as regras, decidia sobre os demais integrantes e o patrimônio da família; e a terceira fase, referia-se ao momento em que as vontades dos chefes de família passaram a ter resistência das regras, coincidindo com a interferência do legislador na área familiar, sem, porém, excluir completamente a autoridade dos *pater familiae*.

Portanto, para a civilização romana, o casamento poderia ser definido como um estado de fato que produzia determinadas consequências e que apresentava, além do elemento objetivo da chamada *honor matrimonii*, isto é, a realização correspondente dessa convivência conjugal, um elemento subjetivo que era o *affectio maritalis*.

No matrimônio, o consentimento – ao contrário do que ocorre nos contratos – não é inicial, mas duradouro, contínuo, preferindo os romanos, para designá-lo a expressão *affectio*. Sua existência se comprova pela declaração dos cônjuges, parentes e amigos, ou principalmente, mediante sua manifestação exterior o *honor matrimonii*, que é o tratarem-se marido e mulher como tais, em sociedade, razão por que se presume a existência de casamento quando há vida em comum livre e honrada. Concorrendo ambos os requisitos, surge o matrimônio; na falta de um deles, dissolve-se. Por isso, em Roma, inexistem formas jurídicas, não só para sua celebração, mas também para a sua dissolução; e, por isso também é simples relação jurídica de mero fato, que perdura enquanto persistem as condições de fato convivência e *affectio maritalis* – de sua existência⁷.

O casamento se constituía de duas maneiras principais: o matrimônio *cum manus* e o *sine manus*. No casamento *cum manus*, a mulher se submetia a autoridade do marido, ao passo que no casamento *sine manus*, não havia poder marital, no entanto, a mulher permanecia sobre o poder do *pater familiae*. Assim, a mulher no princípio da civilização romana, ou se submetia as ordens do pai ou se casava e, a

⁵ ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 154.

⁶ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. v. 78, p. 57.

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7.

partir desse momento, passava a se submeter às ordens do marido. Em virtude dessa supremacia do homem perante a mulher na sociedade romana, a paternidade era inquestionável, exceto nos casos em que fosse comprovada ausência de coabitação ao tempo da concepção. Assim, uma das consequências jurídicas do matrimônio em Roma era essa presunção de paternidade dos filhos tidos na constância do casamento. No entanto, a criança, ao nascer, poderia ser aceita ou rejeitada pelo pai.

Os motivos dessa rejeição variavam, podendo ser em decorrência da criança apresentar malformação física, ser fruto de infidelidade, em razão de pobreza, para manutenção do testamento já redigido, entre outros. Tanto os filhos advindos de relações extraconjugais, quanto de uniões entre pessoas de diferentes estatutos sociais eram filhos bastardos e não recebiam o nome do pai.

Esse cenário permaneceu até a época do Império, quando a visão da família se transformou para os romanos, o abuso de poder do pater é admitido, a mãe passa a ter direito à guarda dos filhos e à herança dos filhos, se estes não tivessem descendentes e irmãos. A mulher começa a ser mais autônoma e a participar da vida social e política⁸.

Mesmo após a queda de Roma em 476 d.C., o Direito Romano continuou a ser o único direito aplicado em todo o Império até a invasão pelos turcos em 1453. Suas leis estavam contidas no *Corpus Juris Civilis*, compilado por Justiniano e tinham vigência obrigatória em toda a região abrangida pelo Império Romano do Oriente⁹. Com a imposição do direito da cidade, o poder do *pater* foi diminuindo, gradativamente, sobretudo com a influência do Cristianismo, o qual inaugurou uma nova moral, substituindo o poder materialista do pai, por outro mais racional e humano.

1.2 A influência da formação familiar medieval

A queda do Império Romano do Ocidente teve como principal motivo as invasões germânicas, que em 476 d.C. derrubaram o último imperador do Ocidente,

⁸ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.

⁹ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

Rômulo Augusto, sendo considerado o marco, ainda que doutrinário, para o início do período Medieval.

A partir do contato entre as culturas romanas e germânicas, tornou-se inevitável a fusão entre as culturas e, conseqüentemente, as regras que regiam os dois povos. O denominado “Direito Bárbaro” era caracterizado por sua forma rudimentar e por ser transmitido pelos costumes ancestrais, oralmente de geração a geração, restando claro seu atraso em relação ao compilado de regras Romanas. Essas regras, no entanto, também eram baseadas no Pátrio Poder e subordinavam a realização do casamento a uma espécie de juiz.

Diferentemente do Direito Romano, apesar da figura masculina ser ainda considerada superior à da esposa, o homem dividia a tarefa de vigiar a família com a mãe. A respeito desse fato comenta Carlos Roberto Gonçalves:

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito Canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica¹⁰.

Assim, verifica-se que a forma de organização familiar na Idade Média em muito foi influenciada pelas regras romanas, germânicas e, posteriormente, pelo Direito Canônico, que estabelecia o casamento como único meio sacramental de formação familiar, transferindo o caráter autocrático e patrimonial, prevalecente na comunidade romana, para um aspecto mais afetivo e democrático.

O Direito Canônico será desenvolvido fundamentando-se em um conjunto normativo ditado pela Igreja, que ao mesmo tempo era laico e religioso. Seu objetivo era, a princípio, promover a “salvação das almas”, apresentando um caráter místico.

De acordo com Pedro Lombardia, o Direito Canônico consistia na organização de elementos que atribuíam à Igreja Católica o caráter de sociedade juridicamente organizada¹¹, ou seja, referia-se à união das regras católicas e àquelas que eram ao mesmo tempo relativas à sociedade e à Igreja. Dessa forma, os chamados cânones

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6, p. 32.

¹¹ LOMBARDIA, Pedro. *Lições de direito canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 2008. p. 15.

eram considerados desígnios de Deus, que deveriam ser seguidos sem questionamentos e que sua infração era considerada um pecado mortal.

Surge, nesse momento, uma nova concepção de família, cuja base advém do matrimônio religioso e que se distingue da formação familiar romana e dos povos bárbaros, uma vez que estes últimos consideravam o casamento apenas como meio de procriação e manutenção do patrimônio, necessitando apenas da subjugação da mulher em relação ao homem. Já no “Direito Canônico”, o matrimônio teria como elementos essenciais: o consentimento das partes¹², a capacidade dos envolvidos e o ato formal ou ritual, que à época era realizado e controlado pela Igreja.

Com o passar do tempo, esses cânones foram se desenvolvendo, resultando em um conjunto de regras que se denominou de “Código de Direito Canônico”. Esse “código” não estabelecia uma definição ao matrimônio, devendo o aplicador dessas regras utilizar-se de conceitos romanos para o definir. Estabeleceu-se, então, que o casamento se referia a união entre um homem e uma mulher, perante Deus, e, por isso, de forma indissolúvel, elevando esta formação familiar de algo pertencente a esfera humana, para uma dimensão divina: à dignidade de sacramento.

Assim, inseriu-se a tradicional indissolubilidade e monogamia do casamento, ou seja, a proibição de término do vínculo amoroso e o fato da pessoa não poder constituir mais de um vínculo familiar concomitantemente. Nesse caso, verifica-se que a Igreja pretendia estabelecer como caráter natural desta união, as feições do matrimônio, isto é, a indissolubilidade do vínculo e a monogamia.

No século XI, o poder da Igreja se consolidou e questões, cujas respostas estariam no direito Estatal, passaram a ser decididas pela Igreja, que constantemente abusava deste poder, impondo regras a toda sociedade. Como ilustração, pode-se citar o aumento do número de impedimentos do casamento¹³ que foram importante influência do “Direito Canônico” ao Direito Civil Brasileiro. Sobre este aspecto, Arnoldo Wald discorre:

¹² Note-se que, apesar de ser pregado pela Igreja a existência do amor entre as partes, este não é elemento constitutivo do casamento, mas sim o consentimento das partes.

¹³ De acordo com o autor Abílio Soares de Vasconcelos (2007, p. 11-12), os impedimentos estabelecidos nos cânones eclesiais eram: a idade ou a menoridade, a impotência (absoluta ou relativa), existência de casamento anterior válido, ainda que não consumado, a disparidade de culto, o vínculo de ordem sacra, o vínculo de voto público perpétuo, o impedimento do rapto forçado, o crime de conjugicídio, a consanguinidade, o vínculo de afinidade, vínculo de pública honestidade e demência notória, dentre outros existentes.

O direito canônico fomentou as causas que ensejavam impedimentos para o casamento, incluindo as causas baseadas na incapacidade de um dos nubentes como eram: a idade, casamento anterior, infertilidade, diferença de religião; as causas relacionadas com a falta de consentimento, ou decorrente de uma relação anterior (parentesco, afinidade)¹⁴.

Nesse contexto, não havia espaço para a existência de dissolução da entidade conjugal. No entanto, tendo em vista os inúmeros problemas na sociedade, gerados pela indissolubilidade do casamento pregada pela instituição eclesiástica, verificou-se a introdução a este “direito” de duas principais teorias, na tentativa de remediar tais aborrecimentos: a teoria da nulidade do casamento, utilizada em caso de invalidade do casamento, e a separação das pessoas, em caso de motivos graves. Mesmo assim, nenhuma das remediações criadas, dissolvia completamente o vínculo conjugal, apenas desincumbindo os envolvidos do dever de coabitação. Entretanto, mantinha-se o dever de fidelidade e de fornecimento de alimentos¹⁵.

Em relação às outras formas de entidade familiar, estas eram consideradas como pecado, sendo severamente combatida pela Igreja, através de imposição de sanções severas.

A partir dessa análise, verifica-se que os valores estabelecidos no “Direito Romano” e da época Medieval influenciaram o Direito de Família Brasileiro, sendo adaptados ou incorporados. Não há dúvidas que é possível notar certos aspectos históricos em relação à concepção da família na legislação vigente, principalmente se analisada a evolução da concepção da família.

1.3 As famílias dos séculos XVIII e XIX no Brasil

Descrever a organização da família no período colonial do Brasil, tendo em vista a grande diversidade dos modelos de entidade familiar encontrados e suas mudanças ao decorrer do tempo, isto é, o caráter dinâmico e histórico das entidades familiares, torna-se uma atividade complexa e laboriosa.

¹⁴ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13.

¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

A pluralidade estabelecida na sociedade impossibilitava o estabelecimento de padrões de organização familiar. As famílias se formaram por tipos de uniões diversificadas e frequentemente dispersas.

A autora Leila Mezan Algranti detalha em sua obra:

Ora era o pai que se ausentava a serviço da Coroa ou em virtude de suas atividades, ora era a filha que se casava fora do local de seu domicílio, ou o filho que partia numa expedição ao sertão. Isso sem contar esposas e maridos que abandonavam a família para viver com outros companheiros, além, é claro, das repetidas interrupções dos laços familiares causadas por mortes prematuras. É o espaço do domicílio que reúne, assim, em certos casos, apenas pessoas de uma mesma família nuclear e um ou dois escravos; em outros, somavam-se a essa composição agregados e parentes próximos, como mães viúvas ou irmãs solteiras. Por vezes, encontramos domicílios compostos de padres com suas escravas, concubinas e afilhadas, ou então comerciantes solteiros com seus caixeiros. Em alguns domicílios verificamos a presença de mulheres com seus filhos, porém sem maridos; também nos deparamos com situações em que um casal de cônjuges e a concubina do marido viviam sob o mesmo teto. Isso sem falar nos filhos naturais e ilegítimos que muitas vezes eram criados com os legítimos. Tantas foram as formas que a família colonial assumiu, que a historiografia recente tem explorado em detalhe suas origens e o caráter das uniões, enfatizando-lhe a multiplicidade e especificidades em função das características regionais da colonização e da estratificação social dos indivíduos¹⁶.

Assim, verifica-se que, apesar de muitos autores afirmarem a predominância de uma sociedade patriarcal, influência direta da sociedade romana, até a fase da industrialização, em meados do século XIX, havia uma diversidade de organizações da família.

No entanto, apesar dessa espécie de pluralismo de organizações familiares, o casamento, nessa época, era de suma importância, sendo considerado, primordialmente em relação à elite, como mecanismo de busca de status e segurança para o patrimônio familiar. De acordo com Algranti:

O casamento sacramentado conferia status e segurança aos colonos, tornando-o desejável tanto pelos homens como pelas mulheres, o que não significa que o simples fato de um indivíduo pertencer às camadas mais baixas implicasse necessariamente uniões consensuais. Pessoas de origem humilde, inclusive escravos, uniram-se em matrimônio perante a Igreja, conforme indicam vários estudos. A prática de oferecer dotes a moças órfãs e desprotegidas institucionalizou-se na Colônia mediante doações, reveladoras de que o casamento dignificava as pessoas¹⁷.

¹⁶ ALGRANTI, Leila Mezan. *Famílias e vida doméstica*. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord.); MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 86-87.

¹⁷ *Ibidem*, p. 87.

Por fim, em relação ao sistema normativo, no Brasil colônia, as relações sociais eram regulamentadas pelas Ordenações Filipinas, apesar de, em Portugal viger outras duas ordenações à época, perdurando até o advento do Código Civil em 1916. Essas regras compiladas atribuíam um caráter patriarcalista e patrimonialista à família.

Apesar da Independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, o país ficou por muito tempo suscetível às regras de Portugal, entranhadas de religiosidade e influências do Estado Eclesiástico. Nesse contexto, pregava-se a imagem de uma família sacralizada, cujo único objetivo era a procriação.

Dessa forma, o homem detinha o controle absoluto de todos os indivíduos da casa, submetendo mulher e filhos à suas ordens. No que condiz à esfera do Direito Constitucional, a Constituição Brasileira de 1824, de caráter liberal, não apresentou muitas disposições sobre a Família e o instituto do casamento civil, tendo em vista a relação estreita entre o Estado e a Igreja. Assim, somente o casamento religioso era o meio válido de formação da família. Em consequência disso, até o ano de 1861 era a Igreja que disciplinava os direitos matrimoniais¹⁸.

No ano de 1861, em decorrência da pressão realizada pela sociedade não católica, foi promulgado o Decreto nº 1.144, o qual conferiu efeitos civis ao casamento religioso. Posteriormente, em 1863, o Decreto nº 3.069, permitiu os registros de outras formas de celebração do casamento além do religioso, e por fim em 1888, a Igreja perdeu a prerrogativa de deter os registros do casamento para o Estado, perdendo o casamento e a própria família o aspecto sacro.

Somente em 1890, com a edição do Decreto nº 181, estabeleceu-se no Brasil o casamento civil, culminando com o fim do valor jurídico do casamento exclusivamente religioso. Posteriormente, a Constituição Brasileira de 1891, baseada em ideais liberais e republicanos, reconheceu, no parágrafo 4º do artigo 72, a

¹⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, passim, jul. 2007.

gratuidade da realização dos casamentos civis pela instituição estatal¹⁹, desassociando, de uma vez por todas, a formação da instituição matrimonial da Igreja.

A partir de então, surge um novo entendimento sobre a família, principalmente com a modificação do papel dos cônjuges. No entanto, cumpre-se ressaltar que o homem continuou a ser o chefe de família, detendo o poder sobre a mulher e seus filhos.

De acordo com Marx e Engels, essa sobreposição do homem em relação aos demais membros da família relaciona-se com a divisão sexual do trabalho. Esta originou uma divisão social do trabalho, que levou ao aprimoramento das tecnologias, produzindo o excedente ou lucro. Esses excedentes tornaram-se valores de troca, que originaram uma classe dominante, fazendo surgir a propriedade privada.

Segundo Engels, o sexo feminino era responsável por atividades domésticas, como educação dos filhos, limpeza da casa ou ainda aprendendo pinturas e bordado, enquanto que, o sexo masculino era responsável em prover o sustento da família²⁰. Consolidou-se, assim, a supremacia masculina com a cultura competitiva. Instalada a divisão sexual do trabalho, surge o patriarcado. Desse sistema fundado no patrimônio advém a posição hierarquicamente superior do homem.

No modelo clássico, a unidade da família constituía-se valor supremo e, portanto, não havia possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. O interesse da família sobrepunha-se aos interesses de seus membros, daí seu caráter transpessoal. Não havia a valorização dos interesses individuais dos integrantes do ente familiar, mas tão somente da instituição em si, meio importante de produção e transmissão de patrimônio.

1.4 A família no Código Civil de 1916

No período do final do século XIX até meados do século XX, o país passava pela transição de uma sociedade totalmente baseada na mão de obra escrava para

¹⁹ BRASIL. (Constituição 1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

²⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 177-201.

uma de ideários capitalistas, estabelecendo assim a prevalência de uma família de modelo nuclear, com uma hierarquia rígida de papéis, em que o marido continuava como único provedor da subsistência e a mulher como responsável pela educação e cuidados dos filhos e da casa, características estas que foram fixadas como paradigmas da época.

Com o apogeu da industrialização, em meados do século XX, a família novamente altera suas características, de forma que houvesse a sua adaptação aos novos contornos da trajetória social das mulheres, distanciando-se dos paradigmas estabelecidos no passado. Inicia-se, portanto, a formação de tipos de famílias que não levavam em consideração apenas a consanguinidade, mas também o afeto.

No entanto, apesar de todas essas mudanças no âmbito familiar, a legislação pátria não as acompanhou, de forma que, apesar de terem sido constituídas outras formas de entidade familiar, o Código Civil de 1916 ainda trouxe um aspecto patriarcal e ideias já ultrapassadas na sociedade.

Discorrendo sobre a estrutura social do país à época da elaboração do Código Civil de 1916, Orlando Gomes pontua as condições do momento histórico de sua concepção, afirmando:

O Código Civil é obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.

Mas esse propósito encontrava obstáculos na estrutura agrária do país e não recebia estímulos de uma organização industrial a que se somasse o ímpeto libertário da burguesia mercantil.

A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante²¹.

Em decorrência da divergência de entendimento e ideias entre a classe média e os fazendeiros para a produção de uma lei que regesse essa parte, o Código Civil

²¹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 30.

demorou muito para ser finalizado e publicado, de forma que a lei recém-publicada não retratava a situação da sociedade, naquele momento. Assim, por ser o Código baseado em situação pretérita da organização da sociedade, não houve muitas modificações em relação à situação fática das entidades familiares.

A forma de família consagrada pelo Código Civil de 1916 era fundada no matrimônio, que de forma valorativa, era denominada de legítima. Conforme mencionado, em decorrência das pressões sociais, o ordenamento jurídico passou a reconhecer apenas os casamentos como relação familiar jurídica e geradora de efeitos. Qualquer outra entidade familiar desenvolvida, que não se submetesse às formalidades previstas no Código, não tinham reconhecidos os direitos, sendo sua eventual prole tida como ilegítima. É, portanto, notório que o casamento àquela época era meio de legitimação da família, excluindo as outras formas, principalmente a união estável, entidade já disseminada na sociedade, a qual gerava efeitos apenas obrigacionais.

A família idealizada pelo Código Civil então vigente também era vista como transpessoal, uma vez que a lei planejava uma forma de garantir a estabilidade institucional da família. O Código Civil de 1916 admitiu a possibilidade de desquite, com rígidas regras, não admitindo o divórcio, o que, em outras palavras, equivale dizer que, a dissolução do vínculo conjugal só se operava com a morte de um dos cônjuges ou com a nulidade das núpcias.

Percebe-se que o Código Civil de 1916 retratava o prestígio pelo individualismo voluntarista e o liberalismo jurídico, orientados nas concepções ainda do século XIX, que afirmava a completude do Direito, centralizado nas mãos do Estado.

Mas, como as exigências socioculturais daquela época se alteraram, impôs-se a necessidade de se mudar o enfoque. Nessa dimensão foi surgindo uma leitura diferenciada do Direito Privado, com ampla reforma na concepção do Direito Civil. Paulatinamente, a partir da interferência de normas de ordem pública, no campo do privado, o Direito Civil passou por transformações ao mesmo tempo em que se assistia a passagem do Estado Liberal ao Estado Social²².

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 36, n. 141, p. 102, jan./mar. 1999.

No decorrer dos anos, a sociedade sofreu diversas transformações em várias áreas, sendo uma delas, a família. A inclusão da mulher no mercado de trabalho, principalmente em decorrência do desenvolvimento da atividade industrial, a conquista do direito ao voto e a busca pela igualdade de direitos foram elementos marcantes de uma sociedade tradicionalmente machista e predominantemente agrária. De acordo com Fiuza, a “Revolução Sexual” foi essencial no processo de evolução da família²³.

Todo esse processo evolutivo da sociedade em diversas áreas propiciou o enfraquecimento do patriarcalismo, de forma a proporcionar espaço necessário para o surgimento de um modelo familiar descentralizado, democrático e igualitário. Em resposta aos interesses da sociedade, foram editadas normas a fim de flexibilizar os dispositivos do Código Civil de 1916, corrigindo situações fáticas de disparidades entre a realidade e a previsão legal. A título de ilustração, cita-se o Decreto-Lei nº 4.737 que permitiu o reconhecimento dos filhos naturais, em 1942, após o desquite; a Lei nº 883/49, que permitiu esse reconhecimento em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal; a Lei nº 6.515/77, que além de regulamentar o divórcio, ainda estabeleceu, em seu artigo 51, §1º, o reconhecimento dos filhos ilegítimos, durante a vigência da sociedade conjugal, desde que em testamento cerrado, além de permitir a ação de alimentos pelos mesmos, garantindo-lhes o direito à herança, ainda que de forma limitada.

Uma análise à família daquela época, isto é, anterior a égide da Constituição da República de 1988, evidencia sua valorização primordial às funções institucionais, que se sobrepujam ao bem-estar e satisfação de seus membros. E é nesse ambiente díspar da realidade e anseio social que o instituto da família permaneceu por mais cinquenta anos, apartado da realidade, ora permanecendo em situação inalterada, ora sofrendo alguns avanços, como se pode notar pelas Constituições da República que se promulgaram até desaguar em 1988, a mais social das Constituições pátrias.

²³ FIÚZA, César. Direito de família. In: _____. *Direito civil curso completo*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1153-1154.

1.5 As famílias nas Constituições Brasileiras anteriores a 1988

O início da organização e formação familiar no Brasil caracteriza-se por ser uma sociedade paternalista, em que o homem se destaca como elemento necessário ao sustento e ao relacionamento social.

No início, a questão da família não recebeu a atenção devida dos constituintes brasileiros, quando da elaboração das duas primeiras Constituições Brasileiras, visto que na Carta Magna de 1824, não há qualquer referência à família em particular e, naquela de 1891, apenas passou a reconhecer o casamento civil, como o único ato jurídico capaz de constituir família. Esse entendimento foi originado a partir das ideias estabelecidas à época, provenientes, principalmente, do constitucionalismo liberal clássico, em que predominava a autonomia particular e o desejo pela organização estatal através da separação de poderes e a declaração de direitos fundamentais do homem e do cidadão.

Ao analisar a Constituição Brasileira de 1824, observa-se seu cunho estritamente político, motivo pelo qual se abstém de regulamentar fatos do cotidiano brasileiro como a família, fazendo menção apenas à família real em relação à sucessão hereditária. Esta Constituição também apresentava uma natureza liberal-clássica, dando enfoque na regulamentação da divisão de poderes e na declaração de direitos políticos, a fim de limitar o poder do Estado. Em relação a seus aspectos sociológicos, econômicos, culturais e sociais, estes elementos não faziam parte de suas disposições, dado o caráter não intervencionista daquele diploma legal.

Ao ser proclamada a República do Brasil e promulgada a Constituição de 1891, novamente a família não foi elemento central a ser regulado. No entanto, nessa época introduziu-se a tendência de se retirar a Igreja Católica do controle jurídico do casamento. Cumpre-se registrar ainda que, nesse período houve a proposta de Emenda Constitucional, por Pinheiro Guedes que buscava identificar a entidade familiar como base da sociedade e estabelecer direitos e deveres para os cônjuges nos casos e pela forma prevista em lei²⁴, o que já salientava o início da futura transformação dos aspectos da família.

²⁴ ROURE, Agenor. *A constituinte republicana*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. v. 2, p. 512-513.

Torna-se indiscutível, portanto, que a segunda Constituição Brasileira terminou sua vigência sem se referir ao campo social, principalmente no que se referia à proteção da família brasileira, principalmente em decorrência dos ideários liberal-clássicos e não intervencionistas.

Posteriormente, já no início do século XX, o cenário internacional vivia tempos conturbados. Somente na primeira década, eclodiu a revolução do México (1910), originando a Constituição Mexicana de 1917, voltada à ordem econômico-social; a Primeira Guerra Mundial (1914-1918); a Revolução Russa (1917); a Grande Depressão dos EUA, devido ao crash da Bolsa de Nova York (1929) e o surgimento do New Deal. Na Itália, houve a consolidação do fascismo, sob liderança de Mussolini e a República de Weimar mostrou sinais de enfraquecimento, permitindo o início da ascensão ao poder de Adolf Hitler.

Em relação ao contexto nacional, no Brasil, influenciado pelos acontecimentos conturbados das circunstâncias a que se encontrava o mundo, em 3 de outubro de 1930, despontava uma revolução, historicamente conhecida como “Revolução de 1930”, pondo fim ao período da Primeira República e, conseqüentemente, extinguindo com o modelo liberal puro, em decorrência do clamor por uma nova ordem política, econômica e social, que as transformações mundiais impuseram.

Assim, na Constituição da República de 1934, a família começou a ser tratada em diversos dispositivos, de forma que, apesar de o conceito central não restar delimitado, determinou-se o ato pelo qual seria formado e a indissolubilidade do casamento. Já a Constituição da República de 1937, abordava o tema sobre a preocupação de educar a prole com a promessa da colaboração estatal; da questão da igualdade de incumbência dos pais, entre os filhos naturais em relação aos legítimos e firmou posicionamento no sentido de conceder garantias especiais à infância e juventude, como vida digna. Entretanto, deixou de regular a questão de se estender os efeitos civis ao casamento religioso, o que somente veio a ocorrer por causa da Lei nº 379/37.

Outro abalo no cenário internacional ocorreu com a Segunda Guerra Mundial. Com seu término e a vitória dos aliados, os governos ditatoriais foram desestabilizados e uma nova preocupação com os Direitos Humanos foi gradualmente aumentando. O mesmo fenômeno foi verificado no Brasil, podendo-se citar como

motivos do descrédito no chefe do Governo do Estado Novo, a outorga da Constituição não submetida a um plebiscito nacional e a não convocação de eleições, para o Poder Legislativo Federal, entre outros.

A Constituição da República de 1946 em quase nada inovou em relação a entidade familiar. Ao analisá-la, verifica-se que houve a manutenção do casamento civil, ainda indissolúvel, como ato preponderante da sociedade conjugal e que garantia a possibilidade de estender os efeitos civis ao casamento religioso.

Posteriormente, com o golpe militar de 1964, foi promulgada, em 27 de janeiro de 1967, uma nova Constituição. Esta, por sua vez, demonstrava nítido caráter autoritário que visava garantir, aos detentores do poder federal à época, o exercício do poder político e a sua perpetuação, não havendo preocupação com o tema “família” que fora reduzido a apenas um único artigo e quatro parágrafos, mantendo os direitos já previstos na Constituição anterior.

Uma das poucas menções a entidade familiar foi a Emenda Constitucional nº 1/69 que preservou o entendimento da fixação da forma de constituição familiar pelo casamento civil, sem a possibilidade de dissolução, como o fundamento desse sistema, não se preocupando em conceituar precisamente a entidade familiar para o direito fundamental.

O governo revolucionário, após as eleições gerais parlamentares, percebendo a perda da maioria do apoio político no Congresso Nacional, tanto na Câmara dos Deputados Federais, quanto no Senado, tomou a iniciativa de alterar a norma constitucional posta, de tal forma que as subseqüentes alterações constitucionais, fossem concretizadas apenas com a maioria absoluta dos votos no Congresso Nacional. Nesse cenário, então, foi proposta pelos senadores Acioly Filho e Nelson Carneiro nova alteração na norma constitucional. Apresentaram emenda constitucional, que recebeu o nº 09/77 que dava nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição da República de 1969, a qual não só suprimia o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, mas também estabelecia os parâmetros da dissolução, determinando a regulamentação para as vias de legislação ordinária.

Mesmo após todo o debate, em âmbito nacional, com ferrenha oposição da Igreja Católica, a Emenda Constitucional nº 9/77 foi aprovada, sendo posteriormente objeto de regulamentação, por meio de lei ordinária federal nº 6.515/77, a Lei do

Divórcio. Desse modo, a Lei do Divórcio concedeu a possibilidade de extinção da sociedade conjugal, com permissão para novo casamento, todavia, somente por uma vez²⁵. O desquite deu lugar à separação, que continuou sendo um estágio intermediário da dissolução da sociedade conjugal até a obtenção do divórcio. Apenas com o advento da Constituição da República Federativa de 1988, que o divórcio passou a ser permitido mais de uma vez.

1.6 A família na Constituição da República de 1988.

Após mais de duas décadas de governo militar, iniciou-se, no Brasil, uma nova fase política em que advieram medidas inovadoras. Um dos méritos desse governo residiu na nomeação de uma Comissão Nacional Constituinte, que se constituiu em foro de debates sobre os temas constitucionais, sendo encaminhado ao Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional, que teve como objeto à convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, que fora aprovada sob o número 26, promulgada em 27 de novembro de 1985.

Instalada a Assembleia Nacional Constituinte de 1987, verificou-se uma alteração substancial na estrutura do texto constitucional, uma vez que nas Constituições predecessoras, o tratamento dispensado ao Estado antecedia na ordem de disposições normativas constitucionais, ao tratamento conferido aos direitos individuais.

Assim, o texto constitucional foi um marco de grande mudança no tratamento da entidade familiar. A valorização da Dignidade Humana e a evolução da própria sociedade passam a exigir uma nova interpretação dos elementos de Direito Privado, começando um processo de constitucionalização do Direito Civil, ou seja, “o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”²⁶.

²⁵ Art. 38, Lei nº 6.515/77: “O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez” (BRASIL, 1977).

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do direito civil*. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199.

Com esse fenômeno, tornou-se necessária a releitura dos preceitos estabelecidos pelo Código Civil de 1916, a fim de que se adequassem e viabilizassem as relações jurídicas privadas patrimoniais, visando à efetividade dos direitos essenciais ao indivíduo e o atendimento da vontade geral. Há, portanto, a mudança de um caráter individualista e patrimonialista, presente no Código Civil de 1916, por um caráter social, garantido pela inserção de princípios e regras constitucionais e pelo anseio de proteção à Dignidade Humana.

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988, instituindo um modelo democrático de família, estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro a ideia de igualdade entre os cônjuges e filhos, as liberdades e as garantias da mulher, a autonomia individual, enfim, a observância da dignidade de todos os membros da família. Essas mudanças provieram principalmente pelo fato da Constituição da República de 1988 estabelecer a base da República na Dignidade Humana, elegendo o indivíduo como objeto de tutela do ordenamento jurídico. Além disso, a Constituição de 1988 ampara o princípio da solidariedade, o qual será abordado posteriormente nesta dissertação.

Dessa forma, a família deixou de ser um instituto em si mesmo e passou a ser valorizada e tutelada como um núcleo, por meio do qual os indivíduos envolvidos desenvolvem sua personalidade e promovem suas dignidades. Por conseguinte, com a Constituição da República de 1988, o conceito de família alterou-se, passando a significar um organismo social que merece ser tutelada à medida que promove o desenvolvimento de seus membros. De acordo com Perlingieri, esse novo significado, ou seja, a família como ambiente para o desenvolvimento do sujeito e não apenas como uma instituição para a procriação ou manutenção do patrimônio, passou a ser protegido constitucionalmente em decorrência da realização das exigências humanas. Verificou-se, portanto que essas duas definições se completavam, uma vez que a família só seria protegida em função da pessoa que, por sua vez, só seria resguardada, desde que não demonstrasse tendências desagregadoras do núcleo familiar.

A família como formação social como “sociedade natural” é garantida pela Constituição (art. 29, §1) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa (art. 2º Const.). A família é valor

constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contradição aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana; ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem²⁷.

Da mesma forma, o casamento deixou de ser o único bem jurídico tutelado, incluindo a família na proteção Estatal²⁸. Na Constituição da República de 1988, a denominada união estável foi considerada como categoria de entidade familiar, regulando as uniões informais, já presentes na sociedade, facilitando, inclusive, sua conversão ao casamento.

Outro fato é que nesse documento normativo, não só a família monoparental, àquela formada apenas por um dos pais e seus descendentes, foi regulada, como também abarcou, apesar de não existir legislação específica dessas entidades familiares, as entidades plurilaterais, ou também chamadas de famílias mosaico, em que se estabelece a entidade familiar, a partir da união de pessoas que possuem um ou mais filhos de relacionamentos anteriores, que sejam casados ou convivam em união estável, as famílias homoafetivas e, como será demonstrado no presente estudo, da própria família poliafetiva.

Assim, verifica-se que a família patriarcal, que antes vigorava como modelo de entidade familiar, é substituída pelo modelo de entidade familiar democrática, plural, socioafetiva, inspirada nos valores constitucionais da isonomia, solidariedade e dignidade humana, cada vez mais destinada à promoção da felicidade de seus membros, ou seja, substituiu-se pela família eudonista.

Conforme preleciona Maria Berenice Dias, o chamado “eudonismo” refere-se à doutrina que visa a busca pela felicidade do indivíduo. Assim, tendo a Constituição da República absorvido o princípio eudonista, através de uma maior proteção da

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Estado democrático de direito*. In: _____. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 244-245.

²⁸ Esse fato pode ser demonstrado a partir da leitura do artigo 226 e seus §§ 3º e 4º:

Art. 226 da CR/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

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

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988).

pessoa humana, alterou-se a forma de proteção jurídica à família, deslocando-a da instituição para o sujeito²⁹.

Ainda que não esteja consagrado constitucionalmente, ninguém duvida que é um direito fundamental. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos, assegurar o direito à liberdade e à igualdade e de garantir o respeito à dignidade de cada um. Assim, mesmo não expresso explicitamente na Constituição Federal, o direito à felicidade existe e precisa ser assegurado a todos. Não só pelo Estado, mas por cada um, que além de buscar a própria felicidade, precisa tomar consciência que se trata de direito fundamental do cidadão, de todos eles³⁰.

Considerando a felicidade como um Direito Fundamental do ser humano, deve o Estado garantir a possibilidade do desenvolvimento do indivíduo no âmbito da entidade familiar. Nesse contexto, assinala Fachin:

Sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade³¹.

No entanto, apesar dessas mudanças marcantes na sociedade, algumas questões permaneceram atrasadas e sem a regulamentação devida. Apesar da Constituição vigente pregar o pluralismo da entidade familiar, o casamento e a união estável continuaram restringidos ao vínculo entre duas pessoas de gêneros diferentes, pondo à margem as relações poliafetivas e homoafetivas.

Essa proteção de algumas formações familiares em detrimento de outras, como se verifica em relação às famílias expressamente previstas no corpo da Constituição da República de 1988, simplesmente pelo fato de se optar em constituir a entidade familiar por meio da celebração de um ato formal, é manifesto ato contrário aos ideários constitucionais, uma vez que viola o princípio da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF) e o princípio da igualdade (artigo 5º da CF), na medida em que constitui status de validade a uma determinada entidade e, mesmo constrariando a vontade da sociedade, denega às outras, sem uma justificativa plausível.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – princípios do direito de família. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.233.

³⁰ Idem, 2012.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31-32.

Sobre esse aspecto preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] é inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer que não seja extraído delas mesmas³².

Apesar de cada entidade ter suas peculiaridades, isso não se torna motivo para que uma entidade se sobreponha à outra, devendo respeitar o princípio da igualdade. Assim, cada pessoa deve ter liberdade em escolher a forma como pretende constituir sua família, não podendo incidir restrições em seus direitos. Como afirma Paulo Luiz Netto Lôbo, a liberdade é reconhecida constitucionalmente por ser considerada como forma de concreção do princípio da dignidade humana, não podendo o legislador determinar quais serão amparadas³³.

Não se pode afirmar, portanto, que a regra contida no § 3º do artigo 226 da Constituição da República de 1988 defenda a prioridade do casamento em detrimento das demais formas de entidades familiar. Trata-se de mera forma de formalizar a relação daqueles que optaram pela formação de sua entidade familiar, sob égide informal. Sobre este fato, o autor em comento analisa:

[...] configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como uma norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra³⁴.

Com o mesmo entendimento, Tepedino afirma em sua obra que o objetivo do legislador constituinte não foi criar uma relação hierárquica entre as entidades familiares, mas prever todo um conjunto de famílias, todas em igualdade de situação,

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29-30.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionais: para além do numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 12, p. 43, 2002.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto, op cit., 2002.

de modo que pudessem ser abarcadas pelos regimes jurídicos peculiares das relações formais³⁵.

A nova forma de interpretação imposta pela sociedade, em relação ao alcance dos princípios e regras constitucionais, principalmente no que se refere ao artigo 226 da Constituição da República, conduzem ainda à conclusão da superação de *numerus clausus* do mesmo dispositivo legal, ainda que uma parte da doutrina nacional ainda afirme esta teoria.

Analisando o caput artigo 226 da Constituição da República de 1988 conjuntamente com seus §§ 4º e 8º, verifica-se que se tratam de cláusulas de inclusão expressas. O caput do artigo 226, do mesmo diploma legal, por não conter a expressão “constituída pelo casamento”, cláusula de exclusão presente nas Constituições anteriores, impossibilita a discriminação de qualquer entidade familiar, que cumpra os requisitos mínimos de afetividade, notoriedade e estabilidade, estes determinados pela própria sociedade. Da mesma forma, o § 4º do artigo em comento, ao utilizar-se da expressão “também”, permite que se subentenda a existência de outras espécies de família não previstas expressamente.

Por fim, o § 8º da mesma disposição legal, assim como o artigo 227 da Constituição da República garantem a proteção estatal da Família, não apenas pela instituição, como foi feito pelas Constituições anteriores, mas sim, na tentativa de proteção aos indivíduos integrantes da mesma. Consequentemente, a família adquiriu a natureza jurídica de grupo social fundado em vínculos de afeto.

Além disso, inferem-se algumas referências afirmativas do princípio da efetividade, que evidenciam as transformações sociais da família como o reconhecimento e igualdade dos filhos tidos fora do casamento (art. 227, § 6º da CRFB), possibilidade de adoção (art. 227, §§ 5º e 6º da CRFB), o reconhecimento da família monoparental (art. 226, § 4º da CRFB) e a possibilidade de dissolução da união estável e do casamento, quando o laço de afetividade existente desaparece (art. 226, §§ 3º e 6º da CRFB).

Em relação ao vínculo de afetividade existente, resultado dos anseios sociais e da construção dos costumes, deve ser avaliado, conforme a realidade fática da

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 356.

sociedade, caracterizando a família a partir da existência do afeto como liame, motivo e objetivo de uma relação ou comunidade.

A uma norma constitucional deve ser atribuída o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)³⁶.

Observa-se, portanto, que o artigo 226 da Constituição da República de 1988 não é cláusula restritiva, mas abrange todas as entidades familiares, tendo em vista que fornece maior eficácia ao princípio da “especial proteção do Estado” mencionado no caput do dispositivo constitucional e de realização da dignidade pessoal “de cada um dos que a integram” estatuída no § 8º daquele artigo.

No mesmo sentido, tem-se verificado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual vem afirmando em suas decisões um conceito ampliado e inclusivo de família, tomando como base o princípio da Dignidade Humana e reconhecendo, como mencionado, qualquer comunidade como entidade familiar, desde que presente os requisitos mínimos.

Assim, analisando o intuito constitucional em abranger na proteção estatal, as entidades formadas por meio de um vínculo de afeto, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, expandiu, ainda mais, o conceito de entidade familiar, ao considerar a união estável homoafetiva como espécie de entidade familiar, garantindo aos envolvidos todos os direitos que se sucedem da união estável heterossexual. Demonstra-se, assim, que o Direito não pode desconsiderar as manifestações fáticas e, conseqüentemente, deve reconhecer as famílias poliafetivas. A proteção da igualdade entre os gêneros, a proteção das famílias formadas por vínculos afetivos, o respeito à Dignidade Humana, à solidariedade, à liberdade e aos Direitos Humanos, são fatores que impõem o reconhecimento dessa entidade familiar.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.224.

1.7 A família e o Código Civil de 2002

Por fim, resta analisar o Código Civil de 2002. Este Código incorporou em seu teor as mudanças da atual Constituição da República de 1988, introduzindo, ainda algumas modificações na conceituação e tratativa do casamento, união estável e o chamado concubinato. A partir da análise, verifica-se que o atual Código Civil cedeu uma área (Livro IV) exclusiva para tratar da família, em que é abordado direito pessoal, seguindo referência ao direito patrimonial, à união estável, à tutela e à curatela.

Primeiramente, com relação ao casamento, o Código vigente trouxe mudanças em relação ao efeito jurídico desse procedimento formal. Destaca-se a definição deste, como núcleo de comunhão plena de vida, que se fundamenta na igualdade de deveres e direitos entre cônjuges, fato que diverge das disposições do Código anterior, se adequando ao princípio constitucional da igualdade. Ainda levando em consideração a igualdade, verifica-se a redução da idade núbil, com a redução para dezesseis anos, e a igual redução da maioridade civil para dezoito anos, para a dispensa da autorização dos pais ou responsável legais. No que diz respeito aos impedimentos matrimoniais, foram introduzidos novos atos, que são considerados como causas de nulidade ou de anulação e não mais como causas de impedir a realização do ato. A consequência penalizadora do casamento, celebrado com infração às referidas causas suspensivas, encontra-se prevista no art. 1.641 inc. I, cuja disposição assemelha-se às contidas nos revogados artigos 226 e 258, § único, inc. I do Código Civil anterior.

Outra mudança refere-se ao procedimento de dissolução da sociedade conjugal, em que as disposições sobre as causas, espécies e requisitos, retornaram a ser reguladas pelo Novo Código Civil, persistindo aquelas de cunho processual, que continuam a ser reguladas pela Lei do Divórcio. Também houve mudança, introduzida pela Lei nº 10.406/02, em relação à separação judicial consensual, cujo o requisito de lapso temporal do casamento foi reduzido, passando a ser de um ano.

Quanto ao rol exemplificativo enunciado no artigo 1.573 e seu parágrafo único da codificação civil vigente, em relação à separação judicial por culpa, derivada de grave violação a deveres conjugais, embora ampliado em relação ao revogado art. 317 do Código de 1916, não trouxe qualquer novidade, uma vez que já estavam

compreendidos nas previsões genéricas de conduta desonrosa e grave violação dos deveres conjugais, a teor do art. 5º da Lei do Divórcio.

No tocante à separação judicial sem culpa, na atual legislação civil de 2002, mantiveram-se as duas hipóteses objetivas que a fundamentam: doença mental grave, de cura improvável, manifestada após o casamento e que perdure por mais de dois anos (não mais por cinco anos, conforme estabelecia a Lei nº 6.515/77); e a ruptura da vida em comum por mais de um ano com a impossibilidade de sua reconstituição. Deve-se, no entanto, observar que não é mais aplicada a chamada “cláusula da dureza”, prevista no art. 6º da Lei do Divórcio. Dessa forma, a existência de qualquer uma das situações objetivas previstas no Código Civil de 2002, torna-se suficiente para a decretação da separação judicial. Outra modificação introduzida refere-se ao efeito patrimonial da separação sem culpa prevista no art. 5º, § 3º da Lei nº 6.515/77, que pela legislação civil atual restringe-se ao caso de separação requerida por motivo de doença mental (art. 1.572, § 3º). O Código Civil atual manteve as formas previstas na Lei de Divórcio, afastando a exigência de prévia partilha de bens, para conversão da separação judicial em divórcio, que outrora fora motivo de celeuma jurisprudencial, parcialmente pacificada pelo entendimento adotado na Súmula nº 197 do STJ³⁷.

Houve também a alteração no novo Código em relação ao nome da mulher, em que foi ampliado o direito da manutenção do nome adotado pelo cônjuge, no momento do casamento e que passou a fazer parte do seu direito de personalidade. Outra novidade do Código Civil em vigência consiste no ponto relativo à proteção da pessoa dos filhos. De acordo com seu artigo 1.584, a guarda dos filhos deve ser atribuída “a quem revelar melhores condições para exercê-la”. Nota-se a preocupação do legislador não mais atrelada ao critério da culpa na separação, mas à condição pessoal do guardião, ou seja, na capacidade material e moral para assistência e educação da prole, o que não implica, obviamente, na prevalência do aspecto puramente econômico entre os pais, já que a legislação prevê a entrega dos filhos a terceiros, observado o grau de parentesco, afinidade e afetividade.

No que se refere ao regime de bens, o novo Código Civil foi meio de grande mudança, uma vez que, a título de ilustração, introduziu a extinção do regime dotal, o

³⁷ Súmula nº 197 do STJ: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”.

estabelecimento do regime de participação final nos aquestos e a previsão de alteração do regime de bens no curso do casamento. No entanto, em relação ao regime de separação de bens de natureza obrigatória devido à idade do nubente, em que pese ter o novo Código igualado a idade entre os sexos em 60 anos, lamentavelmente o legislador manteve a orientação restritiva à liberdade de escolha do regime de bens para pessoas plenamente capazes para todos os demais atos da vida civil.

Em relação à união estável, o Código Civil de 2002 revogou as duas leis que antes eram destaque na regulamentação desta entidade: a Lei nº 8971/94 e Lei nº 9.278/96, incluindo a matéria por elas reguladas em seu Título III do Livro IV, arts. 1.723 a 1.727 e disposições esparsas em outros capítulos, com referência à obrigação alimentar (art. 1.694) e ao direito sucessório do companheiro (art. 1.790).

Em breve panorama sobre a união estável no novo Código Civil tem-se que a conceituação da união estável, dada pelo art. 1º da Lei nº 9.278/96, permaneceu inalterada, pelo novo Códex em seu conteúdo.

Prevê o art. 1.723 do novo ordenamento: “[...] é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família”³⁸.

Verifica-se, portanto, que o dispositivo legal não faz qualquer menção sobre o lapso temporal necessário para a sua configuração. Observa-se, ainda, que não há limitação da quantidade de envolvidos nesse núcleo familiar, mas apenas um reforço ao posicionamento daqueles que, em apego à interpretação literal, negaram reconhecimento às uniões homoafetivas como entidade familiar, que, com a ajuda da jurisprudência e dos anseios sociais, encontra-se ultrapassado e incondizente com a realidade da sociedade brasileira.

Prosseguindo, o parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal estabelece impedimento matrimonial entre parceiros ao mandar aplicar o artigo 1.521 daquele diploma legal. Em sua segunda parte, resolve tormentosa questão relativa ao estado

³⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

civil dos companheiros, no qual exclui a incidência do artigo 1.521 inciso VI do Código Civil.

O artigo 1.724 do Código Civil de 2002 estabelece os deveres de lealdade, respeito e assistência, guarda, sustento e educação da prole para os companheiros. Em se comparando aos direitos e deveres dos casados, exsurge que, para os companheiros aplica-se o dever de lealdade, de maneira símile ao dever de fidelidade dos cônjuges e que não há dever de coabitação para os companheiros, o que se exige para os casados.

Quanto ao aspecto patrimonial, praticamente igualou-se ao casamento, por se sujeitar ao regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725). Neste aspecto, a situação é similar ao disposto no artigo 5º da Lei nº 9.278/96, embora se fale em condomínio e não se apliquem outras regras referentes à comunhão parcial de bens. Em relação aos alimentos, o artigo 1.724 do Código Civil repetiu o preceito do artigo 2º da Lei nº 9.278/96, inovando apenas na previsão de alimentos em caso de evidenciada a culpa da dissolução, em decorrência do princípio do mínimo para sobrevivência, estatuído no artigo 1.694, parágrafo 2º. No plano sucessório, o atual Código Civil trata do direito do companheiro sobrevivente no artigo 1.790.

Em relação à família monoparental, esta não é expressamente regulamentada pelo Código Civil, tendo previsões esparsas por este Códex como é o caso dos artigos 1.567 e 1.716.

Em relação às novas entidades familiares, formadas pela pluralidade de vínculos de afeto, o ordenamento jurídico, por ainda conter pensamentos retrógados em relação ao desenvolvimento das relações sociais, não são regulados e, como é o caso das famílias paralelas e poliafetivas, neste trabalho consideradas como espécie de entidades familiares de múltiplo vínculo afetivo, muitas vezes não são reconhecidas pela legislação infraconstitucional, sob o pretexto de ferir o princípio da monogamia e de desincentivar a formação de limites definidos entre as entidades familiares.

No entanto, como se irá verificar, o reconhecimento constitucional da família poliafetiva é totalmente viável. Dessa forma, torna-se necessário o entendimento sobre essa nova entidade familiar, analisando a delimitação de seu conceito, suas espécies, formação e sua adequação aos princípios constitucionais inerentes ao Direito de família.

2 AS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, FORMAÇÃO, CENÁRIO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.

Parte da doutrina pátria e dos operadores do Direito têm apresentado dificuldades em aceitar as múltiplas formações familiares, principalmente no que se refere à família de múltiplos vínculos de afeto, em face de sua não convencionalidade ao modelo tradicional familiar, pronunciando-se, assim, pelo não reconhecimento dos direitos aos indivíduos participantes.

Esses doutrinadores e juristas fundamentam seus argumentos a partir da imposição do princípio da monogamia, afirmando que esta espécie de organização familiar é a única admitida pelo sistema jurídico brasileiro. Trata-se de um grande equívoco. Apesar de a família monogâmica ser elemento da cultura majoritária, esta não pode ser considerada como a única espécie de entidade familiar, de forma que a família constituída por múltiplos vínculos de afeto, dentre outras possibilidades de organização familiar, tem se destacado como uma das alternativas possíveis na sociedade.

Não se pode negar a rápida transformação social das entidades familiares. Assim, posturas conservadoras e retrógradas não devem permanecer na regulamentação da Família.

O desenvolvimento cultural, científico, tecnológico, econômico e a introdução da mulher no mercado de trabalho impulsionaram modificações significantes na família, razão pela qual sua antiga imagem como núcleo patriarcal, hierárquico e patrimonial restou ultrapassada definitivamente, sendo substituída por uma vasta gama de novos tipos de famílias, realidade social que não pode ser ignorada pelo Direito.

Diante dessa resistência à modificação das entidades e instituições do Direito, necessário se faz neste capítulo, a análise do panorama jurídico das famílias poliafetivas no Brasil, sua formação, conceito, espécies, seus entraves e as dificuldades dos grupos que a adota em sua formação, na sociedade atual. Nessa

parte, ainda será abordado o princípio da monogamia, sua natureza jurídica, a fim de ressaltar a possibilidade da organização familiar não monogâmica, com direitos equiparados à união estável.

Serão apresentados, ainda, os principais argumentos utilizados pela jurisprudência pátria para reconhecer ou não essas entidades, principalmente do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, um dos primeiros tribunais a reconhecer a efetividade das relações poliafetivas.

2.1 A formação das famílias poliafetivas

A origem dessa entidade familiar, para alguns autores, é atribuída ao que Engels, em sua obra, descreveu dos estudos de Morgan, como sendo o estágio inicial da família, isto é, a fase do matrimônio por grupos³⁹, em que todos os homens e todas as mulheres de determinada comunidade eram considerados casados uns com os outros e o ciúme e a possessividade eram minimizados. Outros atribuem a origem dessas entidades familiares a Henrique VIII, rei da Inglaterra no período de 1509 a 1547, em decorrência de seus seis casamentos, fato considerado inusitado e imoral à época.

Pode-se considerar que no Brasil, as entidades familiares de múltiplos vínculos afetivos sempre existiram. Na época Brasil Colônia, era possível verificar a formação de entidades familiares entre os colonos e o povo nativo. No entanto, deve-se ressaltar que muitos portugueses, além de manterem o casamento com a esposa branca na Europa, mantinha relacionamento com várias integrantes do povo nativo.

Para outro exemplo, pode-se citar o caso de Dom Pedro I que, apesar de casado com Leopoldina de Habsburgo, escandalizava o povo da época ao sustentar seu caso extraconjugal, sem qualquer preocupação de encobrir a companheira ou sustentar a imagem de uma autoridade respeitável. D. Pedro I inquietava a opinião pública ao conceder à sua convivente, Domitila de Castro Canto e Melo, o título de viscondessa e posteriormente Marquesa de Santos⁴⁰.

³⁹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 31.

⁴⁰ Para maiores esclarecimentos, verificar em: RANGEL, Alberto. *Dom Pedro I e a marquesa de Santos*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1969.

Analisando-se a evolução histórica da família brasileira, verificou-se que o vínculo de afeto nem sempre foi utilizado como elemento essencial da formação familiar. No início, o casamento não exigia qualquer estima entre os envolvidos, sendo apenas um meio para a procriação e manutenção do patrimônio.

Somente por volta do século XX que houve a introdução, na sociedade, da ideia de “amor romântico”, estabelecendo um contexto propício para o surgimento de novas formas de relações sociais, que tivessem como liame mais de um vínculo de afeto, desvinculando a sexualidade da procriação e valorizando a autonomia privada, o que implicou na formação de relacionamentos fora do padrão heterossexual, monogâmico e matrimonial. A partir desse momento, propiciou-se a adoção de novos estilos de vida, sendo um deles, a entidade com pluralidade de vínculos afetivos (poliafetiva). Assim, a família poliafetiva consiste em uma realidade social que pugna pela afirmação de seu reconhecimento e de sua proteção, pelo Estado.

Diante desse contexto, surgiram estilos de vida alternativos, que tinham como base movimentos sociais que exigiam direitos civis, a emancipação da mulher, o reconhecimento da sexualidade feminina e da homossexualidade, o aumento do divórcio, dentre outros. Esses movimentos transformadores, em muito influenciaram para a formação do poliamor, uma vez que passaram a questionar a supremacia de uma determinada cultura ou ideal sobre o outro, associadas às relações românticas e sexuais, especialmente, em relação ao padrão heterônomo-normativo e à forma como este estabelece previamente o autoentendimento do sujeito.

Verifica-se que a origem da entidade poliafetiva vincula-se ao ideário da libertação sexual, se fortalecendo principalmente na década de 1990.

Nesse contexto, afirma Sandra Elisa de Freire:

A partir da década de 1990, o poliamor começou a ganhar maior visibilidade nos Estados Unidos. No Brasil, ainda que de modo discreto, o poliamor começa a ganhar visibilidade na última década; não apenas nas redes sociais, mas também no âmbito jurídico. Recentemente, na cidade de Tupã – SP, o jurista Natanael dos Santos Batista Júnior orientou duas mulheres e um homem, que já viviam juntos há três anos, na elaboração de documento que traz regras que correspondem ao direito patrimonial no caso de uma fatalidade, uma maneira de assegurar o direito deles. Esta foi chamada, por ele, de União Poliafetiva. De acordo com o jurista, a escritura pública visa dar proteção às relações não monogâmicas, além de buscar o respeito e a aceitação social dessa estrutura familiar. Para ele, o mais importante do

registro da escritura de união Poliafetiva é tornar visível a possibilidade de se pensar outras estruturas familiares (União entre três pessoas)⁴¹.

Assim, a entidade familiar poliafetiva consiste em formas de famílias aceitas na realidade da sociedade do país, pautadas pelo afeto, mas que ainda se encontram marginalizadas no ordenamento jurídico.

2.2 Conceito de poliamor e poliafetividade

A palavra “poliamor” advém da junção da palavra grega *poli* que significa muitos ou diversos, e a palavra do latim *amore*, que significa amor. Assim, a palavra poliamor significa muitos amores ou amor por várias pessoas.

Consequentemente, as entidades poliamorosas referem-se àquelas relações em que existe mais de um vínculo de afeto, ou seja, uma relação que envolva três ou mais indivíduos que, independente do gênero e da quantidade de envolvidos, estabeleçam determinada relação com base na transparência, concordância e igualdade.

Sobre esse tema, definem Antônio Cedreira Pilão e Mirian Goldenberg que “poliamor é um nome dado à possibilidade de se estabelecer mais de uma relação amorosa ao mesmo tempo com a concordância de todos os envolvidos”⁴², destacando que “os elementos que justificam a opção pelo poliamor, assim como, que permitem diferenciar e hierarquizar as diversas modalidades de conjugalidade são os valores de liberdade, igualdade, honestidade e amor”⁴³.

Deve-se citar também a definição de Regina Navarro Lins, para quem o Poliamor consiste em uma relação interpessoal, a qual se dá como um modo de vida, em que esta prática revela uma perspectiva sustentável de se estar envolvido com múltiplos parceiros simultaneamente de forma responsável, com intimidade profunda

⁴¹ FREIRE, Sandra Elisa. *Poliamor: uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos*. 2013. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013. p. 20.

⁴² PILÃO, Antônio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. *Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias*. Revista Ártemis, João Pessoa, v. 13, p. 62, jun. 2012.

⁴³ Ibidem, p. 68.

e porventura, duradoura⁴⁴. Não há nenhuma outra possibilidade do Poliamor ser praticado senão, de forma interpessoal.

Assim, uma primeira distinção a ser feita em relação à limitação do conceito refere-se à diferença entre a entidade concebida no poliamor e a poliafetividade. Enquanto que a primeira se refere a uma relação não monogâmica estabelecida em simultaneidade entre três ou mais pessoas, a poliafetividade, apesar de decorrer do poliamor, como uma espécie, refere-se à formação familiar constituída de três ou mais pessoas, que anseiam a formação de um núcleo familiar, a ser instituído com base na afetividade, boa fé e solidariedade, partilhando objetivos comuns.

Dessa forma, conclui-se que nem toda relação proveniente do poliamor terá aptidão de ser considerada como família legítima, uma vez que ausente o anseio de formação de núcleo familiar entre os envolvidos.

Outra distinção que se torna necessária, refere-se à diferença existente entre as famílias poliafetivas e as famílias paralelas ou também chamadas de simultâneas. Por serem entidade familiar de múltiplos vínculos de afeto, essas entidades familiares em muito se assemelham, de forma que muitos juristas ainda as confundem. Assim, torna-se importante ressaltar a principal diferença entre referidas entidades.

Enquanto a entidade poliafetiva refere-se à formação de um único núcleo familiar, formado por três ou mais indivíduos, em que todos concordam e seguem as regras estabelecidas do relacionamento; a família simultânea refere-se à situação fática, em que um indivíduo é fator comum de dois núcleos familiares, sem que os envolvidos de um núcleo tenham conhecimento pleno do outro núcleo familiar.

Verifica-se, como ponto em comum dessa entidade de múltiplo vínculo de afeto a presença da autonomia privada e a defesa da Dignidade Humana.

Sobre esses aspectos Pelingiere afirma:

[...] poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.

Na base desta concepção reside, freqüentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais

⁴⁴ LINS, Regina Navarro. *A cama na varanda*: arejando nossas ideias a respeito do amor e sexo: novas tendências. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007. p. 327.

precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum⁴⁵.

Assim, os indivíduos integrantes da entidade familiar em análise tem o poder de controlar e coordenar suas vidas da forma que desejar, uma vez que o Estado, a partir da Carta Magna de 1988, concedeu o poder e a liberdade de exercer suas vontades, sem que haja a interferência deste Órgão.

Delimitado e definido o conceito de famílias poliafetivas formadas por múltiplos vínculos de afeto, passa-se a análise das possíveis espécies e subespécies dessas entidades.

2.3 Espécies de entidade poliafetivas

A família poliafetiva consiste, como já mencionado, na espécie de entidade familiar formada por mais de duas pessoas, que passam a ter uma determinada intimidade, com uma interação afetiva que dispensa a exclusividade entre um homem e uma mulher, mas permite a interação de mais indivíduos nessa relação, caracterizando padrão fora da vida conjugal tradicional.

As partes neste tipo família buscam o equilíbrio e igualdade entre a liberdade e o amor dos participantes, vivendo todos em busca da efetividade dos princípios, resultados da vontade geral da sociedade, e da realização pessoal, cujo somatório se afasta em relação ao princípio da monogamia, mas se aproxima da pluralidade de entidades familiares, prevista na Constituição da República em vigência.

Este entendimento foi afirmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal (STF), após a decisão da ADPF nº 132/RJ e ADIN nº 4.277/DF, em que se reconheceu a família homoafetiva, acabando com qualquer processo social discriminatório.

A entidade poliafetiva, doutrinariamente, pode ser dividida em várias formas e subespécies, de maneira que cada autor apresentará uma determinada divisão. Nesse contexto, Pilão e Goldenberg apresentam em sua teoria apenas três subespécies, senão vejamos:

⁴⁵ PELINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.

No blog Poliamores, são apresentadas algumas possibilidades de relações poliamoristas. O “casamento em grupo” ou “relação em grupo”, quando todos os membros têm relações amorosas entre si. A “rede de relacionamentos interconectados”, quando cada um tem relacionamentos poliamoristas distintos dos parceiros, ou seja, os namorados de uma pessoa não o são entre si. Há, ainda, as “relações mono/poli”, quando um dos parceiros é poliamorista e o outro é monogâmico. O poliamorista mantém relacionamentos paralelos enquanto o monogâmico, por opção, tem só um parceiro. Os três modelos acima citados se dividem em “aberto” e “fechado”. No primeiro caso, está colocada a possibilidade de novos amores e, no segundo, é praticada a polifidelidade, restringindo as experiências amorosas⁴⁶.

Já Elisa de Freire apresenta outras subdivisões:

[...] Estas formas incluem: (1) Primário – casal em uma relação primária concorda em buscar outros relacionamentos, podendo desenvolver relações profundas e sérias ou terem amantes ocasionais; (2) Tríade – três pessoas desenvolvem uma relação de compromisso íntimo. É mais frequentemente formada quando um casal já existe e inclui uma terceira pessoa; e (3) Casamento grupal ou poli-família - Três ou mais pessoas formam um coeso sistema de relacionamento íntimo. Eles podem ter exclusividade sexual entre os participantes do grupo (isto é chamado polifidelidade) ou podem concordar com as condições em relação a ter parceiros fora do grupo. Ve Ard e Veaux (2003) acrescentam outras possíveis configurações poli, a saber: (1) Poli Solteiros – pessoas que não estão envolvidas em qualquer relacionamento, mas acreditam no conceito de poliamor, e nutrem a esperança de incorporá-lo nos relacionamentos futuros que possam ter; (2) Família expandida ou intencional– relação em que três ou mais parceiros conscientemente escolheu uns aos outros como família, podendo ou não viver juntos, possuindo a liberdade de se relacionar sexualmente com todos os membros envolvidos, entretanto este não se constitui um requisito para ser membro⁴⁷.

No entanto, as principais classificações da família poliafetiva são: Poliamor platônico, ou também chamado de não sexual; a polifidelidade; o poliamor aberto e o poliamor mono/poli.

Em relação à definição das espécies, o poliamor platônico refere-se ao amor apenas idealizado, sem o intuito sexual por mais de uma pessoa. A segunda espécie refere-se ao relacionamento em que há a participação em relacionamentos amorosos e sexuais, mas apenas entre os indivíduos que pertencem a um determinado grupo. A terceira, trata-se da relação em que os envolvidos têm a possibilidade de ter

⁴⁶ PILÃO, Antônio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. *Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias*. Revista *Ártemis*, João Pessoa, v. 13, p. 64, jun. 2012.

⁴⁷ FREIRE, Sandra Elisa. *Poliamor: uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos*. 2013. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013. p. 42-43.

relações extraconjugais, sem fidelidade em relação aos indivíduos e, por fim a quarta subespécie principal, que consiste na relação em que um dos indivíduos se comporta monogamicamente, enquanto que o outro é autorizado a ter relações extraconjugais.

No entanto, todas as espécies apresentam características comuns que são: a não possessividade, que consiste na ausência de ciúme entre os integrantes da relação; a comunicação e a negociação entre os envolvidos; o apoio mútuo, referente ao incentivo que cada parceiro deve fornecer ao outro e sua abstenção de prejudicar o outro; a fidelidade e lealdade do relacionamento entre o grupo, no sentido que as promessas e acordos realizados devem ser cumpridos; a confiança, dignidade e respeito, pelos quais os parceiros de um membro do grupo devem ser aceitos como parte do relacionamento e não apenas tolerados; a confiança; o respeito; e a lealdade do parceiro.

A família poliafetiva, dessa forma, compreende relações íntimas afetivas, entre três ou mais pessoas, cujas estruturas ainda despertam rejeição dos juristas clássicos, uma vez que contraria a ideia de relação amorosa exclusiva tradicional.

Observa-se, então, que apesar da existência de espécies mais flexíveis que outras, todas apresentam regras que as organizam, tendo elementos comuns que as classificam como famílias de múltiplos vínculos afetivos como: a presença de mais de dois indivíduos, a existência de um vínculo afetivo entre eles, a durabilidade da relação e a não esporadicidade, com o intuito de formar uma família e a publicidade, em que a sociedade, onde esteja inserida a entidade, tenha conhecimento que aquele núcleo familiar optou pela formação do poliamor.

Comentadas as espécies e elementos caracterizadores da entidade poliafetivada, passa-se a analisar a filosofia desta forma de relação familiar.

2.4 A Filosofia do “poliamorismo”

A filosofia pela qual se baseia as entidades poliafetivas consiste na ideia de que todos os indivíduos podem amar e ser amados da mesma forma e na mesma quantidade, não devendo excluir o mundo ou os demais indivíduos. Na entrevista fornecida ao site de notícias Bem Paraná, Marcelle de Beauvoir, integrante de uma

família poliafetiva, desde 2004, esclareceu as vantagens e desvantagens da participação nessa entidade familiar:

Não acredito na limitação do amor. O amor não é uma coisa que delimitamos. A vantagem das pessoas que vivem relações poliafetivas é a liberdade de amar, a liberdade de poderem ser sinceras com elas mesmas e com as pessoas com quem se relacionam. É poder viver o que se tem vontade, experimentar coisas novas. Já a desvantagem são os tabus, o preconceito, a estigmatização, o machismo⁴⁸.

Além disso, a relação poliafetiva, apesar de pregar uma multiplicidade de vínculos de afeto, apresenta determinadas regras, que se assemelham às famílias monogâmicas, sendo a única diferença a quantidade de envolvidos na relação.

Com efeito, as relações poliafetivas buscam além da satisfação apenas sexual, sendo este elemento secundário da relação, diante da felicidade do afeto, respeito e confiança entre os integrantes do grupo. Assim, o indivíduo ao avaliar que o outro não o completa totalmente, busca sua satisfação em uma terceira ou quarta pessoa. Trata-se da busca pela “alma gêmea”, daquela pessoa perfeita, o que constitui-se em um processo de fortalecimento da afetividade e de sua personalidade.

Essa forma de entidade familiar propaga, então, a introdução de um amor mais democrático, ou seja, apregoa a existência de um amor que não se restringe a um único fluxo, mas que se amplia, flexibilizando, sem a exigência da monogamia nas relações, e introduzindo a liberdade de se relacionar com mais de um indivíduo, com dignidade, respeito e honestidade, elementos básicos para sua formação.

Além disso, essa forma de se relacionar também considera o ciúme como obstáculo a ser superado entre os envolvidos e, para tanto, os envolvidos cultivam um sentimento que é a alegria que a pessoa sente ao se deparar com o seu parceiro feliz com outra pessoa. Trata-se de uma espécie de alternativa ao sofrimento causado pelo ciúme. Contudo, verifica-se que apesar de alternativos, esse sentimento não exclui propriamente o ciúme.

⁴⁸ BEMPARANÁ. *Poliamoristas dividem amor entre vários sem culpa*. Paraná, edição 5, set. 2007. In: Poliamor: conceito, aplicação e efeitos. Citado eopagam SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor: conceito, aplicação e efeitos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFGRS*, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 360-388, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72546/47097>. Acesso em: 23 maio 2018.

No entanto, ainda que presente o ciúme entre os integrantes da relação poliafetiva, deve-se ressaltar que, este não chega a impedir a formação da entidade, uma vez que seus integrantes se apresentam mais dispostos a enfrentá-lo em decorrência da presença do sentimento de felicidade.

Verifica-se, portanto, que a filosofia poliafetiva apresenta regras, linguagem e caracteres próprios, mas sem nunca deixar de atribuir liberdade e honestidade aos integrantes dessa entidade. Trata-se de uma entidade com limites bem definidos, em que os integrantes estabelecem uma relação de vínculo afetivo, não monogâmico, com a anuência dos envolvidos, de forma transparente, honesta e igualitária, adequando-se principalmente aos princípios constitucionais concernentes ao Direito de Família.

Será exatamente a instituição de uma entidade familiar de caráter não monogâmico, que traduz a principal resistência da sociedade jurídica na aceitação dessa entidade familiar. No entanto, como se verificará, o caráter monogâmico não é elemento essencial para a caracterização do núcleo familiar.

2.5 As famílias poliafetivas e os Princípios do Direito de Família

Com todas essas mudanças e a fim de atender ao desenvolvimento social não acompanhado pela legislação, novos princípios surgem para fornecer assistência à regulamentação e interpretação das normas jurídicas estabelecidas, bem como para propiciar a inclusão (reconhecimento) de outras entidades familiares – principalmente a família poliafetiva – que são dignas de proteção e de direitos, uma vez que resultantes da vontade social, tornando seu entendimento de grande valia aos objetivos de análise do presente estudo.

De acordo com Antônio Bandeira de Mello⁴⁹, os princípios são espécies de mandamento, bases fundamentais de um determinado sistema jurídico, que constitui, ao mesmo tempo, cerne e elemento para a exata compreensão das normas deste sistema, conferindo-lhes sentido.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 451.

Para este autor, a violação de um princípio é ato mais gravoso que a transgressão da norma em si, uma vez que a ofensa a este não fere apenas um mandamento normativo, mas a todo sistema normativo. Nesse sentido, os princípios representam fontes que orientam a interpretação do Direito. Sendo dotados de força normativa, são considerados diretrizes centrais, fundamentadoras do Direito, que contribuem para a sua correta interpretação e aplicação.

Na atualidade, os princípios assumem uma nova face em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a partir do processo de “principiologização” dos direitos introduzido pela Constituição da República de 1988. De acordo com o artigo 1º da Carta Magna, o Estado Democrático de Direito tem por base a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, concedendo atenção especial aos direitos fundamentais e à família como um princípio constitucionalmente garantido, especialmente por ser necessário à formação do indivíduo.

Com a valorização da Dignidade Humana, a proteção aos Direitos Fundamentais do indivíduo e o processo de constitucionalização do Direito Civil, a área do Direito de Família foi a que mais sofreu transformações, passando a ser interpretada de acordo com a carga axiológica advinda da Constituição da República Federativa de 1988, ou seja, trata-se de uma tentativa de adequar as regras, muitas vezes ultrapassadas quanto às relações sociais existentes, à realidade da sociedade, a partir da utilização de uma interpretação voltada à proteção da Dignidade Humana e dos Direitos Fundamentais.

Nas palavras de Canotilho:

[...] respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento perscruta-se na referência sociológica dos princípios e valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar-se se obtém através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da Constituição⁵⁰.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Op.Cit* , p..1.163.

Neste processo interpretativo e exclusivamente social, os princípios passam a ser largamente utilizados pelos juristas e operadores do Direito, fundamentando as mais diversas teses e decisões judiciais, a fim de propiciar o desenvolvimento do indivíduo, nas mais diversas formas de organização familiar.

Para Habermas⁵¹, será combinação dos princípios jurídicos com os objetivos políticos, realizados por Dworkin, nos chamados *hard cases*, os meios para a garantia das exigências de segurança jurídica e a correção das decisões judiciais, as quais estão obrigadas a enfrentar, ou seja, os meios de afronta ao problema da racionalidade da jurisprudência, como será posteriormente verificado.

Assim, a partir dessa análise, verificar-se-á a necessidade do reconhecimento das entidades familiares, não só aquelas formadas pelo vínculo biológico, mas, principalmente, as novas formações familiares formadas pelo vínculo de afeto – como é o caso da família poliafetiva –, sob pena de violação dos princípios norteadores do direito de família.

Passa-se, portanto, a analisar o contexto das famílias poliafetivas frente aos princípios constitucionais do direito de família, como o princípio da dignidade humana, da solidariedade, do pluralismo familiar, entre outros.

Em relação à Dignidade Humana, esta foi observada já no Direito Canônico, em que a dignidade não figurava como algo imanente e inalienável do ser humano, como uma qualidade inerente à pessoa. Era, antes de tudo, uma aquisição ou graduação social decorrente de causas exógenas, restrita a alguns homens livres e modulada de acordo com a alocação na escala hierárquica do corpo social, sendo considerada elemento do âmbito divino.

Foi, contudo, somente com o desenvolvimento da filosofia iluminista de Immanuel Kant (1724-1804), inspirada na antropologia de Rousseau (1712-1778)⁵² que a definição da Dignidade Humana abandonou qualquer resquício do caráter divino, a ela atribuído. Para Kant, a Dignidade Humana consistia em um valor

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I, p. 247.

⁵² FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três "críticas"*. 2. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010. p. 91-94.

incondicional e incomparável, em relação ao qual só a palavra respeito constituía a expressão conveniente da estima que um ser racional lhe devia prestar⁵³.

Os postulados filosóficos kantianos e as atrocidades verificadas no decorrer da Segunda Guerra Mundial levaram diversos países a um processo de constitucionalização do Princípio da Dignidade Humana, como expressão representativa do valor universal do indivíduo e de uma preocupação generalizada à recuperação da pluralidade do espaço público, vindo a consolidar este princípio como fundamental, como pode-se verificar nas Constituições que, atentas a esse movimento, previram expressamente em seu texto normativo este princípio: a Constituição Alemã (art. 1º, n. 1) e a Constituição Portuguesa de 1976 (art. 1º), entre outros exemplos.

Inspirado nesse movimento, o Brasil consagrou a dignidade humana no artigo. 1º, III da Constituição da República⁵⁴, sendo consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, é atribuído ao Estado a proteção e garantia deste princípio a todos os indivíduos que estão sob sua soberania.

Sobre a construção principiológica da Dignidade Humana, afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

A qualificação da dignidade humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art.1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deia de ter) mas que constitui uma norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade⁵⁵.

No entanto, não se trata apenas de sua positivação que garante sua eficácia, mas sim, a materialização de valores das condições necessárias para aquele fim. Assim, foi desenvolvido pelo poder constituinte um amplo e aberto número de direitos

⁵³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 66.

⁵⁴ Cumpre-se ressaltar neste momento que a Dignidade Humana é referenciada em outros dispositivos da CRFB, seja de forma expressa ou de forma implícita, como é o caso dos arts. 170 e 227.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 111-112.

e garantias considerados fundamentais que, direta ou indiretamente, objetivam a eficácia da dignidade humana.

Essa, portanto, tornou-se um princípio autônomo conectado à realização dos direitos humanos e que estabelece limites à atuação estatal e a dos próprios indivíduos, sendo elemento inafastável na análise de qualquer relação, seja ela política, econômica ou social.

Apesar de ser fácil observar as situações em que se viola este princípio, sua definição encontra certa dificuldade de ser explicada, uma vez que, sendo um princípio aberto e não taxativo, possui múltiplos significados e efeitos.

Essa complexidade conceitual advém de seu caráter não específico, mas consiste numa característica considerada inerente a todo indivíduo, originando um valor próprio que diferencia o ser humano das demais espécies.

Apesar disso, alguns teóricos buscam definir este princípio tão importante. De acordo com Habermas, este princípio refere-se a um valor, inserido em uma espécie de moral universal da humanidade, juntamente com a igualdade de condição de participação da discussão do melhor argumento – ou simetria. A dignidade irá se caracterizar por sua “intangibilidade” e será considerada como fundamento da pretensão normativa.

Para esse autor, a dignidade humana abrange a natureza, a reciprocidade e o respeito mútuo nas diversas relações intersubjetivas desenvolvidas na sociedade, *“de tal sorte que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade”*⁵⁶.

Verifica-se que a dignidade humana somente pode ser protegida pelo Estado e pela própria comunidade, dentro das relações sociais desenvolvidas por cada indivíduo e na pluralidade do convívio social. No entanto, cumpre-se ressaltar que esta não existe apenas onde esteja presente o Direito, ainda que este constitua seu principal meio de proteção e promoção. A dignidade independe de circunstâncias concretas, já que inerente a toda pessoa.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25.

Analisando a Teoria Discursiva de Habermas, observa-se que “a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo”⁵⁷. Para ele, a dignidade se materializa na “expressão de um conceito fundamental e substancial do ponto de vista normativo, a partir do que é possível deduzir os direitos humanos através da especificação de violações à mesma [...]”⁵⁸.

Será a partir do entendimento habermasiano do indivíduo comunicativo, inserido em uma comunidade com elementos independentes e livres, que se poderá refletir a dignidade humana por uma perspectiva comunicativa.

Outra definição que pode ser citada trata-se da fornecida por José Joaquim Gomes Canotilho, para quem a Dignidade Humana representa:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos⁵⁹.

Assim, a Dignidade Humana constitui-se em valor universal, que independe da cultura, localização e religião do povo, sendo elemento próprio do sujeito. Ela será formada por um conjunto de direitos existenciais, que serão atribuídos a todos da raça humana, em igual proporção, sendo que dentre eles, encontra-se a liberdade de associação e de escolhas. Ademais, por ser princípio de definição incerta, o intérprete torna-se elemento de grande valor na sua construção como base do sistema constitucional brasileiro, uma vez que esta não é fornecida pelo ordenamento jurídico, mas é inerente ao indivíduo, sendo apenas promovida e protegida pelo Estado.

Tais premissas geraram grande influência no âmbito da organização familiar brasileira, uma vez que o Direito Constitucional passa a ampliar o conceito de família,

⁵⁷ Ibidem, p. 26.

⁵⁸ Habermas, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 31.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Op.cit*, p.1.149.

aceitando as mais diversas formas de organização. Isso se deveu ao fato da família ser considerada como meio de efetivação da Dignidade Humana.

Seguindo esse pensamento, o texto constitucional extinguiu, mediante a inserção de valores, princípios e regras de proteção à pessoa, o tratamento discriminatório às outras formas de formação familiar além do casamento. Assim, reconheceu-se a igualdade entre homem e mulher, entre os filhos, e, sobretudo, a liberdade de escolha na composição das entidades familiares.

Dessa forma, como mencionado, a dignidade humana foi elevada a valor fundamental e finalidade essencial dos direitos e garantias fundamentais do país. Nesse contexto, verifica-se que a formação familiar é considerada um direito humano, a ser respeitado e protegido pelo próprio Estado, principalmente como meio de se permitir o desenvolvimento do indivíduo, a partir da realização de suas dignidades como membros de um grupo.

Em relação às entidades familiares, as hipóteses e oportunidades no âmbito das relações familiares, a garantia das dignidades como cônjuges, companheiros, pais ou filhos foram consumadas na ordem jurídica⁶⁰. Dessa forma, como a família é considerada ambiente propício ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo, é inadmissível que esta seja aplicada de maneira desigual.

Assim, verifica-se que a organização familiar deve ser considerada ambiente destinado à realização da dignidade de todos seus membros, não sendo mais definida como núcleo particular fechado, estabelecido entre duas pessoas apenas com fins patrimoniais ou sanguíneos (perpetuação da família).

Dessa forma, não cabe ao Estado fazer distinção em sua proteção entre seus membros. Ademais, fica este ente obrigado a se abster de ingerir na autonomia privada, quando esta não interfere na dignidade humana de outro indivíduo, bem como, deve estimular condições que viabilizem e renovem a possibilidade dos indivíduos de viverem com dignidade. No caso específico da família poliafetiva, deve o Estado garantir juridicamente as manifestações de vontade de seus integrantes, que decidiram, de forma livre, promover sua dignidade no núcleo do poliamor

⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paul,o: Saraiva, 2012. p. 62.

Nesse contexto, verifica-se que a Dignidade Humana se relaciona com o princípio da solidariedade.

Este princípio, por sua vez, trata-se de um preceito de democratização societária resultado de ações coletivas, estabelecidas por um objetivo em comum. Nesse sentido, afirma Erhard Denninger que o princípio da solidariedade consiste em:

[...] categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitando e autodeterminando que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade⁶¹.

Somente após a Constituição da República Federativa de 1988, a solidariedade veio a ser sedimentada como princípio garantidor, sendo prevista em seu artigo 3º, inciso I.

Esse princípio atribui aos interesses alheios peso igual ao que se atribui ao próprio interesse, não por pena ou favor. Em outras palavras, significa atender o interesse alheio sem o interesse de adquirir benefício com isso, mas por solidariedade, que é uma necessidade imposta pela própria vida, em sociedade.

Em relação às famílias poliafetivas, a solidariedade representa o atendimento da vontade e interesse dos indivíduos em organizar-se em uma entidade formada por mais de um vínculo de afeto, sem que interfira nos ideais do outro. Assim, a família poliafetiva representa interesse coletivo, que deve ser resguardado.

Outro princípio que se relaciona com a Dignidade Humana é o princípio da igualdade. Este é um dos princípios mais importantes no que se refere à organização jurídica e o Direito de Família, sem o qual não há dignidade do sujeito de direito. Dessa forma, a Igualdade passa a constituir elemento central dos Direitos Humanos, uma vez que esses direitos e liberdades são fornecidos a todo sujeito, sem fazer qualquer distinção de nacionalidade, raça, sexo ou outro elemento.

Em sua teoria, Habermas também destaca a importância da igualdade na formação do consenso, uma vez que sem o estabelecimento da igualdade de situação

⁶¹ DENNINGER, Erhard. *Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade*. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. Saraiva, 2011. p. 62.

não há formação de um discurso válido e legítimo, impossibilitando a formação do consenso na sociedade⁶².

A igualdade como princípio foi estabelecida a partir da Revolução Francesa que com seus ideários liberais estatuiu os três principais princípios liberais: igualdade, fraternidade e liberdade. A intensão da inserção do princípio, na época, dentre os pilares humanitários era impedir que os cidadãos franceses recebessem tratamento não idêntico, diante de sua posição de nobre ou mesmo em razão do gozo de forte apelo popular.

No entanto, esse aspecto da igualdade estabelecido na Revolução Francesa, a partir das exigências sociais e desenvolvimentos das relações estabelecidas, foi alterando-se, de forma a apresentar um novo aspecto.

Assim, verifica-se que a igualdade como princípio pode ser subdividida em dois aspectos: a igualdade formal e a igualdade material. A igualdade formal, também chamada de igualdade perante a lei ou igualdade jurídica, consiste no tratamento igual conferido pela lei aos indivíduos, subordinados a esta. Esse aspecto da igualdade foi que marcou os ideários da Revolução Francesa, uma vez que se afirmava a submissão de todos os indivíduos à lei geral e abstrata, sendo ignorada as desigualdades estabelecidas na realidade social. No entanto, esse prisma da igualdade pode ser ainda verificado em alguns dispositivos da Constituição da República Federativa de 1988, como: no caput do artigo 5º, pelo qual “todos são iguais perante a lei”, ou seja, a lei deve ser aplicada, indiscriminadamente, a todos; no artigo 3º, quando preconiza a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais; e, também, no inciso IV do mesmo artigo 3º, que tem como objetivo da República “promover o bem de todos sem preconceitos, de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; no artigo 3º, inciso III; no artigo 5º, inciso I; artigo 150, inciso II e artigo 226, parágrafo 5º.

Já o aspecto material da igualdade, também chamada de igualdade real ou substancial, trata-se da tentativa de se estabelecer uma efetiva igualdade, analisando as diferenças existentes entre os grupos e tentando suprir as diferenças a partir de

⁶² Habermas, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I, p. 171.

um tratamento diferenciado aos grupos com maior necessidade. Esta perspectiva da igualdade pode ser verificada a partir da inteligência do artigo 5º da Constituição da República em vigência, em que garante a proibição de distinção entre os indivíduos, seja pela lei, pelo poder público ou pelo próprio particular, mas, ao mesmo tempo, não proíbe o tratamento diferenciado para pessoas que guardem distinção de grupo social, sexo, raça condição econômica, dentre outros exemplos. Veda-se, portanto, apenas as diferenciações arbitrárias, esperando-se, por outro lado, o tratamento desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

Em relação ao âmbito da família, portanto, verifica-se que a igualdade se aplica ao considerar todas as organizações familiares, como entidades de iguais direitos e proteção.

Outro princípio a ser observado é o da pluralidade de entidades familiares, resguardado principalmente a partir da modificação da definição de família, que deixa de ser uma organização, cuja principal função era de cunho patrimonial e de procriação, para ser uma organização, cuja principal finalidade é a garantia da dignidade humana, da solidariedade e da busca à felicidade. Este princípio defende a existência e reconhecimento de várias outras formas de família que não a tradicional (formada pelo casamento), as quais sempre existiram na sociedade, apesar de não serem devidamente regulamentadas, pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, positivando uma realidade já existente na sociedade, a Constituição da República de 1988 abandonou, definitivamente, a estrutura singular do matrimônio, para abarcar uma diversidade de formações possíveis, desde que fundamentada no afeto e na ética. Rompe-se o caráter monolítico de família, passando a entidade familiar a ser instrumental, afetiva, constituindo-se meio de desenvolvimento da dignidade dos indivíduos, uma entidade pluralizada, igualitária, democrática, hetero ou homoparental, voltada para a busca da felicidade.

Surge a concepção eudemonista da família, pela qual os arranjos familiares passam a levar em conta a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes, assegurando aos indivíduos relações de igualdade e de respeito mútuo. A manifestação de vontade voltada para a reprodução e perpetuação do patrimônio deixa de ser o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais, para dar lugar à afetividade. A família transmuda-se de unidade produtiva para uma unidade plural e

socioafetiva, na qual o afeto entre as pessoas orienta e possibilita o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Verifica-se que o casamento como único formato possível de família já havia sido ignorado pela sociedade, ainda que contrário aos tabus religiosos. Assim, o livre exercício da autonomia privada, a observância da preservação da dignidade e do livre desenvolvimento são bastante para atrair a proteção do Poder Público para a entidade familiar, não cabendo mais ao Estado aquele antigo papel de impor certo modelo de família.

Cumpre-se, também analisar a relação estabelecida pela monogamia, pregada pelo Direito Civil clássico e a família poliafetiva. Para uma parte da doutrina pátria, o conceito de monogamia refere-se à opção do indivíduo de ter apenas um companheiro, estando relacionado com a fidelidade dos indivíduos, sendo considerada como princípio regente do Direito de Família.

Por outro lado, outra parte da doutrina, representada neste momento por Letícia Ferrarini, define a monogamia como uma “característica histórico-sociológica”, reconhecida como padrão de conduta socialmente institucionalizado da família ocidental, que gera estigma àqueles desviantes dos comportamentos que não se adequam à orientação monogâmica⁶³, ou seja, a monogamia seria mero padrão de conduta, não tendo força impositiva.

Como demonstrado pela evolução histórica, a monogamia foi adotada apenas como elemento formal orientador das entidades familiares, apresentando como principal finalidade resguardar características de uma união patrimonialista e paternalista.

Assim, com o novo processo de interpretação da Constituição vigente e a evolução das relações sociais, a monogamia não se adequa mais ao sistema jurídico estabelecido no Brasil, uma vez que passa a contrariar não apenas a nova sistemática introduzida principalmente após a Constituição Federativa do Brasil de 1988, como também contraria aos próprios princípios constitucionais. Diante disso, alguns teóricos do Direito afirmam que a monogamia foi erroneamente considerada como princípio, mas trata-se apenas de uma forma de organização introduzida na sociedade. Nesse

⁶³ FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92.

sentido, afirma Maria Berenice Dias: “a monogamia não é um princípio, é apenas um norte organizador da sociedade”⁶⁴.

Da mesma forma, ao analisar o sistema jurídico pátrio, verifica-se que a monogamia não se sustenta como princípio jurídico, sobretudo, por não ser considerada um “dever ser” imposto pelo Estado, a todas às relações familiares.

De acordo com a máxima da Dignidade Humana, torna-se impossível impor ao indivíduo a forma monogâmica na constituição de sua família, principalmente se esta não for sua essência. A adoção da monogamia como princípio estruturante do Direito de Família seria considerada imposição de uma condição de penúria e sofrimento aos indivíduos, que não alcançariam a felicidade, uma vez que tal forma de organização familiar não condiz com sua natureza, imprimindo um viés excludente, totalmente diverso daquilo defendido pela Constituição Nacional vigente.

Dessa forma, a imposição da monogamia vai de encontro aos princípios da pluralidade familiar e da autonomia privada, dentre outros, ferindo gravemente a liberdade do indivíduo de formar o desenvolvimento de sua personalidade, no modelo familiar que melhor lhe corresponda.

Além disso, perpetuar a monogamia seria negar todas as modificações ocorridas no conceito e nos aspectos da família e retroagir aos primórdios do direito romano, com a família patriarcal e patrimonial, fator inadmissível com o atual texto constitucional brasileiro.

Constata-se, portanto, que os aspectos caracterizadores da família antiga e patriarcal não se amoldam às novas necessidades e ao desenvolvimento das relações sociais, de tal forma que, a liberdade de formar uma família se materializa como uma garantia constitucional individual.

Diante desses aspectos, impele-se ao não reconhecimento de retrocessos, com o objetivo de controlar a formação da entidade familiar, conforme ditames religiosos e morais. A monogamia é, dessa forma, um estilo de vida, um valor que cabe juízo de qualidade de ser uma boa ou péssima opção de modo de viver.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. Entrevista: Maria Berenice Dias [2007]. Desembargadora gaúcha. Entrevistador: Glaucia Milício. Conjur. 16 dez. 2007.

No entanto, este elemento demonstra-se incabível no novo aspecto do Direito de Família, estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (processo de constitucionalização do Direito Civil) e pelo Novo Código Civil.

Estabelece-se, deveras, uma nova ordem de valores que visa a promoção integral do indivíduo e, assim, não se denota possível o controle social, para a formação de entidades familiares estritamente monogâmicas.

Sobre o tema, Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk, em seu artigo “Famílias simultâneas e monogamia”, afirma:

[...] tomar um princípio jurídico da monogamia como um “dever ser” imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade. Nada obstante sua inequívoca inserção histórico-sociológica como dado de longa duração - sob a perspectiva já explicitada – não se trata a monogamia de regra que possa ser imposta a todas as pessoas que, em suas múltiplas “morais”, podem reputar uma realidade familiar poligâmica como mais adequada às suas aspirações existenciais. Não se trata de criticar a orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica. Trata-se, sim, de criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistenciais materialmente livres⁶⁵.

O mencionado autor, ainda em sua obra, afirma que, apesar da monogamia tenha se inserido no padrão moral da sociedade brasileira, para ele, essa não tem natureza de princípio, de forma que, se torna descabida a pretensão do direito estatal em classificar como ilícitas ou deixar de fornecer a sua proteção, na garantia dos direitos das formas de convivência decorrentes de escolhas de coexistências de relações afetivas. Não há, pois, embasamento jurídico para elevar a monogamia ao status de princípio constitucional, simplesmente, para deixar de emprestar efeitos jurídicos aos novos arranjos familiares poliafetivos, os quais estão presentes na sociedade brasileira e que clamam por seu reconhecimento.

⁶⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas e monogamia*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, São Paulo. *Anais* [...] São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 5. [Rodrigo da Cunha Pereira, org.].

2.6 A família poliafetiva no cenário jurídico brasileiro.

Apesar das entidades poliafetivas existirem na sociedade brasileira há algum tempo, a discussão sobre seu reconhecimento, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro é recente. Seu principal ápice ocorreu em 21 de agosto de 2012, quando foi noticiada a primeira lavratura de escritura de união estável poliafetiva entre um homem e duas mulheres, na cidade de Tupã, no Estado de São Paulo.

Nessa oportunidade, a Tabeliã de Notas responsável pela lavratura da escritura afirmou a possibilidade de reconhecimento da família poliafetiva diante da ausência de proibição expressa legal, remetendo ao artigo 5º, inciso II da Constituição da República⁶⁶, e afirmando seu reconhecimento diante da proteção pelos princípios constitucionais e da nova forma de interpretação da Constituição⁶⁷.

No caso em concreto, o trio cumpria os requisitos de toda união estável, ou seja, já se encontrava unido de forma pública, duradoura, com o intuito de formar um núcleo familiar, sendo, por si só, ao menos de acordo com a realidade social, uma entidade familiar. Assim, diante desse fato, o registro e reconhecimento da união estável entre as três pessoas apenas confirmava e garantia direitos aos integrantes da família preexistente. Cumpre-se ressaltar que, o caso da cidade de Tupã também não foi o único no país.

Na mesma forma, foi formalizada a primeira união estável em 2015 na cidade do Rio de Janeiro entre três mulheres, no 15º Ofício de Notas, localizado na Barra da Tijuca, dentre outros casos reportados no território brasileiro.

Assim, este debate gerou grande divergência doutrinária e jurisprudencial, que se dividiu em três principais correntes. A primeira, que afirma a possibilidade de reconhecimento da poliafetividade, como entidade familiar e validade das escrituras públicas de união estável poliafetiva, afirmando a inexistência de proibição legal e a coadunação dessa entidade familiar com as normas e princípios constitucionais, principalmente após a introdução da nova hermenêutica constitucional.

⁶⁶ Art. 5º - “[...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁶⁷ IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Escritura reconhece união afetiva a três*. 21 ago. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em: 21 maio 2018.

Pode-se citar como um dos representantes deste posicionamento Maria Berenice Dias, a qual defende:

Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido ou enriquecimento injustificável de um ou de mais de um frente aos outros partícipes da união. Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Sequer seria possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial⁶⁸.

A autora ainda afirma que a proibição constante do Código Civil⁶⁹ é única e exclusivamente para que pessoas já casadas contraiam novo matrimônio, o que em nada se confunde com a união estável poliafetiva.

No mesmo sentido, Rodrigo Pereira da Cunha sustenta não apenas a possibilidade do reconhecimento das uniões estáveis poliafetivas, mas também a pertinência de garantir esse direito. Segundo ele, os praticantes da poliafetividade são discriminados por estarem envolvidos em uma relação fora do convencional. Assim, deixando de reconhecer a existência e os direitos advindos dessa relação, seria puni-los com uma invisibilidade social e jurídica⁷⁰.

Para corroborar com esse entendimento, deve-se ressaltar a existência de algumas decisões dos Tribunais Nacionais, no intuito de reconhecer a família poliafetiva como uma relação de afeto e que, embora sejam constituídas com mais de duas pessoas, devem gerar efeitos jurídicos, diante das responsabilidades geradas por um envolvimento familiar real, desde que contenha os requisitos legais, para configuração da união estável.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO DÚPLICE. RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR. O fato de o

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Poliafetividade, alguém duvida que existe?* 2013. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012:100096226>. Acesso em: 15 maio 2018.

⁶⁹ O artigo 1.521 do Código Civil de 2002 prevê os impedimentos de casamento. Entre as hipóteses elencadas encontra-se a proibição do casamento entre pessoas já casadas.

⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: _____. (Org.). *Tratado de direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 233-234.

falecido ter convivido, simultaneamente, com duas companheiras, não afasta o reconhecimento de união estável, desde que restou provada a vida em comum contínua, duradoura e afetiva, próprias de uma entidade familiar, inclusive sobrevivendo prole. DECISÃO: “por unanimidade foi dado provimento ao apelo de acordo com o voto da turma”⁷¹.

[...] É família toda união de pessoas em respeito e consideração mútuos, com ostensividade e publicidade, com o objetivo de comunhão de vida, mútua assistência moral e material, e de serem reconhecidos pela comunidade como uma família. Assim, sempre que um núcleo for formado por pessoas que se enquadrem em tais requisitos, deve ser reconhecida a configuração de uma família, independente da qualificação que se dê a esta: se formada por um casamento, por uma união estável ou por um concubinato estável (espécies do gênero "família"). III - É cristalina a constatação, pelas provas dos autos, de que o falecido soube manter com discrição e profundidade dois relacionamentos paralelos, não misturando os círculos sociais de entorno a cada composição familiar. Apelação Provida⁷².

E ainda o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Embargos infringentes – União estável - Relações simultâneas. De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o "de cujus" tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder dogmática à realidade, impera reconhecer como coexistentes duas entidades familiares simultâneas. Desacolheram os embargos, por maioria⁷³.

O tema também pode ser abordado a partir da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca de Porto Velho/RO, Adolfo Theodoro Naujorks Neto:

Isto posto, julgo procedente o pedido para declarar que XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX manteve união estável com o extinto XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, concomitantemente ao casamento do falecido, do ano de 1979 até a morte deste em 17 de dezembro de 2007, devendo o patrimônio adquirido pelo de cujus, por sua falecida esposa e pela autora neste período ser dividido em três partes iguais, mediante

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Apelação cível nº 0174249-6*. 2ª Câmara Cível. Relator: Adalberto de Oliveira Melo. Julgado em 22 de julho de 2009. Publicado em 4 de setembro de 2009.

⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. *Apelação civil nº 0015505-24.2013.8.10.0001* 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador: Jamil de Miranda Gedeon Neto. Julgado em 12 de março de 2015. Publicado em 16 de março de 2015.

⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70013876867. 4º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator Desembargador: Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em 10 de março de 2006.

comprovação nos autos do inventário em tramite neste Juízo sob o nº 001.2008.001688-9⁷⁴.

No caso em análise, o homem da relação mantinha relacionamento dúplice com a esposa e outra mulher, tendo sido gerado filhos, em ambos os relacionamentos. Ademais, as duas mulheres tinham pleno conhecimento do relacionamento paralelo de seu companheiro, sendo consentido por ambas. Dessa forma, tratava-se de um único núcleo familiar, em que os três viviam de forma conjunta, se conheciam, toleravam-se e permitiam que, o homem mantivesse duas famílias de forma conjunta, dividindo a sua atenção.

Dessa forma, verifica-se, portanto, que de acordo com esse entendimento a família poliafetiva deve ser reconhecida como efetiva entidade familiar, não podendo ser discriminada apenas por fundamentos de ordem moral religiosa de parte da população de um Estado Democrático de Direito laico, uma vez que, demonstrado que a monogamia não se trata de princípio constituidor do direito, mas apenas regra moral, estabelecida na sociedade pelo catolicismo e patriarcalismo, os quais não mais vigoram. A família poliafetiva refere-se a uma construção cultural.

Outros doutrinadores e juristas, como Rolf Madaleno, defendem que, apesar das uniões poliafetivas serem excluídas do âmbito do Direito Familiar, essas uniões em que há a presença de boa-fé devem ser reconhecidas como entidades familiares, mas a solução patrimonial dar-se-á no âmbito do direito obrigacional.

Esse é o caso do Recurso Especial nº 303.604/SP, no qual se determinou o pagamento dos serviços prestados a outra companheira do de cujus. Senão vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL. CONCUBINATO. RELAÇÃO EXTRACONJUGAL MANTIDA POR LONGOS ANOS. VIDA EM COMUM CONFIGURADA AINDA QUE NÃO EXCLUSIVAMENTE. INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS DOMÉSTICOS. PERÍODO. OCUPAÇÃO DE IMÓVEL PELA CONCUBINA APÓS O ÓBITO DA ESPOSA. DESCABIMENTO. PEDIDO RESTRITO. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ⁷⁵.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Processo nº 001.2008.005533-1*. 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho. Juiz Adolfo Theodoro Naujorks. Julgado em 13 de novembro de 2008.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 303.604/SP*. Relator: Aldir Passarinho Junior, Julgado em 20 de março de 2003. Publicado em 20 de junho de 2003. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 dez. 2018.

Em sentido similar, tem-se a decisão proferida na apelação nº 15.225/2005, em que se traz o reconhecimento de uma união estável putativa:

UNIÃO ESTÁVEL. DISPUTA ENTRE DUAS COMPANHEIRAS. SITUAÇÃO PUTATIVA. PROVA ORAL. RECONHECIMENTO. Reconhecimento de união estável. Conviventes, uma desde 1978 e outra desde 1960 que mantiveram relações concomitantes, notórias e ininterruptas com o de cujus, até o seu falecimento. Prova oral que confirma o reconhecimento do companheirismo concomitante com ambas perante parcelas distintas da sociedade pela qual transitava o falecido, tendo elas vivido em affectio maritalis com o de cujus, cada qual a sua forma. Pessoas de boa índole e bem-intencionadas que firmemente acreditavam na inexistência de uma relação amorosa intensa do obituado com a outra, havendo êxito deste em ludibriá-las por longos anos, e de se reconhecer a existência de união estável putativa com a apelante e com a apelada. Aplicação, por analogia do art. 221 do CC de 1916. Desprovimento do recurso⁷⁶.

Essa teoria não aborda, portanto, os direitos familiares concernentes às uniões civis poliamorosas, restando à última, a defesa dos efeitos decorrentes da afetividade.

A última corrente nega a produção de qualquer efeito às relações poliafetivas, inferindo que nenhuma relação desse tipo deve ser reconhecida como entidade familiar, uma vez que o reconhecimento de tal tipo de relação familiar estaria ferindo não só o princípio da monogamia, mas também os deveres do casamento de fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos, previsto no artigo 1.566 do Código Civil.

Nessa corrente, não é levada em consideração a boa-fé ou a Dignidade da Pessoa Humana, bem como a família poliafetiva também será considerada como concubinato. Para ilustrar concretamente essa visão, tem-se o julgamento da Apelação Cível nº 70010075695:

UNIÃO ESTÁVEL. MATRIMÔNIO HÍGIDO. CONCUBINATO. RELACIONAMENTO SIMULTÂNEO. Embora a relação amorosa, é vasta a prova de que o varão não se desvinculou do lar matrimonial, permanecendo na companhia da esposa e familiares. Sendo o sistema monogâmico e não caracterizada a união putativa, o relacionamento lateral não gera qualquer

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 15225/2005*. 2ª Câmara Cível. Relator: Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano. Julgado em 10 de agosto de 2005. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 20 dez. 2018.

tipo de direito. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA, VENCIDA A RELATORA⁷⁷.

Após diversos debates entre as teorias, a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) formulou um pedido de providência no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), requerendo a inconstitucionalidade da lavratura, em cartórios, de escrituras de união poliafetiva, ou seja, união constituída por três ou mais pessoas, bem como a proibição dos cartórios em reconhecer essas uniões.

Assim, no dia 26 de junho de 2018, o CNJ determinou que os cartórios nacionais não poderiam registrar uniões poliafetivas em escrituras públicas, uma vez que implicaria no reconhecimento de direitos previdenciários, sucessórios e civis. O voto vencedor, prolatado pelo relator Ministro João Otávio de Noronha, apresentou como argumentos o fato de que na lei não há qualquer norma que libere referido tipo de relação familiar. No entanto, de acordo com o próprio Ministro, as competências do CNJ se limitam ao controle administrativo, não jurisdicional, conforme estabelecidas na Constituição Federal, fornecendo, portanto, a possibilidade da mudança de entendimento.

Deve-se, no entanto, observar que os argumentos que rechaçam o reconhecimento da família poliafetiva restringem-se meramente ao campo da moral e do preconceito.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação cível nº 70010075695*. 7ª Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Redator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 27 de abril de 2005. Publicado em 8 de junho de 2005.

3 ASPECTOS DO PROCESSO DE RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS

Analisados os aspectos caracterizadores e o cenário, no qual se insere a família poliafetiva no Brasil, cumpre-se, nesse momento, verificar o processo de reconhecimento, ao qual se submete essa nova entidade.

Sendo a família poliafetiva formada através de uma relação social complexa, seu processo de reconhecimento deve ser dividido em dois aspectos principais. O primeiro deles, refere-se à análise da abertura da interpretação normativa que ocorre no âmbito do ordenamento jurídico, a partir da introdução de novos critérios de interpretação hermenêutica, principalmente após a promulgação da Constituição da República de 1988. Já o segundo aspecto, refere-se à verificação da existência de um discurso legítimo e válido na sociedade, que permita a essa nova entidade familiar direitos e garantias a serem protegidos pelo Estado.

3.1 A abertura da interpretação Constitucional à luz do Neoconstitucionalismo.

Na era da pós-modernidade, verificou-se um aumento na complexidade social causado, principalmente, pelas sucessivas guerras, que geraram insegurança mundial, pela massificação das relações sociais e pelo desenvolvimento tecnológico contínuo, que impossibilitou o enfrentamento dos novos problemas originados pelo desenvolvimento das relações sociais. Em virtude da grande diferença que separava o cenário normativo e a realidade da sociedade, novos meios de adequação foram desenvolvidos, a fim de que se reduzisse a tensão existente entre esses dois lados.

Na atualidade, os ordenamentos jurídicos não comportam a concepção do Direito sendo uma estrutura formal a reconhecer o indivíduo como responsável pelo surgimento da norma, porque identificado como parte. A nova concepção do Direito impõe situações jurídicas ao indivíduo e aos fatos, cujas respostas ao sujeito detentor do direito são alcançadas pela adequação da norma à realidade instalada. Desta forma, o processo de constitucionalização do Direito Civil enfoca o ser humano, dando-lhe caráter valorativo superior ao objeto.

Nesta trajetória, observou-se a esterilidade do positivismo enquanto hermenêutica jurídica, ante a insuficiência de regras para aplicação nas inéditas realidades fáticas, produzidas pela crescente evolução das relações sociais.

De acordo com Jürgen Habermas, o positivismo jurídico seria insuficiente para garantir a racionalidade das decisões jurídicas, o que se demonstra de forma clara quando se está diante dos chamados *hard cases* de Ronald Dworkin⁷⁸.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi o marco legislativo de inserção expressa no ordenamento jurídico dos princípios, como fundamentos norteadores da estrutura social e jurídica, uma vez que se prestam ao reconhecimento de valores sedimentados.

Desta forma, o Direito de Família passou a reger-se segundo novos princípios mesclados com valores enraizados e consagrados, que propiciam o respaldo de um discurso legítimo a fundamentar o reconhecimento de estruturas familiares diversas das expressas normativamente.

O processo de constitucionalização do direito privado introduz a mudança do cerne valorativo, introduzindo a figura da pessoa, no lugar do mero indivíduo. É neste contexto que a solidariedade social se expande em relação à liberdade individual, fazendo com que o direito privado passe a garantir a pessoa humana⁷⁹. Aos princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, atribuem-se a carga axiológica para orientar a ordem jurídica contemporânea, pois colocam a pessoa num patamar diferenciado se comparado ao Estado Liberal⁸⁰. Nesta esteira, ocorre o fenômeno da “despatrimonialização” do direito privado, o qual consagra a predominância da dignidade da pessoa humana, como princípio-matriz de todos os direitos fundamentais. Em relação a esse fenômeno, Perlingieri⁸¹ afirma não se tratar de exclusão do cunho patrimonial do Direito, mas de uma mudança na interpretação

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I., p. 251.

⁷⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 69.

⁸⁰ FINGER, Júlio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 94.

⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33-34.

valorativa qualitativa para que o sistema econômico produza seus efeitos, sem relegar a concepção de conservação da dignidade humana em plano secundário.

Ainda nesta contextualização, sob outro prisma, surge o fenômeno da “repersonalização” do Direito Privado⁸², cujo objetivo principal garante a inserção do indivíduo e seu direito no topo da proteção do Direito.

Desta forma, nota-se que o processo de constitucionalização passa a submeter o direito positivo privado aos fundamentos de validade segundo os princípios norteadores constitucionais, determinando uma releitura do Direito Civil, e via de consequência, do próprio Direito de Família à luz dos princípios e regras contidos na Constituição da República, de modo que as normas infraconstitucionais se amoldem ao novo fenômeno do direito e legitimem o discurso vigente, oriundo da realidade fática.

3.2 Fundamentos para o reconhecimento jurídico das famílias poliafetivas no Brasil.

Inicialmente, importante traçar uma breve evolução hermenêutica dos direitos fundamentais, no período da pós-modernidade, sob o enfoque de Dworkin, Habermas e Alexy, em que o Direito se constitui em uma construção discursiva, com base no agir comunicativo, em que prevalecem os princípios e os valores fundamentais de uma sociedade. O objetivo é demonstrar abertura interpretativa através das diversas vertentes filosóficas jusconstitucionais, que culminam em Häberle, com a teoria da sociedade aberta dos intérpretes e teoria das possibilidades que alicerçam o presente estudo filosoficamente.

Ademais, será feita uma abordagem perfunctória do neoconstitucionalismo com ênfase no aprimoramento das técnicas de hermenêutica constitucional para o desenvolvimento dos direitos fundamentais e nos intérpretes do Direito, bem como dos pressupostos a serem considerados pelo Juiz e pela sociedade aberta na tarefa hermenêutica, frente aos novos paradigmas como do tema abordado nesta

⁸² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

dissertação. Em seguida, serão trazidos fundamentos jurídicos possíveis a embasar o reconhecimento das famílias poliafetivas no Direito de Família pátrio.

3.2.1 A hermenêutica dos direitos fundamentais à luz do Pós-positivismo e do Neoconstitucionalismo.

Na era da pós-modernidade, verificou-se um aumento na complexidade social causado, principalmente, pelas sucessivas guerras, que geraram insegurança mundial, pela massificação das relações sociais e desenvolvimento tecnológico, que impossibilitou o enfrentamento dos novos problemas advindos.

Devido a necessidade de superação do positivismo jurídico, de cunho formalista e mecanicista, resultante de uma fase superada, emergem novas construções filosóficas que vão determinar profunda mudança de paradigma, criando uma nova concepção jus filosófica, o pós-positivismo.

O estudo epistemológico do novo Direito Constitucional, na pós-modernidade impõe a observância de três marcos: o histórico, o teórico e o filosófico.

O marco histórico do novo constitucionalismo é o pós-guerra para a maioria dos países europeus e no Brasil, a Constituição da República de 1988, com seu processo de redemocratização.

Sob o enfoque teórico, o marco do neoconstitucionalismo é a força normativa da Constituição, a jurisdição constitucional e as novas técnicas de interpretação constitucional. Os marcos filosóficos são o pós-positivismo e a pós-modernidade.

A fase da pós-modernidade surge com ideias reacionárias às concepções e às ideologias associadas à Modernidade, sendo menos formalista, mais aberta, propondo novos valores e nova compreensão da própria precariedade.

Da perspectiva filosófica, vislumbram-se as pretensões abusivas da racionalidade humana, buscando-se a superação do mito da sociedade moderna, que seria capaz de revelar verdades eternas e imutáveis, bem como se reconhecem as consequências malélicas da crença nesse mito.

Compreende-se que a verdade não pode existir independente da racionalidade humana, pois é construída e reconstruída pela mente humana por meio da linguagem. É nesse contexto da pós-modernidade, que surge o pós-positivismo.

O Direito da pós-modernidade reaproxima-se da filosofia, sendo refletido sob forte influência da filosofia da linguagem, dentro do princípio do discurso, no qual o paradigma constitui-se no domínio das técnicas de argumentação pelos cidadãos, os quais exercem através do agir comunicativo.

Ronald Dworkin critica o positivismo jurídico, por não fornecer respostas a vários problemas advindos da complexidade social. Segundo o autor, a teoria geral do Direito deve ser simultaneamente normativa e conceitual, pois a primeira deve examinar questões normativas do Direito, compreendendo uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei, respectivamente, a partir da perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão.

Dworkin contrapõe-se ao decisionismo do positivismo jurídico de Hans Kelsen, que previa, ante a ausência de uma regra clara, que o juiz tinha o poder discricionário de decidir o caso de uma forma ou de outra, argumentando que o positivismo diante dos *hard cases* era omissivo quanto a dizer como o juiz deveria decidir, não tendo a pretensão de criar um processo mecânico de aplicação da lei. Com base nessas premissas, o autor afirma que as teorias de decisão judicial que abrangem o positivismo jurídico, sugerem que os juízes devem aplicar o Direito criado por outras instituições, ao invés de criar um novo Direito, o que não seria factível uma vez que, efetivamente, as leis positivadas e as regras do Direito costumeiro (*Common Law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de suas aplicações, aos casos posteriores. Dworkin acrescenta que alguns desses casos colocariam problemas tão novos que não poderiam ser decididos nem mesmo se ampliassem ou reinterpretassem as regras existentes. Portanto, conclui que os juízes deveriam, às vezes, criar um direito novo e, ao fazê-lo, deveriam agir como se fossem delegados do poder legislativo.

Uma das principais contribuições de Dworkin foi estabelecer a aplicação direta de princípios, por entender que compõem o próprio Direito, são normas com vinculação e coercibilidade e possuem significado adicional dentro de um ordenamento jurídico. Para o autor, em uma sociedade de princípios, a legislação não

é considerada da mesma forma que em outra comunidade baseada em códigos. Com efeito, os princípios consideram os valores fundamentais de uma determinada sociedade, mostrando os liames entre a prática jurídica e a social, além de examinar a prática social sob o enfoque de uma eticidade reflexiva.

Em que pese a importância dos princípios, pelos menos dois argumentos desfavoráveis se destacaram face à originalidade judicial. O primeiro obstáculo de decidir afastando-se dos parâmetros dados pela lei se refere à legitimidade do juiz, tendo como fundamento o fato que os juízes não são eleitos, como ocorre com os legisladores. Dworkin refuta o argumento afirmando que uma decisão política, define melhor quais os interesses de uma sociedade, mas quando o juiz se defronta com um caso difícil, pode decidi-lo com um argumento de princípio e não de política e conclui: “Assim, um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em melhor posição para avaliar o argumento”⁸³.

A segunda objeção versa contra a originalidade da decisão judicial. Por este argumento, o juiz ao criar uma nova norma e aplicá-la retroativamente ao caso em julgamento, a parte vencida seria punida, por infringir um dever jurídico criado pelo julgador após o fato e não por infringir um dever jurídico, que tinha no momento do fato. Quanto à tese da originalidade da decisão judicial, Dworkin frisa que esta não possui qualquer força contra um argumento de princípio, ao fundamento que, se o autor da ação tem direito a uma decisão judicial em seu favor, deve ter a garantia de poder receber esse direito e, sendo incontroverso este direito, o réu não pode alegar ter sido surpreendido pela decisão, já que o direito não foi criado por meio da publicação de uma lei. Obviamente, isso não significa que a parte sucumbente não seja surpreendida por decisão judicial sem lei expressa a lhe impor a obrigação, mas traduz que todos os direitos, interesses e valores foram considerados e que a decisão de conceder o direito à parte demandante era o mais adequado ao caso concreto.

Desta forma, Dworkin fornece fundamentos conceitual e normativo sólidos para uma nova teoria geral do Direito, compreendendo uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei.

⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 134.

Entretanto, Jürgen Habermas se contrapõe à teoria de Dworkin ao argumento que este supõe que o juiz esteja altamente qualificado por seus conhecimentos, habilidades profissionais ou mesmo qualidades pessoais a representar os cidadãos e a garantir a integridade da comunidade jurídica.

Embora Habermas adote muitos pontos das teorias de Dworkin para fundamentar suas próprias teorias (agir comunicativo entre outras), sua crítica enfoca o entendimento de Dworkin sobre o Direito como um meio de integração social aplicável numa comunidade solidária muito abstrata. A crítica de Habermas a Dworkin não se refere à legitimidade do juiz para decidir, nem pretende vinculá-lo ao texto da lei, mas visa acrescentar que a interpretação das normas é construtivo e provém de iniciativa comum baseada na comunicação pública (agir comunicativo) dos cidadãos, que é concreta e discursiva⁸⁴.

Desta forma, Habermas desenvolve uma teoria da argumentação jurídica propondo que a certeza do juízo normativo requer aceitabilidade racional respaldada em argumentos. A validade de um juízo só pode ser definida por intermédio de um argumento válido ou inválido, e isso é possibilitado pelo discurso, ou seja, através da fundamentação argumentativa⁸⁵.

Com a substituição da razão prática pela comunicativa da teoria do agir comunicativo, permite-se a criação de direitos, que são reconhecidos pelos membros de uma sociedade que, igualmente, reconhece a correlação entre o princípio do discurso, os direitos fundamentais e o princípio da democracia⁸⁶, transformando os cidadãos igualmente em criadores e destinatários da ordem jurídica⁸⁷.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1, p. 276-277.

⁸⁵ Para Habermas, “uma teoria da argumentação que se entrega a essa tarefa não pode limitar-se a um acesso lógico-semântico ao discurso jurídico [...]. A correção dos juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. ‘Correção’ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade [...] isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler 2. Edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I, p. 281-282).

⁸⁶ “Nesse ponto, é possível enfeixar diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema de direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo” (Ibidem, p. 154).

⁸⁷ Habermas: “Por esta razão, o direito vigente tem que ser um direito legítimo. E ele só pode satisfazer a esta condição se for constituído de acordo com procedimentos da formação democrática da opinião

No mesmo contexto da pós-modernidade, Robert Alexy reconhece e desenvolve os princípios como normas jurídicas diretamente aplicáveis aos casos concretos e propõe a diferenciação entre aqueles e as regras segundo o grau de generalidade que apresentam, ostentando os primeiros maior grau que os últimos. Desta forma, os princípios seriam normas que ordenam algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras seriam normas que são sempre satisfeitas ou não. Logo, os princípios são qualitativamente superiores por conter “mandamentos de otimização”⁸⁸.

Para o autor, a importância dos princípios transcende a fundamentação da criação das regras, e passa a solucionar os casos concretos, na medida em que sua aplicação direta é fundamental.

Assim, Alexy fundamenta que o princípio da proporcionalidade (formado por necessidade, adequação e proporcionalidade strictu sensu) advém das normas fundamentais, posto que tenha caráter de princípio⁸⁹.

Ao entender os direitos fundamentais como princípios ou valores, Alexy utiliza a proporcionalidade (ponderação ou sopesamento) como método para dirimir os problemas de conflitos entre os direitos fundamentais.

Por outro lado, Habermas critica o método da ponderação de Alexy como critério para resolver o conflito entre os direitos fundamentais. Para ele, a transformação dos direitos individuais em bens e valores, como defende Alexy, implica em crescentes juízos irracionais, já que os argumentos funcionalistas sobrepõem aos normativos⁹⁰.

e da vontade, que fundamentam a suposição da aceitabilidade racional dos resultados. Aquilo que dá direito à participação política liga-se com a expectativa de um uso público da razão: como legisladores democráticos, os cidadãos não podem fechar-se às exigências informais que resultam de uma orientação pelo bem comum. O que foi dito acima parece sugerir que a razão prática tem sua sede exclusiva no exercício de uma autonomia política, que permite aos destinatários do direito entender-se, ao mesmo tempo, como seus autores” (HABERMAS, Jürgen. *Era das tradições*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 73).

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90-91.

⁸⁹ Ibidem, p. 120.

⁹⁰ “Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular.

Ademais, Habermas concordando quanto ao método da interpretação construtiva de Dworkin afirma que os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios e não sob a ótica de custos e vantagens, bem como, nos casos difíceis – por exemplo, colisão entre direitos fundamentais – a decisão deve ser racional, no sentido de reconciliar as decisões tomadas pelo legislador no passado, com a decisão justa a ser adotada no presente, satisfazendo simultaneamente os critérios de segurança do direito e aceitabilidade racional⁹¹. Por conseguinte, ciente dos diversos conflitos acerca da hermenêutica e aplicação dos direitos fundamentais, não há como negar que o desenvolvimento do Direito culmina em tornar superados os ideais formalistas e mecanicistas de interpretação e aplicação do direito na forma sugerida pelo positivismo jurídico, que não possui mais espaço na sociedade de massa, dada a complexidade social e da concepção de normas construídas discursivamente e perante a constitucionalização dos Direitos. Nesse âmbito surge o neoconstitucionalismo.

3.2.2 A força normativa da Constituição: os novos critérios hermenêuticos da interpretação constitucional.

O neoconstitucionalismo emerge das construções da teoria do Direito que se refletiram diretamente na hermenêutica e na aplicação das normas constitucionais,

Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização [...]. Isso leva a Dworkin a entender direitos como ‘trunfos’ a serem usados contra-argumentos de colocação de objetivos [...]. Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores [...]. Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, v. 1, p. 320-321).

⁹¹ Para Habermas, “Uma tal teoria reconstrutiva do direito deve ser suficientemente seletiva, a fim de permitir precisamente uma decisão correta, a qual define quais as pretensões que um partido pode fazer valer no quadro da ordem jurídica existente, o que equivale a dizer quais os direitos que lhe competem objetivamente. A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça” (HABERMAS, Jürgen, op. cit., p. 264). E continua: “A teoria de Dworkin serviu como fio condutor para analisarmos o problema da racionalidade da jurisdição, cujas decisões devem satisfazer, simultaneamente, a critérios de segurança do direito e da aceitabilidade racional” (HABERMAS, Jürgen, op. cit., p. 297).

dentro de uma sociedade complexa, plural e multicultural, de um Estado Democrático de Direito e de uma Constituição garantidora dos direitos fundamentais.

Este movimento do novo constitucionalismo apresenta três marcos teóricos, a saber: o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de nova dogmática da interpretação constitucional⁹².

Toda Constituição é influenciada pelos movimentos sociais, culturais, econômicos e políticos, pela tensão permanente para criação de instrumentos, que garantam direitos essenciais a todos os cidadãos. Independentemente das condições econômicas, patrimoniais, sociais ou culturais é um fenômeno universal.

Neste contexto, Ferdinand Lassalle⁹³ defendia que a Constituição real e verdadeira era a soma dos fatores reais de poder, estes compreendidos como o poder exercido pela autoridade no poder (rei; pela aristocracia; pelo exército entre outros). Em relação ao povo, afirmava que possuía um poder inorgânico, ou seja, que não era organizado, mas que poderia se impor à sua supremacia. Em outras palavras, Lassalle fazia distinção entre Constituição escrita e Constituição real, afirmando que a primeira não passava de mera folha de papel escrita, enquanto a segunda constituía a Constituição verdadeira, já que traduzia a soma dos fatores reais de poder⁹⁴. Desta forma, o autor sugeria que o documento escrito em uma folha de papel, intitulado Constituição não tinha força por si própria, nem qualquer valor, caso não se justificasse e se fundasse nos fatores reais e efetivos de poder. Em resumo, Ferdinand Lassalle entendia que a Constituição escrita não possuía qualquer força normativa por si.

Contrariando frontalmente à concepção de Constituição de Lassalle, Konrad Hesse entende, em sua obra “A força normativa da Constituição” que a matéria constitucional engloba questões políticas e não originalmente jurídicas⁹⁵ Para o autor,

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-195.

⁹³ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

⁹⁴ LASSALLE, Ferdinand, op. cit., p. 23.

⁹⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 9.

embora concorde que a norma constitucional não tenha existência autônoma da realidade fática, entende que sua essência consiste em sua própria vigência. Ou seja, existe uma pretensão de eficácia que se concretiza na realidade social, expondo uma relação de interdependência entre a realidade e a norma constitucional.

Para Hesse, entretanto, a Constituição não retrata mera expressão fática da realidade ou das influências sociais e políticas, mas expressa a imposição de um dever ser para a sociedade. Ela deve estar inserida no contexto social a que se destina. Quanto mais conectada com a realidade social, maior sua força normativa.

Hesse reconhece a força normativa da Constituição e delinea alguns princípios de interpretação. O autor sugere que a sua interpretação deve ser submetida ao princípio da máxima concretização da norma, segundo o qual a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais da sociedade.

Destarte, a força normativa da Constituição representou importante mudança de paradigma para o constitucionalismo, visto que atribuiu às normas constitucionais *status* de norma jurídica com imperatividade, com caráter vinculativo e de obrigatoriedade. Ademais, gerou e sedimentou a determinação de aplicação imediata dos valores fundamentais inseridos na Constituição, sem auxílio de qualquer legislação infraconstitucional. Igualmente, com o novo paradigma, as normas inferiores devem obediência formal e material à norma constitucional, sob pena de invalidade e desenvolveu-se o controle de constitucionalidade material das leis, fator essencial para confirmação dos direitos fundamentais. Com isso, surgem novos critérios para a hermenêutica constitucional, que exigem do Juiz maior esforço hermenêutico ao interpretar e aplicar o sistema jurídico.

A nova hermenêutica constitucional, baseada na força normativa da Constituição e no modelo das normas que positivam os direitos fundamentais, impõe ao Juiz constitucional que procure na sociedade, no agir comunicativo e nos valores vivenciados, as respostas para a aplicação das normas constitucionais.

3.2.3 Os novos critérios hermenêuticos da interpretação constitucional. A interpretação e a criação do Direito pelo Juiz e pela sociedade aberta.

Com a criação de sistemas de controle de constitucionalidade por Cortes Constitucionais, no contexto nacional e em grande parte do internacional, ampliou-se a proteção dos direitos fundamentais garantidos pela supremacia e pela força normativa da Constituição. A constitucionalização dos direitos, proveniente, sobretudo, da supremacia da Constituição e da expansão do rol dos direitos fundamentais, constituiu fator determinante para o surgimento da necessidade de novos critérios de interpretação e aplicação direta dos preceitos fundamentais.

A imposição de que todos os direitos devem ser interpretados à luz da Constituição provém da força normativa e da supremacia da Constituição frente às demais normas infraconstitucionais. Desta forma, torna-se evidente que os métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático que se aplicam à hermenêutica constitucional são insuficientes para a interpretação e aplicação das normas constitucionais.

À medida que o novo Direito Constitucional avança, surgem novas premissas que se contrapõem ao sistema hermenêutico tradicional, provocando profundas mudanças na concepção do papel da norma, já que a solução dos problemas jurídicos não se encontra pura e simplesmente no texto da lei, a não ser em uma decisão discursiva, construída dentro da vivência de uma sociedade que é, simultaneamente, coautora e destinatária da norma. Desta forma, o papel do Juiz se altera substancialmente frente à nova conjuntura da pós-modernidade, uma vez que não lhe cabe apenas a função de solucionar a lide, segundo o preceito normativo com seu conhecimento técnico jurídico, mas criando a norma para o caso único que deve julgar, tomando por base novos critérios hermenêuticos e um complexo discursivo, já que atua como um coparticipante na criação do Direito.

Atualmente, inegável reconhecer o trabalho criativo do Juiz ao realizar a atividade hermenêutica e a aplicação do Direito. Entretanto, não há que se conceber que o Juiz tenha arbitrariedade para julgar, ou que não apresente vínculos ou critérios. Desta forma, o Juiz ao se defrontar com o texto legal, interpreta-o segundo o sistema jurídico, considerando, sobremaneira, as regras que dispõem sobre hipóteses

semelhantes; os princípios a favor ou contrários ao julgamento; os valores fundamentais que se protegem ou estão sendo mitigados pelo texto legal; os critérios interpretativos estabelecidos pela lei, pela doutrina ou jurisprudência; a racionalidade; a proporcionalidade; os valores morais e éticos; a justiça que encerra a decisão e outros fatores. Desta forma, inegável a criatividade da função do Juiz diante da necessidade de interpretação e de aplicação do Direito ao caso concreto, em que pese não ser o Juiz o único hermeneuta do Direito.

Para Peter Häberle⁹⁶, uma interpretação constitucional é identificada com a democracia liberal, sugerindo que a interpretação se constitui em mais um dos elementos da sociedade aberta e pluralista.

Dentro do Estado Democrático de Direito, todo cidadão é simultaneamente criador, destinatário e intérprete da norma, pois tem o direito de participar da criação das leis, quer por meio da eleição de seus representantes, quer pelo agir comunicativo na construção de direitos, quando se reconhecem como livres e iguais.

Ademais, uma vez em vigor, a lei disciplina padrões de conduta de forma abstrata, que devem ser interpretados pela sociedade. Assim, quando a sociedade aberta interpreta a norma, deve considerar todo o conjunto de normas existentes no sistema jurídico, assim como os princípios constitucionais, racionalidade e até mesmo os padrões de justiça. Daí o caráter vivencial do Direito, ou seja, ele é criado e recriado pela sociedade, que é simultaneamente destinatária, criadora, intérprete e mesmo, recriadora da norma⁹⁷. Por conseguinte, a maneira como a sociedade se comporta em razão do Direito, constitui-se em elemento de grande relevância na sua aplicação pelo Poder Judiciário, pois a legitimidade da decisão judicial depende desse procedimento de assimilação e interpretação da lei pela sociedade, que se constitui em um fator de legitimação social do próprio Direito.

⁹⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 12-13 e 40.

⁹⁷ Nesse sentido: "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição" (HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 15).

No paradigma da pós-modernidade, surge uma preocupação com uma nova hermenêutica constitucional, com novos critérios de interpretação que visam assegurar a força normativa da Constituição, sua supremacia, o controle de constitucionalidade e a prevalência dos direitos fundamentais. Desta forma, a justiça da decisão e a prevalência dos valores fundamentais constituem-se em pontos centrais a serem observados de forma ampla, pelas diferentes correntes filosóficas, quer no desenvolvimento de critérios hermenêuticos, quer na aplicação dos direitos fundamentais, na aplicação da norma constitucional in concreto.

O papel da sociedade aberta na interpretação da Constituição torna-se imprescindível. A atuação dos diversos setores da sociedade é decisiva na construção multicultural e pluralista do Direito, uma vez que são simultaneamente autor e destinatários das normas que criam. Assim, o Direito se revela não só em normas escritas, mas principalmente em discursos construídos e reconstruídos pela vivência em sociedade, resultantes principalmente das tensões entre o valor da justiça, a razoabilidade, a segurança jurídica, a previsibilidade, a força normativa da Constituição, a igualdade social, o bem comum, a defesa dos direitos fundamentais, entre outros.

Nesse contexto, destaca-se o papel do Poder Judiciário na promoção da segurança jurídica, racionalidade e na própria crença no Direito e na Justiça. A atividade jurisdicional se desenvolve num processo de validação da decisão judicial, que deve se preocupar com as particularidades do caso concreto. Assim, a decisão judicial não deve ser baseada tão somente no Direito vigente, mas deve ser o resultado de um processo dialético e discursivo em que o Juiz seja capaz de observar a questão por todos os ângulos e relevar os argumentos de cada parte do litígio, para exarar a decisão racional e fundamentada acerca da norma adequada à complexidade do caso concreto examinado.

Neste ponto, deve-se ressaltar a possibilidade de uma decisão judicial tornar-se universalizável para outros casos, que tenham as mesmas características relevantes do caso originário daquela decisão. No entanto, o critério deve ser aplicado com as devidas cautelas, sob pena de violar direitos individuais fundamentais, em razão da prevalência de outros valores fundamentais concorrentes. Obviamente, a tendência observada de universalização das decisões judiciais constitui-se em uma

releitura da necessidade concreta à luz do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, visto que garante valores fundamentais, como a segurança jurídica ou o próprio valor de justiça, possibilitando o conhecimento pela sociedade do conteúdo da norma que deve seguir.

No entanto, o paradigma de hermenêutica e de aplicação do Direito no Estado Democrático de Direito demandam do Poder Judiciário decisões construídas a partir dos princípios e regras constitutivas dos direitos fundamentais, cuja interpretação e aplicação deve simultaneamente satisfazer a legalidade e a segurança jurídica, e resguardar os princípios, os valores fundamentais e a crença na justiça, como no caso do reconhecimento das famílias poliafetivas, no Brasil.

3.3 Argumentos ao reconhecimento das famílias poliafetivas no Brasil.

Com a superação do pensamento de interpretação fechada, a Constituição numa sociedade aberta e pluralista está em constante transformação ocasionada pelo pensamento, que se apresenta em múltiplas possibilidades. Assim, o “pensamento de possibilidades” (Möglichkeitsdenken) desenvolvido por Häberle constitui-se em modo alternativo de interpretar o Direito Constitucional, em que fundada na dúvida, busca-se encontrar diversas alternativas à questão, que se pretende solucionar. Com isso, permite a Constituição permanecer atualizada e acompanhar as mudanças da realidade fática, a qual regula.

O Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes em obra baseada em Häberle expõe:

O pensamento de possibilidades é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento de possibilidades é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento de possibilidades ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor⁹⁸.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 35, 2016. Dossiê em Homenagem a Peter Häberle.

Assim, quanto mais plural for a sociedade, mais possibilidades e alternativas existirão, sendo que através desta interpretação faz-se com que a realidade constitucional se assemelhe à realidade fática, provocando a evolução interpretativa.

Sobre esse aspecto, citando Häberle, o Ministro Gilmar Mendes destaca:

De modo algum representam fins em si mesmo, senão apenas meios para conservar e continuamente recriar condições de liberdade para todos os cidadãos levando-se em consideração a consecução de um justo e razoável equilíbrio de interesses, assim como para a salvaguarda da Constituição com o passar do tempo e para poder desenvolver os bens públicos de todo ser humano em seu próprio bem e em benefício da comunidade⁹⁹.

Com efeito, esse método interpretativo adequa-se ao momento constitucional atual no país, preocupado com as garantias e direitos fundamentais. Nesta perspectiva o pensamento de possibilidades expresso por Häberle torna-se fundamental para democracia, pois “representa o conteúdo central dos princípios jurídico-constitucionais mais relevantes”¹⁰⁰. Uma Constituição de caráter democrático, plural, configura-se em uma proposta de soluções e coexistências possíveis, isenta de imposição política. Nesse contexto, importante citar entendimento de Gustavo Zagrebelsky:

Só assim poderemos ter Constituições “abertas”, constituições que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, ambas condições para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática¹⁰¹.

Neste contexto, os direitos fundamentais representam importante meio de alternativas para a realização do pluralismo democrático, onde a liberdade assume o sentido da própria democracia. Através dessa orientação interpretativa perfilhada por Häberle pode-se alcançar alternativa razoável a embasar a solução da questão debatida no presente estudo.

No Brasil, no início do século XX, a sociedade familiar apresentava bases fundamentalmente patriarcais, patrimonialista e exacerbadamente conservadora.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 7.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p.

¹⁰¹ ZAGREBELSKY, Gustavo *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. 10ª ed. Trad. Marina Gastón. Madri: Trotta, 2011, p.14.

Nesse período, a formação da família brasileira era constituída pelas figuras do pai, mãe e filhos, pautada pelo princípio da monogamia, onde os cônjuges deveriam ser fiéis e leais uns aos outros conforme os mandamentos da religião, sendo que o casamento era indissolúvel. Nesse ponto, importante mencionar que após a consolidação do Cristianismo e da Igreja Católica, a monogamia exerceu um papel essencial, pois, com este tipo de relacionamento, os matrimônios eram consolidados, sendo também uma forma de garantir a sucessão dos bens¹⁰².

No Código Civil de 1916, a sociedade brasileira ainda apresentava resquícios da influência religiosa no âmbito jurídico e social, pois a religião Católica Apostólica Romana ainda era a religião do Império, por mais que houvesse uma influência liberal e iluminista e o Estado já fosse laico. Com isso, a religião, uma das bases da sociedade, influenciou o modo como as pessoas deveriam agir entre si, exercendo, assim, forte domínio, no que se refere às formações familiares.

Entretanto, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o conceito de família foi expandido para além da tríade representada pelas figuras de pai, mãe e filho. Tornou-se um conceito plural, devido às novas configurações que a família vinha sofrendo e a necessidade de garantir e assegurar direitos àqueles que estavam às margens, clamando pelo amparo da lei, sob a égide do Código Civil de 1916.

Importante destacar que, muito desse pluralismo que conceitua a família e suas variáveis facetas, hoje, se originou principalmente da evolução que a sociedade, como um todo, sofreu e o fator mais decisivo que influenciou foi a emancipação profissional e econômica feminina¹⁰³ no bojo da sociedade brasileira, remodelando o papel da mulher dentro do seio familiar.

Outro fator que igualmente influenciou novas configurações da família foi a instituição oficial do divórcio no Brasil, através da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, cuja matéria foi regulamentada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que possibilitava apenas um novo casamento, mas, em 1989, com

¹⁰² WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 78.

¹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

a Lei nº 7.841, de 17 de outubro desse mesmo ano, foi revogado o art. 38 da Lei de Divórcio, possibilitando divórcios sucessivos¹⁰⁴.

Com o advento da Lei de Divórcio, a mulher deixou de submeter-se ao conservadorismo, passando a ter mais autonomia para conduzir os rumos de sua vida, com ou sem a presença do marido. Por outro lado, a viabilidade do divórcio evidencia a superação da questão patrimonial, a qual o casamento estava ligado de maneira íntima à propriedade privada, desde a Grécia Antiga¹⁰⁵.

Na redação dada pela Constituição da República de 1988, o legislador estabeleceu um conceito de família mais abrangente no artigo 226, parágrafo 4º, o qual não especifica qual a forma. No entanto, fundamenta a família sob o viés dos laços afetivos, o que contempla qualquer núcleo familiar. Muito além das tradicionais definições que a religião e o Estado verberam sobre quais gêneros e tipos formam os núcleos familiares, ao constitucionalizar o instituto da família, o constituinte permitiu o reconhecimento de toda formação familiar, a partir da releitura de conceito e finalidade da família, sob a ótica dos direitos fundamentais e princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, da boa-fé, autonomia da vontade e da busca da felicidade.

O Direito objetiva a pacificação das relações civilizadas e as normas jurídicas representam as respostas às transformações econômico-sociais vivenciadas em cada tempo e lugar, regulando situações abstratas a pessoas indeterminadas, sem qualquer individualização. José Afonso da Silva define normas, nos seguintes termos:

Normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem¹⁰⁶.

¹⁰⁴ IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. *A trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do Estado democrático de direito*. 30 jun. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+n>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁰⁵ MARQUES, Aline de Souza. O reconhecimento das uniões poliafetivas no direito brasileiro. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 120-138, nov./dez. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108815>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 91.

Sobre os princípios, acentua Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico¹⁰⁷.

Segundo, ainda, o mesmo autor, violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma, pois, o desrespeito ao princípio implica ofensa não só a um específico mandamento obrigatório, mas também ao sistema de comando. Nesse aspecto, os princípios são fontes orientadoras de interpretação do Direito, apresentando caráter de força normativa.

Os princípios constituem o fundamento da ordem jurídica e a partir do fenômeno denominado principiologização dos direitos, oriundo da ordem constitucional estabelecida pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 1º, impôs reflexos importantes no Direito das Famílias. Dada sua eficácia imediata e da aderência ao sistema e proteção da dignidade humana, o Direito das Famílias foi aquele em que mais se observou os reflexos da Constitucionalização do Direito Civil, passando a ser interpretado, segundo a carga axiológica da Constituição da República de 1988.

Segundo leciona Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁸, o constituinte ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, concluiu por “reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não meio da atividade estatal”. No mesmo sentido é o entendimento de Häberle, para quem o ponto de partida para qualquer reflexão sobre constituição liberal e seu desenvolvimento, é o homem e sua dignidade¹⁰⁹.

Nessa perspectiva de realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, assegurando o bem-estar, a igualdade e a justiça social, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 introduziu o princípio da

¹⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 451.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 8.

¹⁰⁹ VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. (Série IDP).

dignidade da pessoa humana, como valor máximo interpretativo (art. 1º, inc. III) e como fim da ordem econômica (art. 170 CRFB/88), possuindo força normativa extensa, pois proíbe e estabelece condutas em relação aos indivíduos.

No mesmo sentido Guilherme Calmon ressalta:

A dignidade da pessoa humana, na perspectiva das relações intersubjetivas, cria dever geral de respeito pela pessoa (com valor intrínseco), consistente num conjunto de deveres e direitos recíprocos, de natureza material, voltados ao resguardo e à promoção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, também vista sob o enfoque das relações intersubjetivas, merece ser reconhecida e devidamente tutelada pela ordem jurídica na perspectiva de igual respeito e igual consideração de toda pessoa humana, tanto pelo Estado como pela sociedade¹¹⁰.

Desta forma, verifica-se que o reconhecimento e proteção da dignidade humana pelo Direito é resultante da evolução do pensamento humano e atualmente, os direitos da pessoa humana, considerados supra positivos, ou seja, inerentes à condição humana, devem ser respeitados e protegidos pelo Estado Democrático de Direito.

A partir da observância ao princípio basilar da dignidade humana, o Direito das Famílias evoluiu, ampliando o conceito de família para legitimar as novas manifestações de núcleos familiares.

Nesse contexto, deve-se entender que é dever do Estado proteger e respeitar a formação da família, por tratar-se de um direito humano e *locus* de desenvolvimento pessoal e social de cada um de seus membros, vedando-se qualquer discriminação, quer em relação ao formato de constituição da entidade familiar – hetero, homo ou poliafetiva. Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves dizendo que “o direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito”¹¹¹.

E Manoel Gonçalves Ferreira Filho acrescenta:

O direito humano é um direito universal, inerente à condição humana, em todas as partes do mundo e em todos os tempos: o direito deve ser

¹¹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Dignidade humana (no biodireito). In: TORRES, R. L.; KATAOKA, E. T.; GALDINO, F. (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. São Paulo: Eliezer Editora, 2010. p. 262.

¹¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6, p. 22.

fundamental, universal e suscetível de uma formulação suficientemente precisa para dar lugar a obrigações da parte do Estado¹¹².

Verifica-se que a dignidade da pessoa humana transcende o âmbito do direito, desempenhando o papel de Princípio Constitucional Civil, expressamente visível, como uma cláusula geral, que protege e amplia as possibilidades de um direito, como se verificou no reconhecimento judicial da entidade familiar homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a dignidade pressupõe a igualdade entre as pessoas, cujos interesses igualmente devem ser respeitados, independentemente de suas características individuais, quer de raça, credo, gênero ou qualquer discriminação. Consequentemente, evidencia-se que a aplicação da igualdade confere aos integrantes da família poliafetiva, direitos respeitados e reconhecidos juridicamente pela livre escolha de constituição familiar, sem qualquer discriminação.

Ademais, a dignidade da pessoa é correlata à liberdade de escolha, a qual permite o exercício pleno dos direitos existenciais, de forma responsável no meio social. Nesse sentido, prevê a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”¹¹³.

Portanto, conclui-se que o princípio estruturante da dignidade humana ampara toda forma de constituição de entidade familiar, nela incluída, a família poliafetiva.

A proteção à individualidade da pessoa humana garante a liberdade de escolha na formação de sua família, pois esta constitui-se em locus do desenvolvimento de sua dignidade, quer opte pela formação monogâmica, quer plural. Nesse contexto, considerando o afeto, o fator de efetivação da dignidade de cada indivíduo, no meio familiar, não pode o Estado abster-se de proteger as pessoas, que livremente escolhem desenvolver suas personalidades no âmbito da entidade familiar poliafetiva.

¹¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 57.

¹¹³ Organização das Nações Unidas – ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 21 set. 2018.

Importante, neste ponto, compartilhar o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira:

Uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos Direitos Humanos, ou melhor, é uma afronta à dignidade da pessoa humana. O Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não-reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento. Como se vê, o Direito de Família está intrinsecamente ligado aos “Direitos Humanos” e à dignidade¹¹⁴.

Desta forma, cabe ao Poder Público criar meios para promoção da dignidade humana de cada um de seus membros, de forma a efetivar a dignidade de cada indivíduo, não só com o reconhecimento das formas plurais de família, mas também não interferindo na autonomia privada de seus administrados, que optaram por viver de forma digna dentro da filosofia do poliamor.

Sob outro enfoque, a noção de igualdade liga-se diretamente à dignidade. Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha¹¹⁵, a desigualdade atingiu seu apogeu na Idade Média, em que as leis refletiam a desigualdade social. Surge, então, em contraposição àquela situação, na sociedade, um Direito, fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, em sua dignidade, como condição essencial de ser humano. Desta forma, positiva-se a igualdade formal perante a lei.

Conforme leciona a autora, o princípio da igualdade foi elevado a alicerce do Estado Moderno com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França. Entretanto, a positivação constitucional não foi suficiente para efetivar a isonomia jurídica, continuando a observar-se somente a igualdade formal. Somente com o modelo estatal do Estado Social, preocupado em amenizar as discriminações injustas, ocorreu a efetividade ao princípio da igualdade. Surge a igualdade material ou

¹¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 71-72.

¹¹⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os princípios constitucionais e o novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 73-93, 2003.

substancial, que proporciona aos cidadãos, não só a igualdade perante a lei (formal), mas também garantir que o Estado efetive a isonomia.

O princípio da igualdade na legislação pátria encontra-se inserido no rol de direitos e garantias individuais (art. 5º da CRFB/88)¹¹⁶ e veda tratamento legal diferenciado para pessoas que pertençam a grupos socio econômico, sexual, racial entre outros, diferentes. O objetivo é garantir a igualdade material, a igualdade jurídica isonômica, impedindo que o parâmetro diferenciador seja desprovido de razoabilidade. As discriminações arbitrárias são vedadas. Por outro lado, espera-se o tratamento desigual aos desiguais, na medida em que se desiguam, por ser exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que se protege é a finalidade acolhida pelo direito.

Nesse sentido, importante destacar lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias, as discriminações. Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça¹¹⁷.

Conforme estabelecido na Constituição da República de 1988, homens e mulheres são iguais perante a lei, circunstância que repercute nas relações familiares, como se pode verificar pelo conteúdo do artigo 226 parágrafo 5º da Constituição da República de 1988, pelo qual “os direito e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, e pelo parágrafo 7º do mesmo dispositivo legal que dispõe que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito.

Muitos artigos na Constituição denotam a isonomia entre homens e mulheres no âmbito familiar, surgindo o conceito de família democrática, caracterizado em um regime de colaboração entre os cônjuges e companheiros.

¹¹⁶ Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

¹¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 243.

O princípio da igualdade apresenta-se importante para o reconhecimento a família poliafetiva, pois traduz-se na máxima que a Lei deve tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, podendo assim resguardar juridicamente os interesses de toda a sociedade. Por conseguinte, ela não pode ser discriminada apenas em decorrência da escolha de um arranjo familiar fora dos padrões convencionais.

Com a pós-modernidade, a família assume novo papel na sociedade, pois deixa a ótica meramente patrimonial e de reprodução, transformando-se num modelo constitucional democrático, cuja estrutura é plural, fundada nos princípios da promoção da dignidade humana e solidariedade.

Nesse ponto, cumpre destacar que a multiplicidade de formas de constituição familiar não se trata de assunto recente. Orlando Gomes já ensinava em 1983:

O regime legal da família não deve se restringir à família constituída pelo casamento, muito menos ainda a seu modelo antigo de uma sociedade fechada sobre si mesma, na qual se sucedem as mortes, os matrimônios e os nascimentos, assegurando entre as gerações uma continuidade biológica, social e econômica. Igual tutela deve ser dispensada, na medida do possível, a toda sociedade aberta de convivência íntima entre seus componentes¹¹⁸.

Como se verifica, àquela época, as famílias formadas fora do matrimônio, como as monoparentais e advindas do divórcio, já constituíam uma realidade na sociedade brasileira. A Constituição da República de 1988, ao positivar esta realidade, não só abandonou definitivamente o formato patriarcal de constituição de família pelo casamento, mas também reconheceu uma diversidade de formações possíveis de entidades familiares, desde que fundamentadas no afeto e na ética. Em outras palavras, com o advento da Constituição da República de 1988, a organização familiar passa a ser instrumental, sua base é afetiva e torna-se meio de desenvolvimento da dignidade dos indivíduos. Apresenta-se como uma entidade pluralizada, igualitária, sem fixação de gêneros – hetero ou homoparental –, visando à busca da felicidade.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 204

Conforme leciona Francisco José Ferreira Muniz¹¹⁹ "inexiste na Constituição uma construção geométrica da família; ao contrário, reconhece-se a diversidade, a pluralidade dos diferentes tipos de família que merecem tratamentos idênticos".

Com o advento da Constituição da República de 1988, a família transforma-se numa entidade plural e socioafetiva, onde o afeto entre seus membros orienta e possibilita o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros.

Nesse contexto, incabível a exclusão de direitos de modelos familiares não exemplificados na norma do artigo 226 do texto constitucional em vigência, pois trata-se de legislação de caráter inclusivo, sobretudo, ante a incidência do princípio da pluralidade familiar. Assim, o comando constitucional veda o caráter seletivo com base na composição familiar para promoção da proteção da dignidade humana. A entidade familiar, hoje, é entendida segundo os parâmetros de liberdade e igualdade, com objetivo de buscar a felicidade de seus membros, independentemente de sua origem, devendo receber proteção e respeito da sociedade como um todo.

Sobre a dimensão da proteção constitucional dispensada à família atualmente, importante destacar lição de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

Há que se compreender a proteção constitucional família como a mais abrangente possível. Despiciendo a forma da qual se valha, o único juízo que se admite fazer atine à preservação da dignidade e do livre desenvolvimento das pessoas que compõem o ambiente familiar. Constatado isso, toda e qualquer estrutura, toda e qualquer origem familiar, merece proteção jurídico-constitucional. [...] ¹²⁰.

Uma vez reconhecida a pluralidade familiar pelo comando constitucional, incabível ao Direito Civil negar existência às novas formações de convivência intersubjetiva, pois trata-se de realidade sociológica. Não pode o Estado interferir no direito individual de formar uma família, pois seu objetivo precípua é de promover a dignidade humana, cujo locus é a família.

¹¹⁹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família evolução no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 77.

¹²⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45.

O reconhecimento das famílias poliafetivas igualmente pode ser alicerçado sob a ótica do princípio fundamental da autonomia privada, uma vez que inserida no contexto da realização da pessoa humana, valor maior da República Federativa Brasileira.

No âmbito familiar, o princípio da autonomia privada propicia a formação dos diversos arranjos de convivências, uma vez que reconhece às pessoas, o direito de exercer a liberdade de autorregular seus próprios interesses. No caso específico em estudo – famílias poliafetivas – a incidência deste princípio fundamental valoriza juridicamente as manifestações de vontade de seus integrantes, que decidiram, de forma livre, promover sua dignidade no núcleo do poliamor. A intervenção do Estado, neste caso, deve ser somente para dar proteção e dignidade a seus membros, de forma igualitária às demais entidades familiares, já reconhecidas juridicamente.

Neste ponto, importante ressaltar que autonomia privada não se confunde com a expressão autonomia da vontade. Ainda que a diferença seja sutil, é significativa, pois expressa uma investida ao individualismo, conforme leciona Francisco Amaral. Segundo o autor¹²¹, a autonomia da vontade “tem uma conotação mais subjetiva, psicológica”, de caráter liberal, que se faz presente na concepção clássica dos contratos. Por outro lado, a “autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo”, apresentando um caráter mais concreto, realista e atual. Prosseguindo, alude que a autonomia da vontade implica na “prevalência do direito subjetivo sobre o direito objetivo, dentro da ideia já exposta do indivíduo como fonte e fundamento do Direito”¹²².

Por outro lado, a autonomia privada é delimitada pelo ordenamento jurídico, conforme afirma o autor, “o direito objetivo predomina sobre o direito subjetivo. Essa inversão abre a perspectiva da influência estatal no âmbito contratual e consolida o caráter relativo da autonomia privada, delineada a partir da ideologia presente à época”¹²³.

¹²¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77-78.

¹²² Idem, p. 382.

¹²³ Idem, p. 382.

A partir da promulgação de 1988, a ampliação da esfera de atuação da autonomia privada tanto no campo contratual, quanto no existencial, afastou a presença do Estado das relações familiares.

Na pós-modernidade, o papel do Estado na regulamentação das relações no âmbito do Direito das Famílias tem sido revisado, em razão da valorização da autonomia e dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição da República de 1988.

Com a inserção da afetividade como elemento essencial para a formação do núcleo familiar, o conceito de família foi ampliado, o que propiciou o surgimento de novas estruturas familiares às margens de regulamentação. Nesses casos, a intervenção do Estado deve ser para reconhecer determinado núcleo familiar, como no caso das uniões homoafetivas, sendo que esta intervenção estatal necessária se faz por meio do Poder Judiciário.

Com efeito, ao longo da evolução da humanidade, a intervenção do Estado nas relações familiares mostrou-se conflitante, ora intervindo em caráter protecionista, ora restringindo o princípio da autonomia privada de seus membros. Diante das contradições, em que de um lado encontra-se a Constituição a preceituar a autonomia, a dignidade, a pluralidade familiar e a não intervenção estatal e de outro, o legislador a intervir excessivamente levando a comportamentos a par da realidade social, ou negando direitos às novas famílias, em função da moral social ou religiosa, surge o questionamento sobre o limite da intervenção do Estado nas relações familiares, dentro do contexto socioeconômico pátrio de hoje.

Em sua trajetória, a atuação do Estado nas relações familiares foi marcada por forte ingerência, a ponto de estabelecer comportamentos padronizados a seus membros. Sobre essa perspectiva, Silvio Rodrigues alude que se chegou “mesmo a afirmar que dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o indivíduo”¹²⁴, entendimento inconcebível na contemporaneidade.

Não obstante a existência de intervenções importantes, no contexto atual deve-se entender que a organização familiar prescinde de intervenção estatal, mas necessita de tutela. A partir do momento em que se assegura constitucionalmente a

¹²⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: parte geral. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 12, p. 11.

autonomia dos indivíduos, concedendo-lhes livre escolha para formação de seu núcleo familiar, dispensa-se, automaticamente, a presença do Estado desse âmbito privado. Isto porque a proteção constitucional da dignidade humana, autonomia privada e pluralidade das famílias (art. 226, §§1º a 6º da CRFB/88) demonstram a intenção do legislador de limitar a atuação do Estado, no meio familiar.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, nota-se a aceitação do princípio da intervenção mínima estatal nas relações familiares pelo Poder Público ao facilitar o direito ao divórcio, independentemente da separação, priorizando, assim, a liberdade, a autonomia privada e a individualidade do cônjuge, que pretendia o fim da sociedade conjugal. No mesmo sentido, o artigo 1.513 do Código Civil estabelece que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, consagrando o princípio da não intervenção no Direito de Família.

Como se observa, o princípio da limitação da autonomia privada relaciona-se diretamente à aplicação do princípio da mínima intervenção estatal, o que induz à discussão sobre os limites de atuação do Estado, dentro das relações privadas.

Segundo conceitua Daniel Sarmento, a autonomia privada é “o poder que a pessoa tem de auto regulamentar os próprios interesses”¹²⁵, o que permite ao indivíduo, na esfera familiar, a livre escolha da forma como constituirá sua família, observando os interesses do seu grupo. Igualmente, Farias e Rosenvald afirmam que a autonomia privada no direito das Famílias:

Significa que os componentes dos núcleos familiares podem tocar livremente, os seus projetos de vida familiar, sendo ilegítima a intervenção do Poder Estatal quando a relação familiar é travada entre pessoas livres e iguais. Somente se justificando o intervencionismo do Poder Público para garantir o exercício de liberdade¹²⁶.

Consequentemente, concebe-se o intervencionismo estatal como forma a garantir o exercício da dignidade dos membros do grupo familiar, constituindo

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 188.

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Curso de direito civil: família*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. v. 6, p. 24.

qualquer ato fora dessa esfera, uma conduta atentatória ao poder de autodeterminação humana, no âmbito familiar. Neste sentido é o entendimento do jurista Caio Mario da Silva Pereira¹²⁷: “os interesses da família e dos membros que a compõem não devem sofrer a intervenção direta e ostensiva do Estado, a quem compete apenas tutelá-los”.

Na mesma linha de entendimento Rodrigo da Cunha Pereira reconhece o status constitucional do princípio da menor intervenção estatal, destacando, inclusive, a distinção entre tutela e intervenção:

Não se deve confundir, pois, esta tutela com poder de fiscalização e controle, de forma a restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos. Muito menos se pode admitir que esta proteção alce o Direito de Família à categoria de Direito Público, apto a ser regulado por seus critérios técnico-jurídicos. Esta delimitação é de fundamental importância, sobretudo para servir de freio à liberdade do Estado para intervir nas relações familiares¹²⁸.

Neste contexto, percebe-se que a família pós-moderna tem autonomia para escolher quais regras irão gerenciar a convivência familiar do grupo, sendo a presença do Estado somente justificável para promover a dignidade e preservar os direitos de seus membros, respeitando suas preferências e desejos, para que estes realizem seus projetos no âmbito familiar.

Neste sentido, conclui-se que as famílias poliafetivas têm o direito de exercer sua autonomia privada para escolher a forma de materializar sua convivência familiar, pelo arranjo de quantas pessoas forem convenientes.

Outro princípio que ampara o reconhecimento do núcleo familiar poliafetivo seria o princípio da boa-fé, cujo conceito “é um princípio normativo que se exprime por meio de seu modelo de sistema fechado, em favor das relações jurídicas”¹²⁹. Este princípio possui duas concepções diferentes: a subjetiva e a objetiva. O sentido subjetivo corresponde ao estado psicológico da pessoa, ou seja, seu convencimento

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. ver. e atual. por Tânia da Silva Pereira. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3-4.

¹²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, São Paulo. *Anais [...]* São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 109. [Rodrigo da Cunha Pereira, org.].

¹²⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 83.

ou intenção de estar agindo de forma a não prejudicar ninguém. No entanto, a concepção objetiva abrange uma regra de conduta segundo os ideais de honestidade, lealdade e probidade. Em outras palavras, as partes, neste caso, numa relação intersubjetiva, devem agir respeitando a confiança e interesse do outro.

A boa-fé objetiva possui três funções: a limitadora de direitos subjetivos; a interpretativa e a integrativa.

A primeira função incide principalmente no âmbito da autonomia privada e tem por objeto restringir o exercício abusivo dos direitos subjetivos, reduzindo a liberdade de atuação das partes na relação intersubjetiva, coibindo, na perspectiva contratual ou mesmo no plano existencial, que os participantes estabeleçam condutas e cláusulas abusivas, que venham a desrespeitar a personalidade alheia.

Em sua função interpretativa, a boa-fé objetiva define o melhor meio de interpretar um caso concreto, para estabelecer o sentido e alcance da norma.

Na terceira função, a boa-fé objetiva é integrativa “no sentido de que se constitui em princípio normativo a que se recorre para preencher eventuais lacunas”¹³⁰. Constitui-se, também, em fonte criadora de deveres anexos de conduta, como o dever de respeito, de lealdade, de probidade, de cooperação, o dever de agir conforme a razoabilidade, equidade ou conforme a confiança depositada.

A importância do papel do princípio em estudo é claramente mencionada no posicionamento de Tereza Negreiros, segundo o qual a boa-fé, no Direito pós-moderno, provém de uma cláusula geral com fundamentação constitucional

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana, em consonância ao ditame constitucional, que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito ao ser humano é fundamental a toda e qualquer relação jurídica. Há, pois, uma valorização da dignidade da pessoa humana em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que as relações obrigacionais passam a constituir-se num espaço à concretização da cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana¹³¹.

¹³⁰ Ibidem, p. 84.

¹³¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117-118.

Adotando-se o entendimento da autora mencionada, verifica-se que o princípio da boa-fé, sendo uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, é plenamente aplicável no âmbito familiar, principalmente por tratar-se de meio, pelo qual a pessoa promove sua dignidade.

Nesse contexto, importante mencionar que Código Civil de 2002 baseia-se em três preceitos, que orientam a interpretação do Direito Privado, incidindo, diretamente, nas relações familiares. O princípio da socialidade, pelo qual eliminou a característica individualista do Código Civil de 1916, fazendo com que os institutos de Direito Privado passassem a ser analisados sob a ótica social, tomando como critérios interpretativos, os preceitos fundamentais, que protegem a pessoa humana, previstos na Constituição da República de 1988. O princípio da operabilidade que, facilitando a aplicação do Direito Privado, propiciou o abandono do rigor técnico estatuído pela codificação anterior, buscando a efetividade do Direito Civil, de forma a propiciar o preenchimento das lacunas pelo aplicador do Direito. E o princípio da eticidade que se relaciona com a observância da ética nas relações intersubjetivas.

Com efeito, a boa-fé objetiva nas relações familiares apresenta delineamentos próprios, os quais exigem deveres relacionados à formação e manutenção de um ambiente familiar alicerçado no afeto, solidariedade e confiança.

A boa-fé objetiva, além de se constituir em um dos princípios fundamentais do Direito, e uma cláusula geral limitativa da conduta do particular, ao estabelecer um parâmetro ético de conduta nas relações intersubjetivas, ela cria mecanismos objetivos para a concretização dos novos valores determinados a garantir a tutela jurídica da personalidade no âmbito da família. Um dos parâmetros éticos que a atividade jurídica protege é a confiança depositada na conduta que se espera entre os indivíduos, quer no âmbito negocial ou não.

A confiança é a condição para as condutas humanas em sociedade. Segundo ensinam Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal:

É a lúdima expectativa ética de que, em toda e qualquer relação jurídica (contratual ou não!), as partes envolvidas não fraudem as expectativas decorrentes de seu próprio comportamento (explícito ou implícito, comissivo ou omissivo). Enfim, é o reconhecimento de que a natureza gregária do homem e a multiplicidade de comportamentos adotados em diferentes

relacionamentos produzem esperanças recíprocas (confiança no alcançar determinados resultados) e que o cumprimento dessa confiança gerada é fator imperioso para o bom funcionamento da sociedade, sendo, ainda, relevante para o desenvolvimento econômico e social.

Especificamente nas relações entre particulares (tomadas em meio à natural complexidade do mundo contemporâneo), a tutela jurídica da confiança avulta, então, como única forma de proteção qualificada no comportamento humano. Exatamente por isso, a confiança é alçada à altitude de paradigma (referencial) das relações privadas, sejam contratuais, sejam existenciais, estabelecendo deveres jurídicos (que não precisam estar expressos nos contratos ou nas normas positivas) que vinculam os sujeitos, vedando-lhes o comportamento contrário às expectativas que produziu no(s) outro(s), permitindo-se antever uma necessidade de compreender os diversos institutos jurídicos no âmbito familiarista, à luz da tutela da confiança¹³².

Com efeito, a convivência social somente é possível pelo valor da confiança, que se constitui em um dos pilares principais do Direito. Nesse sentido e considerando a família como uma entidade de promoção da personalidade de seus membros, através do afeto, solidariedade e confiança, sem dúvidas que na família de núcleo formado pelo poliamor igualmente esteja presente a boa-fé objetiva, na medida em que seus membros se unem de comum acordo, de forma ética e transparente, com base no afeto, solidariedade, respeito e lealdade no agir, inexistindo, então, qualquer impedimento para o enquadramento legal dessa entidade familiar.

A proteção à família igualitária, plural e afetiva como base da sociedade brasileira adveio com a promulgação da Constituição da República de 1988. Ainda, como corolário da segurança jurídica na efetivação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, impôs-se a garantia do não retrocesso social, outro fundamento norteador ao reconhecimento das famílias poliafetivas.

Segundo Canotilho¹³³, o princípio do não retrocesso “é a vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social”.

Ampliando a aplicabilidade desse princípio às relações familiares, Luís Roberto Barroso ensina:

O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao

¹³² FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Curso de direito civil: família*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. v.6, p. 109.

¹³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 338-339.

trabalhador direito ao 'seguro desemprego' em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226).

No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente, frustrada pelo legislador ordinário.

No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na desproteção da família¹³⁴.

O princípio do não retrocesso implica em um comportamento omissivo do Estado, pois parte da premissa de que o Estado deve se abster de adotar medidas que restrinjam ou flexibilizem, de forma desarrazoada, as conquistas alcançadas durante a evolução da sociedade. No âmbito familiar, a aplicação do princípio importa na abstenção de atos que impliquem na desproteção da família.

Pela Constituição da República de 1988, compete ao Estado a proteção da família plural e isonômica, não cabendo a norma infraconstitucional válida restringir o direito de formar famílias, desde que fundadas na afetividade, solidariedade e confiança. Portanto, impede-se o Estado de retroceder nas garantias e direitos ao longo consolidados e efetivados pelo texto constitucional de 1988, criando normas que violem as garantias fundamentais das pessoas.

Neste ponto, importante mencionar o Projeto de Lei nº 6.583/2013, intitulado Estatuto da Família, que se constitui em retrocesso, por afrontar aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade humana, autonomia privada, pluralidade familiar e o princípio da isonomia das famílias, uma vez que restringe as entidades familiares apenas à união entre um homem e uma mulher, pelo casamento ou união estável ou, ainda, qualquer conjuntura de união que seja oriunda de seus pais ou descendentes. Obviamente, a incidência do princípio do retrocesso social não valida o teor deste projeto de lei.

Neste contexto, bem explica Maria Berenice Dias

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

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 120.

afetivas. A lei é retardatária, sempre vem depois. Daí a tendência de ser conservadora. Tenta impor limites, formatar comportamentos dentro dos modelos preestabelecidos pela sociedade, na busca de colocar moldura nos fatos da vida. Quando não existe direito positivado, a função de apanhar o fato e conferir-lhe tutela jurídica é delegada ao poder Judiciário, que tem o dever de fazer justiça¹³⁵.

No mesmo sentido é a lição de Flávio Tartuce:

O Brasil vive, no presente momento, um grande conflito ideológico e, como não poderia ser diferente, tal colisão atinge não só os aplicadores do Direito como também os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, especialmente em temas condizentes aos costumes e à família. Como exemplo desse embate, pode ser citada a tramitação de dois projetos de lei a respeito do conceito de família no Congresso Nacional.

O primeiro deles, na Câmara dos Deputados, intitulado Estatuto da Família (PL 6.583/2013), no singular, pretende restringir o conceito de família aos casamentos e às uniões estáveis entre homens e mulheres e seus filhos. Nos termos do seu art. 1º, "esta lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar". Em complemento, enuncia a proposta de art. 2º da norma que "para os fins desta lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

A outra projeção é o Estatuto das Famílias (PL 470/2013), no plural, em curso no Senado Federal, originário de proposta formulada pelos juristas que compõem o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e que, em vários de seus dispositivos, traz um conceito extensivo de família. Cite-se, entre tantas regras, a proposta de conceito de união estável constante do seu art. 61, in verbis: "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Como se nota, a proposta menciona a união de duas pessoas, não obrigatoriamente homem e mulher¹³⁶.

Não há dúvida, que a tramitação desses dois projetos, demonstra um conflito ideológico sobre os valores da família contemporânea. Entretanto, espera-se que prevaleça a pluralidade familiar e o respeito à liberdade da pessoa humana para autodeterminar-se em suas relações existenciais, impedindo que valores morais e religiosos superados frustrem a evolução social.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 107.

¹³⁶ TARTUCE, Flávio. *Estatuto da família x estatuto das famílias; singular x plural; exclusão x inclusão*. São Paulo: 2015. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2015/10/coluna-nomigalhas-de-outubro-de-2015.html>. Acesso em: 18 dez. 2018.

A busca pela felicidade igualmente se constitui em mais um argumento para embasar o reconhecimento jurídico da família poliafetiva.

A disseminação de convicções libertárias advindas dos ideais revolucionários na Independência do Estados Unidos e na Revolução Francesa serviram de referência para o processo de Independência do Brasil, haja vista a busca pela felicidade. No Brasil, a questão da felicidade foi amplamente discutida e percorreu árduo caminho até que fosse incorporada ao constitucionalismo. Na lição de Marco Antônio Villa:

O imperador, tentando dourar seu autoritarismo, chegou até a convocar, em 17 de novembro de 1823, eleições para uma nova Constituinte, porém não estabeleceu data. Pura manobra. O decreto foi logo esquecido. Quatro meses depois, pela “graça de Deus e unânime aclamação dos povos”, o imperador outorgou a nossa primeira Constituição. Fingindo humildade, logo na apresentação, dizia que enviou o projeto às Câmaras aguardando sugestões, que, evidentemente, não ocorreram – nem seriam aceitas. Tudo fez, como escreveu, para a “felicidade política” do povo brasileiro¹³⁷.

O constitucionalismo pátrio foi marcado por muitas aspirações de cunho moral, ideológico, político e social. Entretanto, a felicidade, na acepção literal da palavra, nunca foi positivada nas Constituições promulgadas, sendo sua existência percebida através da utilização de técnicas de hermenêutica, sobretudo na Constituição da República de 1988.

Neste sentido, Saul Tourinho Leal¹³⁸ entende que a Constituição da República de 1988 “trouxe um subsistema constitucional da felicidade baseado na proteção do bem-estar em vários campos da vida coletiva”.

Por conseguinte, a felicidade, na atual Constituição, está designada no campo referencial do “bem-estar”, sem que, contudo, haja equivalência no sentido. Para Bruno César Oliveira Lopes¹³⁹ “o sentido de bem-estar a que o homem pós-moderno está submetido [...] é apenas o ter um objeto, qualquer que seja, embora os valores

¹³⁷ VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras – 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011. p. 17.

¹³⁸ LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 153.

¹³⁹ LOPES, Bruno César Oliveira. *A busca da felicidade e o bem-estar no mundo pós-moderno*. *Psicologado*, ago. 2003. Disponível em: <https://psicologado.com/abordagens/psicanalise/a-busca-da-felicidade-e-o-bem-estar-no-mundo-pos-moderno>. Acesso em: set. 2018.

pessoais é que irão determinar que tipo de objeto seja, bem-estar hoje é aparentar-se feliz [...]”.

Como se depreende do texto preambular da Constituição da República de 1988, que além de mencionar a liberdade, segurança, desenvolvimento, igualdade, justiça como seus valores supremos, nota-se também a previsão do bem-estar, ou seja, a felicidade da sociedade brasileira. Para Saul Tourinho Leal, a felicidade encontra-se também em outros dispositivos do texto constitucional, como exemplo:

De acordo com o art. 182, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o “bem-estar” de seus habitantes. Dessa vez, entendeu-se a felicidade dos habitantes das cidades como a razão de ser das políticas de desenvolvimento urbano. Esse “bem-estar” há de ser garantido por meio do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. O que fica evidente é que a Constituição se preocupou com a qualidade de vida das pessoas residentes nas cidades, tentando, por meio de políticas específicas, assegurar a felicidade delas¹⁴⁰.

Desta forma, o “bem-estar” interpretado como felicidade, possui significado prestacional, vez que o Estado deve prover o mínimo existencial a seus cidadãos para garantir que condições mínimas de dignidade sejam alcançadas, a fim de que todos os membros busquem e atinjam a felicidade. Para Saul Tourinho Leal¹⁴¹, o direito à felicidade não se apresenta somente incorporado ao “bem-estar”.

O direito à felicidade igualmente apresenta-se como princípio, face a abstratividade do preceito e as características de direito fundamental considerados na tese de Robert Alexy. Há, também, o direito à felicidade pública, fundado na participação popular, com base nos ensinamentos de Hannah Arendt. Ainda, verifica-se o direito à busca da felicidade, com características do liberalismo, segundo o qual o Estado deveria se abster de intervir nos planos racionais do indivíduo na busca da felicidade. Importante lembrar, neste ponto que, quaisquer desses vieses estão em harmonia com a dignidade da pessoa humana.

Hoje, a tendência dos julgamentos nos Tribunais engloba a utilização da técnica de ponderação para decisões que envolvem o interesse coletivo, visando

¹⁴⁰ LEAL, Saul Tourinho, op. cit., p. 370.

¹⁴¹ Idem.

maximizar a felicidade ao maior número de pessoas. Em outras palavras, é notório o reconhecimento de uma vertente do direito à felicidade pelo Supremo Tribunal Federal e também pelo Superior Tribunal de Justiça, como reflexo de uma visão, pela qual a lei deve ser interpretada, segundo os princípios e valores éticos, que concretizem a ideia de Justiça.

Nesse prisma, verifica-se que o direito à felicidade é avocado como preceito decorrente dos direitos fundamentais, que estão inseridos no meio constitucional pátrio.

Em contrapartida o jurista Lênio Luiz Streck critica a elaboração exacerbada de princípios sem normatividade o afirmar:

[...] os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra - que será aplicada ao caso por subsunção -, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos [...]. De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando pamprincipiologismo. Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição Brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio, da própria legalidade constitucional¹⁴².

Segundo esse entendimento, nega-se a existência de um direito à felicidade (como princípio da felicidade) por ausência de previsão normativa, entendendo que a utilização da hermenêutica, nesses casos, constitui-se em campo aberto para a discricionariedade judicial. Contudo, importante lembrar que o direito acompanha o fato social à medida que ele vai se alterando, visando a resguardar as próprias normas previstas no ordenamento jurídico. Assim, esta posição radical não deve subsistir, haja vista a tendência de movimentos, como o neoconstitucionalismo, que visa resgatar uma concentração de enunciados éticos à norma escrita, através de princípios que se

¹⁴² STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso* – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

constituem a base e apoio do ordenamento jurídico, concedendo-lhes contornos e orientação hermenêutica, até sua integração.

Novos direitos vão surgindo à medida que o constitucionalismo pátrio evolui e amolda ao perfil da sociedade. Neste contexto, cumpre reconhecer que a Constituição da República de 1988 almeja transformações que concretizem os direitos fundamentais elencados, uma vez que novas aspirações jurídicas não podem ser tolhidas, sem ao menos ser avaliadas.

Com base nesses argumentos, Saul Tourinho Leal afirma que o liame desses ideais, não só reafirma o compromisso estatal, como enseja a busca da felicidade pessoal, esclarecendo:

Projetar direitos mesmo quando a maioria não se sente confortável é estabelecer um compromisso com a esperança. Assegurar o exercício de uma liberdade que não gera dano ao próximo é reconhecer que os seres humanos rejeitam a dor e o sofrimento e conduzem suas escolhas sempre em busca da felicidade¹⁴³.

Por conseguinte, a felicidade constitui-se na busca individual de cada ser humano de concretizar o projeto de vida elaborado no subjetivismo de cada um. Neste sentido, a busca pela felicidade encontra-se vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, a concretude dos projetos pessoais depende de condições mínimas de respeito às escolhas individuais livres. No âmbito familiar, verifica-se que esta busca transcende ao afeto, configurando-se na realização da própria personalidade do indivíduo. No caso específico da família poliafetiva, corresponde a busca da satisfação de seus membros, de forma democrática, pela “alma gêmea”, que ocorre de maneira livre, consentida, transparente, honesta e igualitária.

¹⁴³ LEAL, Saul Tourinho, op. cit., p. 26.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve por objetivo demonstrar a possibilidade do reconhecimento jurídico da família poliafetiva no Brasil, através da interpretação hermenêutica do ordenamento jurídico vigente.

À medida que enfoca a formação, características e contornos dos vínculos de convivência da entidade familiar poliafetiva dentro da sociedade brasileira, o presente estudo adquire relevância por reforçar o posicionamento de defesa de seu reconhecimento jurídico, uma vez que este núcleo familiar se encontra à margem da proteção estatal, em decorrência de um discurso preconceituoso e discriminatório de raízes religiosas e de moral ultrapassada.

A família, por constituir-se núcleo básico estruturante de qualquer sociedade, apresenta-se em constante mutação, conforme os interesses de seus membros. Nesse sentido, o instituto da família sofreu profundas transformações em sua estrutura e objetivo final no contexto social, ao longo dos séculos, desde o núcleo familiar submetido ao *pater familiae*, na era romana, de submissão da esposa e filhos ao comando do pai, passando pelo direito canônico, que regia as relações de família na Idade Média, dando caráter sacramental ao casamento, Na idade Moderna com sua formação no amor individual, com predomínio do erotismo na relação conjugal, passando de sua característica patriarcal, patrimonial e visando a procriação, para, na pós-modernidade se apresentar igualitária, democrática, pluralista, baseada no afeto e na valorização da pessoa humana de seus membros. Assim, a entidade familiar se transformou em instrumento de realização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes e locus de desenvolvimento de sua personalidade e felicidade.

No Brasil, ainda que aparentemente aceita a asserção eudemonista como um dos objetivos da família na pós-modernidade, as mudanças reivindicadas pela sociedade encontram resistência, principalmente, no tocante ao modelo poliafetivo de formação da família. Exemplo de intervenção estatal e retrocesso é o Projeto de lei – PL 6.583/2013, conhecido por Estatuto da Família, que limita o conceito de família às monoparentais e às uniões monogâmicas heterossexuais formadas pelo casamento e união estável. Verifica-se uma flagrante violação aos princípios e direitos

constitucionais, sobretudo, da isonomia, liberdade e dignidade das pessoas envolvidas.

Em decorrência da constitucionalização do Direito de Família, incabível um Estado laico negar direitos fundamentais, sob argumentos de moral religiosa. Nesse sentido, a dificuldade do reconhecimento jurídico das famílias poliafetivas, resguardadas as devidas características, trilha o mesmo caminho seguido pelas famílias homoafetivas.

No Brasil, a família poliafetiva corresponde a fenômeno social difícil de obter aceitação de parcela dos operadores do Direito, em decorrência de apresentar formação por múltiplos vínculos de afeto, incompatível ao modelo tradicional familiar monogâmico.

Vinculada ao ideário de libertação sexual, principalmente na década de 90, no país, a família poliafetiva somente começou a ter maior visibilidade na última década, com a lavratura de escritura no cartório de Tupã/SP de uma entidade familiar entre um homem e duas mulheres.

Embora decorrente da filosofia do poliamor, importante destacar que nem toda relação de poliamor constitui-se família poliafetiva.

O poliamor, aqui retratado, foi compreendido como sendo um relacionamento não monogâmico, em que três ou mais pessoas convivem amorosamente, de forma simultânea, consentida e com conhecimento de todos os envolvidos, cuja base é a lealdade, honestidade, amor e ética (boa-fé objetiva). Por outro lado, a poliafetividade, embora espécie do poliamor, decorre da relação de conjugalidade poliamorista qualificada pelo objetivo de constituir família, a ser instituído com base na afetividade, boa-fé e solidariedade, partilhando objetivos em comum.

Outra distinção que se torna necessária, refere-se à existência da família poliafetiva e famílias paralelas, também conhecidas por simultâneas.

Embora ambas as formações familiares apresentem ponto em comum com referência à sua formação por múltiplos vínculos de afeto, a família poliafetiva refere-se à formação de um único núcleo, formado por três ou mais indivíduos, em que todos concordam e seguem regras estabelecidas no relacionamento, enquanto a família simultânea refere-se à situação fática em que um indivíduo é fator comum de dois

núcleos familiares, sem que os envolvidos de um núcleo tenham conhecimento da existência do outro núcleo familiar.

Dessa forma, concluiu-se que nem toda relação proveniente do poliamor terá aptidão de ser considerada como família legítima, uma vez que ausente o anseio de formação de núcleo familiar entre os envolvidos.

A família poliafetiva consiste na espécie de entidade familiar formada por mais de duas pessoas que passam a ter determinada intimidade, com interação afetiva, que dispensa a exclusividade entre um homem e uma mulher, permitindo que mais indivíduos interajam nessa relação, buscando o equilíbrio e a igualdade entre a liberdade e o amor entre os participantes, e juntos busquem a efetividade da realização pessoal e desenvolvimento de suas personalidades.

Em que pese, doutrinariamente não haja unanimidade na nomenclatura de suas subespécies, todas apresentam características comuns de não possessividade, que consiste na ausência de ciúme entre os integrantes da relação, a comunicação e a negociação entre os envolvidos, o apoio mútuo, referente ao incentivo que cada parceiro deve fornecer ao outro e sua abstenção de prejudicar o outro; há fidelidade e lealdade no relacionamento entre o grupo, no sentido que as promessas e acordos realizados devem ser cumpridos; a confiança, dignidade e respeito, entre os parceiros do grupo devem ser aceitos como parte do relacionamento e não apenas tolerados.

Com a filosofia de que todos os indivíduos podem amar e ser amados da mesma forma, na mesma quantidade, sem exclusão do mundo ou de outros indivíduos, as relações poliafetivas buscam mais que satisfação sexual, os envolvidos do núcleo poliafetivo têm por objetivo a felicidade do afeto, respeito e confiança entre seus membros. Busca-se, neste núcleo, a “alma gêmea”, aquela pessoa que lhe irá completar, em um processo de fortalecimento da afetividade e de sua personalidade.

A Constituição da República de 1988, pautada pela dignidade humana, consagrou a proteção especial à família, tutelando os seus integrantes. Inaugurou-se, então, um processo de constitucionalização do Direito Civil, no qual se impôs a interpretação de toda e qualquer norma de Direito de Família, a partir da Lei Maior. A solidariedade, a igualdade entre os filhos e entre os gêneros e o afeto passam a ser elementos determinantes nas relações familiares, rompendo com o patrimonialismo

outrora dominante. O Direito de Família, hoje, se inclina para as relações pessoais da família, dando primazia à proteção da dignidade de cada um de seus membros. É o fenômeno da repersonalização do Direito de Família. A convivência familiar e os laços afetivos construídos no dia a dia das relações familiares prevalecem sobre o vínculo biológico, passando o afeto a ser o elemento determinante. Hoje, evidencia-se uma família democrática, pautada pela igualdade e pela solidariedade. Positivando uma realidade já existente na sociedade, a Constituição da República de 1988 abandonou definitivamente a estrutura singular do matrimônio, para abranger uma diversidade de formações possíveis, desde que fundamentadas no afeto e na ética, rompendo, assim, com o caráter monolítico de família, tornando-se pluralizada, igualitária, democrática, hetero ou homoparental, voltada para a busca da felicidade.

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

Não obstante a afetividade seja reconhecida como elemento de configuração dos vínculos contemporâneos, a família de múltiplos membros continua a ser discriminada, sobretudo por aqueles que enaltecem a monogamia como princípio estruturante obrigatório das relações familiares. Dada a realidade fática exibida atualmente pela sociedade, incabível considerar a monogamia como único formato de construção familiar da pós-modernidade, sendo a poliafetividade, apenas uma das possibilidades de transformação da intimidade.

Ademais, a tese de que a monogamia possua natureza jurídica de princípio estruturante do Direito das Famílias não se sustenta, principalmente, por não ser considerada um “dever ser” imposto pelo Estado a todas as relações familiares. Além disso, a classificação da monogamia como princípio igualmente implicaria em asseverar que a busca da felicidade conjugal só seria alcançada a dois, fato que fere a subjetividade e individualidade constitucionalmente reconhecida de cada indivíduo.

Nessa linha de raciocínio, entender que a monogamia seja um ideal obrigatório a todos os núcleos familiares contraria frontalmente a hermenêutica constitucional da pluralidade familiar, autonomia privada e a dignidade humana.

Segundo conclusões do estudo de Engels, a monogamia surgiu como instrumento de controle social, com objetivo principal de garantir a paternidade incontestável, para efeitos sucessórios destinados aos filhos legítimos. Para o autor, as relações extraconjugais sempre fizeram parte do cotidiano, fazendo com que a família monogâmica se revestisse de disparidade de direitos entre o homem e a mulher, uma vez que a infidelidade era consentida apenas ao varão. Em decorrência dessas circunstâncias, conclui-se que a monogamia se refere a uma característica histórico-sociológica e religiosa, identificada como padrão de conduta mediana da família, que facilitou a instalação do modelo opressor da mulher dentro do âmbito familiar. Desta forma, impõe-se considerar a monogamia como um estilo de vida a ser escolhido livremente por aqueles que pretendem a formação de um núcleo familiar.

Apesar das entidades poliafetivas existirem na sociedade brasileira por longa data, sua visibilidade no âmbito da sociedade brasileira veio à discussão para reconhecimento jurídico em 2012, quando da notícia da primeira lavratura de escritura pública de união estável poliafetiva entre um homem e duas mulheres na cidade de Tupã/SP. Naquela ocasião a escritã afirmou a possibilidade de reconhecimento em decorrência da inexistência de vedação legal expressa e dada a proteção ao núcleo familiar pelos princípios constitucionais e da nova forma de interpretação da Constituição vigente. Ademais, os envolvidos cumpriam os requisitos da união estável, quais sejam, forma pública, duradoura, com intuito de formar família. Cumpre ressaltar que este não foi o único caso, havendo mais um na cidade do Rio de Janeiro.

Instalado o debate, a doutrina e jurisprudência divergiram, formando três principais correntes. A primeira corrente, a qual se filia Maria Berenice Dias, confirma o reconhecimento das famílias poliafetivas, como entidade familiar e considera válidas as escrituras públicas de união estável poliafetiva, sob o argumento de inexistência de proibição legal e coadunação dessa entidade familiar com as normas e princípios constitucionais, principalmente após a introdução da nova hermenêutica constitucional, alegando, ainda, que a proibição constante do Código Civil se refere tão somente às pessoas casadas que contraiam novo matrimônio, o que em nada se

confunde com a união estável poliafetiva. A segunda corrente, a qual se filia Rodolfo Madaleno, defende que apesar das uniões poliafetivas serem excluídas do âmbito do Direito de Família, essas uniões, em que há presença de boa-fé, devem ser reconhecidas como entidades familiares, mas a solução patrimonial dar-se-á no âmbito obrigacional. O terceiro posicionamento nega a produção de qualquer efeito às relações poliafetivas, inferindo que nenhuma relação desse tipo deve ser reconhecida como entidade familiar, uma vez que esse tipo de relação familiar feriria ao princípio da monogamia e deveres do matrimônio, de fidelidade, respeito e consideração mútuos, previsto no artigo 1.566 do Código Civil.

Importante ressaltar, neste tocante, o voto prolatado pelo Ministro João Otávio de Noronha, no pedido de providência feito ao Conselho Nacional e Justiça (CNJ), o qual reconheceu a inconstitucionalidade da lavratura em cartórios das escrituras de união poliafetivas, baseado na inexistência de previsão legal que permitisse a lavratura de escritura para aquele tipo de relação familiar. Entretanto, deixou claro que as competências do CNJ eram apenas de controle administrativo e não jurisdicional, o que forneceu a possibilidade da mudança de entendimento.

Sendo a família poliafetiva formada através de uma relação social complexa, seu processo de reconhecimento, neste estudo, foi dividido em dois aspectos. O primeiro, refere-se à análise da abertura da interpretação normativa, que ocorre no âmbito do ordenamento jurídico, a partir da introdução de novos critérios de interpretação hermenêutica, sobretudo após a promulgação da Constituição da República de 1988. O segundo aspecto enfoca a existência de um discurso legítimo e válido na sociedade, que permita a essa nova entidade familiar direitos e garantias a serem protegidos pelo Estado.

Na era da pós-modernidade, o aumento na complexidade social ampliou a diferença que separava o cenário normativo e a realidade da sociedade, cujas respostas são alcançadas pela adequação da norma à realidade fática. No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi o marco legislativo de inserção expressa dos princípios no ordenamento jurídico, como fundamentos estruturantes social e jurídico, uma vez que se prestam ao reconhecimento de valores sedimentados. Com isso, o Direito de Família passou a reger-se segundo os novos princípios mesclados com

valores enraizados, que propiciam o respaldo de um discurso legítimo a fundamentar o reconhecimento de estruturas familiares diversas das expressamente normatizadas.

O processo de constitucionalização do Direito Privado introduz a mudança valorativa, inserindo a figura da pessoa, no lugar do mero indivíduo. Neste contexto, a solidariedade social se expande em relação à liberdade individual, fazendo com que o Direito Privado passe a garantir a pessoa humana. Aos princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, atribuem-se a carga axiológica para orientar a ordem jurídica contemporânea, pois colocam a pessoa num patamar diferenciado, se comparado ao Estado Liberal. Nesta esteira, ocorre o fenômeno da “despatrimonialização” do Direito Privado, o qual consagra a predominância da dignidade da pessoa humana como princípio-matriz de todos os direitos fundamentais.

Ainda nesta contextualização, sob outro prisma, surge o fenômeno da “repersonalização” do Direito Privado, cujo objetivo principal garante a inserção do indivíduo e seu direito, no topo da proteção do Direito.

Desta forma, nota-se que o processo de constitucionalização passa a submeter o direito positivo privado aos fundamentos de validade, segundo os princípios norteadores constitucionais, determinando uma releitura do Direito Civil, e via de consequência, do próprio Direito de Família à luz dos princípios e regras contidos na Constituição Federal, de modo que as normas infraconstitucionais se amoldem ao novo fenômeno do direito e legitimem o discurso vigente, oriundo da realidade fática.

Com o objetivo de demonstrar a abertura interpretativa através das diversas vertentes filosóficas jus constitucionais, que culminam em Häberle, com a teoria da sociedade aberta dos intérpretes e a teoria das possibilidades que alicerçam filosoficamente o tema, foi feita uma abordagem perfunctória com ênfase no aprimoramento das técnicas de hermenêutica constitucional para o desenvolvimento dos direitos fundamentais e nos intérpretes do Direito, bem como dos pressupostos a serem considerados pelo Juiz e pela sociedade aberta na tarefa hermenêutica, frente aos novos paradigmas, como do tema abordado nesta dissertação.

Igualmente, para embasar o reconhecimento jurídico da família poliafetiva, discorreu-se sobre a força normativa dos princípios da dignidade humana, da

autonomia privada, pluralidade familiar, os quais permitem a livre escolha na formação da família, segundo os interesses pessoais de seus membros. Também foi exposto sobre os princípios da boa-fé objetiva, base do relacionamento, princípio do não retrocesso social, o qual, se analisado de forma ampla, coíbe a supressão ou a redução de direitos individuais fundamentais, conquistados ao longo da evolução social, como por exemplo, a livre possibilidade de constituir família.

Além disso, restou demonstrado que o princípio da intervenção mínima do Estado no âmbito familiar se justifica para garantir a liberdade de autodeterminação dos membros da família, ou para conceder direitos fundamentais negados. Ao Estado não cabe a escolha de qual forma de núcleo familiar merece proteção.

Da mesma forma foi confirmada que a busca da felicidade igualmente constitui-se fundamento para o reconhecimento das famílias poliafetivas. A felicidade é o objetivo da busca individual de cada ser humano, de concretizar o projeto de vida elaborado no subjetivismo de cada um. Neste sentido, a busca pela felicidade encontra-se vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, a concretude dos projetos pessoais depende de condições mínimas de respeito às escolhas individuais livres. No âmbito familiar, verifica-se que esta busca transcende ao afeto, configurando-se na realização da própria personalidade do indivíduo. No caso específico da família poliafetiva, corresponde a busca da satisfação de seus membros, de forma democrática, pela “alma gêmea”, que ocorre de maneira livre, consentida, transparente, honesta e igualitária.

Diante dos argumentos explanados, cabe ao Estado garantir proteção a toda e qualquer espécie de família que apresenta como elemento propulsor o afeto, e não apenas aquelas que se formam segundo os moldes tradicionais.

A evolução da sociedade é inevitável e o Direito não pode ignorar os interesses da minoria. Uma vez evidenciado os requisitos formadores de núcleo familiar – relacionamento duradouro, público e com ânimo formador de família –, deve o Estado reconhecer juridicamente o núcleo familiar, seja de base monogâmica, seja poliafetiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord.); MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. cap.3 p. 45-52.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 2.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Cap. II e XI, p. 53-94 e p.379-408.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: teoria geral da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEMPARANÁ. *Poliamoristas dividem amor entre vários sem culpa*. Disponível em: <http://www.bemparana.com.br/noticia/41655/poliamoristas-dividem-amor-entre-varios-semculpa>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. (Constituição 1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 197. O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 22 out. 1977, p.53.614. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_14_capSumula197.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 303.604/SP. Relator: Aldir Passarinho Junior, Julgado em 20 de março de 2003. Publicado em 20 de junho de 2003. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 15225/2005*. 2ª Câmara Cível. Relator: Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano. Julgado em 10 de agosto de 2005. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação cível nº 70010075695*. 7ª Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Redator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 27 de abril de 2005. Publicado em 8 de junho de 2005. Disponível em www.tjrj.jus.br. Acesso em: 20 dez. 2018

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70013876867. 4º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator Desembargador: Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em 10 mar. 2006. Publicado em 10 mar 2006. Disponível em www.tjrj.jus.br. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Processo nº 001.2008.005533-1*. 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho. Juiz Adolfo Theodoro Naujorks. Julgado em 13 de novembro de 2008. Publicado em 15 novembro 2008. Disponível em www.tjro.jus.br/novodiario/2008/20081118514-NR216.pdf. Acesso em 20 dez 2018

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Apelação cível nº 0174249-6.2009* 2ª Câmara Cível. Relator: Adalberto de Oliveira Melo. Julgado em 22 de julho de 2009. Publicado em 4 de setembro de 2009. Disponível em <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta>

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. *Apelação civil nº 0015505-24.2013.8.10.0001*. 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador: Jamil de Miranda Gedeon Neto. Julgado em 12 de março de 2015. Publicado em 16 de março de 2015. Disponível em <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175071171/apelacao-apl-393812014-ma-0015505-2420138100001/inteiro-teor-175071187?ref=juris-tabs>. Acesso em 20 de dezembro de 2018

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DENNIGER, Erhard. Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Entrevista: Maria Berenice Dias [2007]. Desembargadora gaúcha. Entrevistador: Glaucia Milício. *Conjur*. 16 dez. 2007.

_____. *O direito à felicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. DIAS, Maria Berenice. *Poliafetividade, alguém duvida que existe?* 2013. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012;100096226>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p. 37-75

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: família*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. v. 6.

FERRARINI, Leticia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três “críticas”*. 2. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 85-106.

FIÚZA, César. Direito de família. In: _____ *Direito civil – curso completo*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1153-1237.

FREIRE, Sandra Elisa. *Poliamor: uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos*. 2013. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

GAMA, G. C. N.. Princípio da Dignidade Humana no Biodireito. In: Torres, R. L.; KATAOKA, E. T.; GALDINO, F. (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, v. , p. 252-271.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. *ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, p. 1-12, jul. 2007.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Era das tradições*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I.

_____. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. Lisboa: Edições 70, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. *A trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do Estado democrático de direito*. 30 jun. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/2989/A+trajetoria+do+divorcio+n>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. *Escritura reconhece união afetiva a três*. 21 ago. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em: 21 maio 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

LINS, Regina Navarro. *A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito do amor e sexo: novas tendências*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. v. 78.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999.p. 99-109

_____. Entidades familiares constitucionais: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 12, 2002.

_____. A constitucionalização do direito civil. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 197-217

_____. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOMBARDIA, Pedro. *Lições de direito canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

LOPES, Bruno César Oliveira. A busca da felicidade e o bem-estar no mundo pós-moderno. *Psicologado*, ago. 2013. Disponível em: <https://psicologado.com/abordagens/psicanalise/a-busca-da-felicidade-e-o-bem-estar-no-mundo-pos-moderno>. Acesso em: set. 2018.

MARQUES, Alinne de Souza. O reconhecimento das uniões poliafetivas no direito brasileiro. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 120-138, nov./dez. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108815>. Acesso em 23 de fevereiro de 2018

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1,p. 30-56 2016. Dossiê em Homenagem a Peter Häberle.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família evolução no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.p. 77-96

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 21 set. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. ver. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. União estável. In: _____. (Org.). *Tratado de direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.p.230-255

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Estado democrático de direito. In: _____. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 244-245.

PILÃO, Antônio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. *Revista Ártemis*, João Pessoa, v. 13, jan./jul. 2012.

RANGEL, Alberto. *Dom Pedro I e a marquesa de Santos*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1969.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os princípios constitucionais e o novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 73-93, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 12.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROURE, Agenor. *A constituinte republicana*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. v. 2.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, São Paulo. *Anais [...]*São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor: conceito, aplicação e efeitos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFGRS*, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 360-388, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72546/47097>. Acesso em: 23 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Estatuto da família x estatuto das famílias; singular x plural; exclusão x inclusão*. São Paulo: 2015. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2015/10/coluna-no-migalhas-de-outubro-de-2015.html>. Acesso em: 18 dez. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. (Série IDP).

VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras – 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011. p. 17.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. 10. ed. Trad. Marina Gastón. Madri: Trotta, 2011, p.14