



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**RELAÇÕES POLIGÂMICAS CONSENTIDAS:
SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR**

Fabício Terra de Azeredo

Rio de Janeiro
2009

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva do autor.

FABRÍCIO TERRA DE AZEREDO

RELAÇÕES POLIGÂMICAS CONSENTIDAS:
SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura.

Orientadora: Prof. Andréa Rodrigues Amin

Rio de Janeiro
2009

Dedicado a todos aqueles que ousam amar e ser amados.

Agradeço à Prof.^a Néli,
pelos préstimos recebidos na correção ortográfica e adaptação do trabalho
às normas técnicas, bem como pelo apoio incondicional na escolha de tão árido tema;
à Prof.^a Andréa Amin,
pela indispensável e segura orientação, que possibilitou o enriquecimento desta dissertação;
a Anna Dina,
pela sempre amável e solícita disposição em ajudar;
à Dr.^a Paloma Rocha,
pelo estímulo desde sempre a meus estudos;
a Carlos Mauro e Virgínia, e à Des. Nilza Bitar,
pela paciência, apoio e instigação, sem o que seria impossível seguir adiante;
a Marcos Sérgio,
pelas ideias e livros que tanto contribuíram para a construção deste texto;
a José Carlos, Terezinha e Karine,
por fazerem de minha família natural também o meu espaço de afeto.

“Amor só dura em liberdade,
O ciúme é só vaidade”.
A MAÇÃ - Raul Seixas / Paulo Coelho

SÍNTESE

Nos últimos tempos, é possível observar a ocorrência de uma gama de céleres e profundas transformações no campo dos costumes, com grandes reflexos na constituição das entidades familiares. Estas, antes sedimentadas no matrimônio e no poder econômico e social do pai sobre os demais membros da família, passam a se apresentar em novas e multifacetadas configurações. Situação que, no entanto, passa ao largo de análises mais profundas – não só no direito, como também em outros ramos do conhecimento – é o da existência de relações poligâmicas consentidas. Entenda-se por tal fenômeno a constituição de vínculos de afeição marital, em caráter duradouro, contínuo e público, em que haja a convivência de mais de duas pessoas com esse *affectio maritalis*. Desse modo é que, no presente trabalho, procurar-se-á entender o Direito como fenômeno social, e não como um dado simplesmente natural, que tem por objetivo regular as situações conflitantes existentes no seio da sociedade, ao dar-lhes uma solução justa que leve à pacificação social. Buscar-se-á, ainda, analisar, brevemente, o fenômeno social da família, em suas diversas matizes e formas de composição, e aprofundar no reconhecimento da existência fática de relações afetivas, com intuito de constituição familiar, que envolvam mais de duas pessoas, numa abordagem interdisciplinar, mitigando o dogma da monogamia. Por fim, será analisada a poligamia como fenômeno efetivamente jurígeno, haja vista a existência de vínculo afetivo entre as pessoas envolvidas, mormente em observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual e da intimidade, e que, como tal, merece proteção jurídica.

Palavras-chave: Direito de Família. Poligamia. Consentimento. Afetividade. Reconhecimento jurídico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. DIREITO, MORAL E JUSTIÇA.....	12
2. O FENÔMENO FAMÍLIA.....	23
2.1. A ORIGEM DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR.....	23
2.2. A CRISE DO ARQUÉTIPO FAMILIAR TRADICIONAL.....	26
2.3. OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA.....	31
3. ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR DAS RELAÇÕES POLIGÂMICAS.....	40
4. OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DAS RELAÇÕES POLIGÂMICAS CONSENTIDAS COMO ENTIDADE FAMILIAR.....	49
4.1. A ESTABILIDADE.....	50
4.2. O <i>INTUITO FAMILIAE</i>	51
4.3. A NOTORIEDADE.....	53
4.4. A AFETIVIDADE.....	54
4.5. O MÚTUO CONSENTIMENTO QUANTO AO ESTADO NÃO MONOGÂMICO....	56
5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS.....	61
5.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	63
5.2. LIBERDADE INDIVIDUAL.....	65
5.3. INTIMIDADE E PRIVACIDADE.....	66
5.4. IGUALDADE E RESPEITO ÀS DIFERENÇAS.....	67
5.5. PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES.....	69
5.6. VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.....	70
6. O TRATAMENTO LEGISLATIVO, DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL DAS RELAÇÕES POLIGÂMICAS NO BRASIL.....	72

7. A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO JURÍDICA ÀS RELAÇÕES POLIGÂMICAS CONSENTIDAS.....	81
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	87

INTRODUÇÃO

Costuma-se afirmar que a família, tal como concebida na sociedade judaico-cristã ocidental, está em crise. Atualmente, tem-se assistido a intensas e contínuas modificações nos costumes dessa sociedade, aí incluído o modo de conformação das entidades familiares, que passam a se apresentar sob variadas configurações, ao invés da unicidade e exclusividade da família sedimentada no matrimônio e no poder econômico e social do pai sobre seus demais membros. A família, hodiernamente, estaria a readquirir a característica de ser um grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

Situação que, entretanto, não é objeto de investigações mais densas – quer na área jurídica, quer em outros ramos do conhecimento – é o da existência de relações poligâmicas consentidas. Tais relações se caracterizam pela existência de vínculos entre mais de duas pessoas em caráter duradouro, notório e público, e com afeição marital entre elas, vale dizer, em que haja a convivência e possa haver o intercursos sexual entre todas.

No presente trabalho, buscar-se-á apreender o Direito como um fenômeno social, e não como um dado meramente natural. Muito embora tenha por objetivo regular as situações conflitantes existentes no seio da sociedade e dar-lhes uma solução justa que leve à pacificação social, o direito está repleto de premissas morais assentadas na religião e destinadas à repressão das liberdades individuais dos sujeitos, o que se dá em nome, supostamente, do bem da coletividade.

Em seguida, será analisado o fenômeno social da família, em suas diversas matizes e formas de constituição, e aprofundado o estudo no reconhecimento da existência fática de relações afetivas, com intuito de constituição familiar, que aglutinem mais de duas pessoas que se envolvam sexualmente entre elas, numa abordagem interdisciplinar, de modo a mitigar o dogma da monogamia. Deve-se frisar que, em muitas das formas de família

atualmente admitidas pelo Direito, não há falar em monogamia, pelo simples motivo de que não há indivíduos relacionando-se sexualmente entre si – como nos casos da monoparental, da anaparental e da unipessoal. Tornar-se-ia imperioso, então, reconhecer que não pode ser atribuída à monogamia a qualidade de requisito *sine qua non* para a existência de uma entidade familiar.

Posteriormente, serão enfrentados os elementos traçados pela doutrina e pela jurisprudência capazes de identificar uma entidade familiar, e em que medida eles se fazem presentes nas relações poligâmicas consentidas. Serão investigados, ainda, os princípios constitucionais atinentes à espécie e que funcionam como autorizadores do reconhecimento jurídico e da tutela estatal das relações poligâmicas consentidas.

Verificar-se-á, adiante, como o estado de não monogamia é tratado, ao longo da História do Direito pátrio, pelas sucessivas legislações, pela doutrina e pelos tribunais.

Por fim, será analisada a poligamia como fenômeno efetivamente jurígeno, haja vista a existência de vínculo afetivo entre as pessoas envolvidas, mormente em observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual e da intimidade. Daí porque o Direito, atento às transformações da sociedade, deve reconhecer e tutelar, como entidade familiar, as relações poligâmicas consentidas.

Nesse contexto, a fim de alcançar os fins colimados, foi realizada a presente pesquisa científica qualitativa, do tipo técnico-exploratória, com abordagem comparativa jurisprudencial.

1. DIREITO, MORAL E JUSTIÇA

Como preceitua o antigo brocardo em latim, *ubi societas, ibi ius*.¹

Dele se extrai que a existência do Direito está intimamente ligada à existência da sociedade², ou seja, desde que o ser humano passou a viver, e mais, a conviver com os de sua espécie, houve a necessidade do estabelecimento de normas para que tal convivência se desse, senão de modo harmônico e pacífico, ao menos harmonizável e pacificado.

Esse fenômeno da vivência em sociedade também é verificado em outros animais, entre os quais é possível se constatar, de modos mais ou menos sofisticados, a existência de normas de conduta e de sanções a seus violadores.

No entanto, o homem se distingue dos demais animais, dentre outros fatores, pelo fato de não agir guiado tão-somente por seu instinto. Afinal, somente o *Homo sapiens sapiens*³ se vale de sua condição de espécie evoluída e de sua consciência⁴, fruto de tal evolução, para criar instrumentos de organização social que, embora não abram mão do uso da força, de algum modo, justificam ou condicionam esse uso.

¹“Em frase célebre, o filósofo francês Pierre Teilhard de Chardin defendia que ‘nenhum homem é uma ilha’ (*no men is an island*). Queria dizer que o ser humano não consegue viver isoladamente, precisando uns dos outros para sobreviver. Nesse contexto, o Direito é a ciência das normas que regulam as relações entre os indivíduos na sociedade”. CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. Uma releitura do significado de “Robinson Crusoe” para o direito. In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 50, 29 fev. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4250>. Acesso em: 06 jun. 2009.

²Adota-se, aqui, o conceito de sociedade como sendo “[...] a estrutura formada pelos grupos sociais, ligados entre si, considerados como uma unidade e participando todos de uma cultura comum (Ficher)”. OSBORNE, Richard. *Dicionário de Sociologia*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/7771703/Richard-Osborne-Dicionario-de-Sociologia-PDF>>. Acesso em: 01 mai. 2009.

³Hodiernamente, o nome científico adotado para o homem moderno é *Homo sapiens sapiens*, uma subespécie do *Homo sapiens*. Embora pareça filigrana, não somente sob o aspecto da História Natural, mas também para as Ciências Sociais, tal distinção é de suma importância, pois indica que o ser humano é “duplamente sábio”, isto é, tem consciência de sua própria consciência e sabe como manipulá-la. Ou seja, é capaz de compreender o caráter de seus atos e também de determinar seu comportamento em razão de tal compreensão.

⁴“As línguas saxônicas, como o inglês, permitem diferenciar dois tipos de consciência: *conscience* - que é a consciência em seu sentido moral - e *consciousness*, traduzindo seu sentido psiconeural. O idioma português dispõe apenas de uma palavra para atender aos dois significados. Em neurociência consideramos o sentido psiconeural do vocábulo, o *consciousness* da língua inglesa. Pelo conceito clássico, consciência é aquele estado em que a pessoa está ciente de suas ações físicas e mentais”. OLIVEIRA, Jorge Martins de. *Consciência*. Disponível em: <<http://www.cerebromente.org.br/n05/opiniao/concien1.htm>>. Acesso em: 01 mai. 2009. Portanto, ao dizer que o *Homo sapiens sapiens* se vale de sua consciência, significa que ele a usa em seu duplo aspecto: usa a capacidade de perceber a relação entre si e um ambiente (consciência psiconeural) para não só apreender valores e preceitos morais, mas também aplicá-los (consciência moral).

Como observou Maria Helena Diniz:

O homem é um ser gregário por natureza, é um ser eminentemente social, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos (...). O ser humano encontra-se em estado convivencial e pela própria convivência é levado a interagir (...). E como toda interação produz perturbação nos indivíduos em comunicação recíproca, que pode ser maior ou menor, para que a sociedade possa se conservar é mister delimitar a atividade das pessoas que a compõem mediante normas jurídicas.⁵

Porém, o estabelecimento de normas de cunho jurídico não foi o pioneiro instrumento de delimitação das atividades humanas.

Fustel de Coulanges situa o surgimento da lei antiga na religião.⁶ Daí porque se dizer que a função precípua da lei foi “reprimir, limitar, e não libertar”⁷, ou seja, foi amparar o grupo social em sua unidade e, bem assim, a sua própria manutenção, em detrimento de eventuais interesses individuais de seus membros considerados isoladamente.

E justo em função desse caráter primário, vinculado ao aspecto religioso, é que se tem como indissociável a fundamentação da norma antiga no elemento moral⁸ – situação a qual, frise-se, persiste até os dias atuais, ainda que com mitigações.⁹

Miguel Reale, ao apresentar seus estudos acerca da teoria do mínimo ético de Jellinek, traz a ideia de que o Direito representaria apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que uma sociedade possa sobreviver, e descreve essa teoria “[...] através da

⁵DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 5-6.

⁶FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961. Em sua obra, às fls. 11-2, o autor francês do século XIX assenta: “Observai as instituições dos antigos, sem atentar para suas crenças; achá-las-eis obscuras, bizarras, inexplicáveis” e “Mas, à frente dessas instituições e dessas leis, colcai as crenças, e os fatos tornar-se-ão claros e sua explicação tornar-se-á evidente”.

⁷OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 3.

⁸O terceiro livro do Pentateuco, chamado Levítico entre os cristãos, ou Vaicrá entre os judeus, estabelece, basicamente, as regras comportamentais para os judeus da Antiguidade e respectivas sanções. A exemplificar essa base moral-religiosa das regras primitivas de comportamento externo, bem como a consequente imposição de sanções não só de índole externa, mas também íntima, veja-se a previsão para o cometimento do incesto: “Se um homem tomar a sua irmã, filha de seu pai ou de sua mãe, e vir a sua nudez, e ela vir a sua, isto é uma coisa infame, serão exterminados sob os olhos de seus compatriotas: descobriu a nudez de sua irmã, levará a sua iniquidade”. *In Bíblia Sagrada*. Lev 20, 17. 71. ed. São Paulo: Ave Maria, 1989, p. 164. Ou seja, os incestuosos não apenas seriam expulsos de seu povo, como ainda carregariam à perpetuidade, em suas intimidades, essa grave falta.

⁹Já em sentido contrário, a doutrina do positivismo jurídico preceitua que “o direito deve ser entendido como um sistema de normas, simplesmente, sem indagações sobre sua valoração ética”. Acerca de tal teoria, das críticas engendradas e das tendências neopositivistas, cf. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Op. cit.*, p. 127-49.

imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral”.¹⁰

Não obstante as críticas que tal teoria merece, as quais podem ser encontradas na própria obra referida do Professor Miguel Reale, não há como negar tal matiz do Direito, o qual se mostra, indubitavelmente, regido por um mínimo de moral exigível, sempre sob a premissa de preservar a sociedade.

Desse modo, se o Direito é um mínimo de moral coercível, há que se reconhecer, por corolário, que Direito e Moral são coisas distintas, razão pela qual devem ser cotejados alguns elementos peculiares de cada.

Uma distinção corrente entre os conceitos de Moral e Direito considera a esfera subjetiva de afetação do comportamento. Assim, embora contenham ambos regras gerais de conduta humana, a Moral valora o comportamento humano em relação à própria pessoa, sob um ponto de vista interno, enquanto o Direito releva o comportamento humano em seu viés externo, em razão das consequências que dito comportamento acarrete aos demais membros da sociedade.¹¹

Tal diferenciação, no entanto, não é estanque, haja vista que, como apresentado por J. M. Leoni Lopes de Oliveira, tanto a conduta moral – em que pese seu caráter interno – é condicionada por uma sanção externa, a reprovação social, quanto relevante para a valoração jurídica – externa – da conduta é a motivação interna do agente.¹²

¹⁰REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 39.

¹¹OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Op. cit.*, p. 17-8.

¹²Tércio Sampaio Ferraz Junior critica os binômios estanques ‘moral-comportamento interno x direito-comportamento externo’. Em tal sentido, cabe transcrever sua lição no sentido de que “a distinção é vaga e ambígua, e não resiste a um exame acurado. Não se pode negar que motivos e intenções são relevantes para o direito. Basta ver os problemas que, no Direito Penal, aparecem quando se procura qualificar o comportamento criminoso conforme a intenção *dolosa* do agente ou a simples *culpabilidade* por negligência. Por sua vez, os preceitos morais não são indiferentes à exterioridade da conduta, até mesmo quando a intenção é tida como boa: de boas intenções, como diz o provérbio, o inferno está cheio. Mesmo na moral, há diferença entre *excusa* e *justificação*, pois, se a boa intenção por ser uma excusa – *mentir* ao paciente sobre sua morte próxima para

Forçoso inferir, portanto, que a Moral possui acentuada influência no estabelecimento do Direito. Não é demais lembrar que, na linguagem popular, tais conceitos, às vezes, são confundidos, como ao se dizer que algo “não é direito” como sendo algo que “não é moralmente correto”, independentemente de ser legal, o que reforça ainda mais a interligação entre as duas expressões.

Sob tal premissa, torna-se difícil lidar com a ideia de moralidade do Direito, haja vista que o Direito detém apenas um mínimo de moral possível, de forma que nem sempre o que seja moral será direito, e vice-versa.

Ressalte-se, ainda, que outra característica do ser humano relevante para o presente estudo – além do instinto gregário acima exposto – é sua extrema volubilidade, a qual se insere também no campo da Moral. Isso tem por consequência haver distinção, no decorrer do tempo, sobre o que é ou não moral.

Nas palavras de Nietzsche: “aquilo que numa época pareceu mau, é quase sempre um restolho daquilo que na precedente era considerado bom – o atavismo de um ideal já envelhecido”.¹³ E, complete-se, a recíproca é verdadeira: o que outrora era tido como moralmente errado, pode, em época subsequente, ser considerado como o correto, ou como algo indiferente à sociedade, restrito exclusivamente ao âmbito particular de cada indivíduo.

Essa característica de inconstância é apresentada, por Fustel de Coulanges, como decorrência da capacidade intelectual do ser humano:

As grandes transformações, que de tempos em tempos aparecem na constituição das sociedades, não podem ser efeito do acaso, ou apenas da força. A causa que as provoca deve ser poderosa, e essa causa deve estar no próprio homem. Se as leis da associação humana não são mais as mesmas de antigamente, é porque apareceu no homem alguma mudança. Com efeito, parte de nosso ser modifica-se de século em século: nossa inteligência. Ela

evitar-lhe um sofrimento maior –, ela não justifica a mentira como conduta moral”. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 332. Grifos no original.

¹³NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mau, ou Prelúdio de Uma Filosofia do Futuro*. Trad. Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001, p. 90.

está sempre em movimento, quase sempre em progresso, e por sua causa nossas instituições e leis estão sujeitas a transformações.¹⁴

Por conseguinte, mutável também vai ser o Direito, em virtude, justamente, desse seu aspecto moral, obra da evolução da inteligência humana.

No entanto, muito embora se trate de uma característica intrinsecamente humana, a instabilidade e a subjetividade dos preceitos morais carregam à sociedade, por corolário, uma carga enorme de insegurança – no que se contrapõe aos objetivos de estabilidade e paz social buscados pelo Direito.

Nesse momento é que, no intuito de trazer algum grau de permanência, certeza e abstração às normas de convivência, bem como maior coercitividade e impositividade às sanções decorrentes do descumprimento de tais normas que não o mero remorso, de cunho interno, o homem lança mão de um dos mais importantes caracteres de sua qualidade de ser evoluído – a escrita – e busca assentar um mínimo dessas regras e sanções sob o formato de lei formal.¹⁵

Mais uma vez se valendo da lição de Maria Helena Diniz, é possível afirmar que “somente as normas de direito podem assegurar as condições de equilíbrio iminentes à própria coexistência dos seres humanos (...) ao regular a possibilidade objetiva das ações humanas”.¹⁶

Em realidade, a ascensão do Direito como o mais importante “princípio de adequação do homem à vida social”¹⁷ constitui verdadeiro fenômeno dialético, com avanços e recuos, sempre ao influxo da aludida natureza volátil do ser humano, mister seu aspecto de

¹⁴FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *Op. cit.*, p. 11.

¹⁵Sabe-se que a lei formalmente dita – o texto escrito – não é a única fonte formal de que se vale o Estado para trazer a norma. Em verdade, costuma-se dividir o Direito na cultura euro-americana em dois grandes sistemas: o de influência romana, em que o texto escrito é tido como a fonte principal da norma, e o chamado *Common Law*, de influência anglo-saxônica, no qual se dá mais valor às normas consuetudinárias e aos precedentes jurisprudenciais. De toda sorte, é inegável que a sedimentação das normas através de uma compilação escrita remonta à Antiguidade (Código de Hamurabi, Os Dez Mandamentos etc.), o que demonstra a busca do Homem pelo ideal de segurança, e a forma como a escrita, característica marcante de sua evolução, foi instrumento útil em tal processo.

¹⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, v.1, p. 7.

¹⁷PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 1, p. 5.

instrumento de controle social – o que faz com que os detentores do Poder queiram amoldá-lo conforme seus interesses.

Daí ser possível asseverar que o que distingue o Direito de outras espécies de normas ou regras comportamentais é sua finalidade de estabelecer, como dito acima, uma convivência justa e pacífica entre os homens – ao que se poderia denominar justiça.

Vale dizer: dentro das chamadas Ciências Sociais, o Direito se distingue pela existência de uma exigência imperativa e coercitiva para que se aja de uma determinada maneira. O direito não é um mero conselho ou mesmo uma simples recomendação aos membros da sociedade: é, acima de tudo, comando e sanção.

Não há falar, portanto, que o Direito objetive inculcar um sentido de bondade no atuar dos homens, mas sim, de justiça, ou que, ao menos, faça com que os sujeitos ajam de modo justo para com seus pares.

Como já mencionado, normas de cunho moral implicam, ao homem, nada mais do que um desconforto de consciência, um remorso. De outro lado, o Direito vai poder lançar mão da força para fazer cumprir os comandos por ele estabelecidos e punir aqueles que contra tais comandos dirijam seus comportamentos.

Mas a noção de Direito não se limita ao binômio comando-sanção. Ele, ao longo de sua evolução, além de impor deveres e prescrever penalidades, vai também, por outra banda, reconhecer aos homens direitos e faculdades que gozarão, de igual forma, da característica da exigibilidade coercitiva.

O vocábulo direito, portanto, vai possuir uma multiplicidade semântica e polissêmica, variando conforme o aspecto característico que se procure destacar. Caio Mario da Silva Pereira assim expõe essa gama significativa que adquiriu o termo direito:

A pluralidade semântica do vocábulo *direito* comporta numerosas manifestações conceituais. Quando o indivíduo sustenta as suas faculdades e repele a agressão aos seus poderes, diz que afirma ou defende o seu *direito*; quando o juiz dirime a controvérsia invocando a norma ditada pelo poder público, diz que aplica o *direito*; quando o professor se refere ao organismo

jurídico nacional, denomina-o *direito* de seu país; quando alguém alude a princípios que compõem uma província institucional menciona o *direito civil*, ou o *direito penal*, ou o *direito administrativo*; quando o homem de pensamento analisa uma fase de crime da ordem jurídica e critica os mandamentos legislados em nome do ideal de justiça, fala que eles se afastam do *direito*.¹⁸

Ou seja: direito é a lei posta, mas é também o que é moral e o que é justo.

O ideal de justiça é um valor universal e comum a todos os seres humanos, independentemente de gênero, origem social, condição econômica, visão política, crença religiosa. “Invoca-se a justiça para proteger a ordem estabelecida e para justificar as reviravoltas revolucionárias”.¹⁹

Quando certo mandamento legal está em sintonia com a moral vigente em determinado corte de tempo e espaço de uma sociedade, facilmente se fará justiça com a aplicação do mencionado comando normativo, e os três aspectos do vocábulo estarão enfeixados.

Entretanto, como discorrido, conceitos morais mudam conforme o homem evolui, e haverá o momento em que o direito posto já não mais se coadunará com os anseios da sociedade, quer por vedar e punir condutas irrelevantes, quer por tratar comportamentos rechaçados socialmente como indiferentes, oportunidade em que se estará distanciando do sentimento comum de justiça que lhe é caro.

Na mesma linha, a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr. no sentido de que:

A justiça enquanto código doador de sentido ao direito é um princípio regulativo do direito, mas não constitutivo. Ou seja, embora o direito imoral seja destituído de sentido, isto não quer dizer que ele não exista concretamente. A imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida (...). Por isso, também nesses termos, a exigência moral de justiça é uma espécie de condição para que o direito tenha um sentido (...). O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que

¹⁸PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, v.1, p. 4.

¹⁹PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 146.

nos desafia permanentemente e que lava muitos a um angustiante ceticismo e até a um despudorado cinismo.²⁰

Nesse momento, o Direito, confrontado com os anseios morais e de justiça da sociedade, será questionado em sua validade, exigindo-se-lhe uma mudança para que se adapte a tais aspirações.

A indagação que se faz, no entanto, é se o Direito pode e deve ficar sob a irrestrita influência de tais mudanças éticas dos homens, ou se deve preservar um núcleo de segurança objetiva para proteger os próprios homens de eventuais tiranias.

A questão é assim posta por Eduardo Sens dos Santos:

A moral, bem como a justiça, parece ser baseada nos mesmos pressupostos: só é moral do ponto de vista de quem julga. Ou seja, pode ser moralmente certo a determinado sujeito matar o próprio filho, enquanto para que para a sociedade em si tal atitude é totalmente hedionda. Se cada pessoa pudesse agir apenas de acordo com seus pressupostos morais, teríamos realmente o caos. Daí sobrevém, então, o direito, que visando normatizar a moral dominante (o que nem sempre é seguido à risca), para que se tenha estabilidade social.²¹

Certo é que o Direito, despidido dos atributos de moral e justiça, nada mais é que um punhado de letras compiladas. É dizer: o direito impescinde do viés de moralidade e de justiça como fundamento de sua própria validade e de sua consecutiva coercibilidade na sociedade, embora não o seja para sua existência.

De outra giro, deixar o Direito ao livre sabor de preceitos morais dominantes é impor a chamada “ditadura da maioria”, negando respeito e, até mesmo, existência à eventual minoria. Isso se acentua quando se trata de aspectos morais, que, como visto, são de ordem subjetiva e pessoal – situação em que o Direito estará, embora consonante como a moral majoritária, certamente distanciado de um ideal de justiça.

Nesse viés, toma-se a orientação de Chaïm Perelman que, ao ressaltar a importância do sentimento de justiça para o ser humano e lembrar a volatilidade de sua

²⁰FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 333-5.

²¹SANTOS, Eduardo Sens dos. *Justiça e Moral: estudo comparado dos conceitos em Kelsen, Kant, Reale e Del Vecchio. Jus Navigandi*. Teresina, ano 04, n. 45, set. 2000, p. 5. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

conceituação, traça parâmetros para que os intérpretes possam contemporizar e melhor compreender o direito, a moral e a justiça:

É infinitamente mais delicado definir uma noção que possibilite dizer quando uma *regra é justa*. A única exigência que se poderia formular acerca da regra que não seja arbitrária, mas se justifique, decorra de um sistema normativo. Mas um sistema normativo, seja ele qual for, contém sempre um elemento arbitrário, o valor afirmado por seus princípios fundamentais que, eles, não são justificados. Esta última arbitrariedade, é logicamente impossível evitá-la. A única pretensão que se pode, como todo o direito, alegar consistiria na eliminação de toda arbitrariedade que não seja a implicada pela afirmação dos valores que se encontram na base do sistema. Como, por outro lado, a arbitrariedade do sistema normativo vem sancionar desigualdades naturais, que tampouco são suscetíveis de justificação, daí resulta que, por essa dupla razão, não há justiça perfeita e necessária. Essa imperfeição de todo sistema de justiça, a parte inevitável de arbitrariedade que contém, deve sempre estar presente na mente de quem quiser aplicar suas mais extremas consequências. É somente em nome de uma justiça perfeita que seria moral afirmar *pereat mundus, fiat justitia*. Mas todo sistema normativo imperfeito, para ser moralmente irrepreensível, deveria aquecer-se no contato de valores mais imediatos e mais espontâneos. Todo sistema de justiça deveria não perder de vista sua própria imperfeição e disso concluir que uma justiça imperfeita, sem caridade, não é justiça.²²

Em igual perspectiva, Rodrigo Pelais Banhoz e Luiz Edson Fachin ressaltam a necessidade de se ter “uma percepção do fenômeno jurídico (...) como um sistema aberto, plural, e em permanente transformação”.²³

Daí ser imperioso reconhecer a necessidade e a tendência hodierna de se encarar, e mesmo de se construir o Direito como um sistema integrado não só por regras, mas também por princípios, que, enquanto normas jurídicas, teriam o condão de incidir diretamente nos fatos postos à apreciação dos seus operadores.²⁴

Cabe ressaltar, nesse turno, que uma das províncias institucionais, no dizer de Caio Mario da Silva Pereira, em que mais se tem verificado esse distanciamento entre o legal

²²PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 67.

²³BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* (org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 48.

²⁴A respeito da evolução histórica da importância do *status* dos princípios no estudo do Direito, conferir adiante o Capítulo 5.

e o justo, ou o moralmente aceito, bem como esse consecutório espírito de “principalização” das normas, é a do Direito de Família.

Tal fenômeno se dá porque, por mais que almeje abarcar as múltiplas possibilidades de composição familiar no bojo de uma sociedade, o Direito, fruto da natureza volúvel e limitada do homem, não consegue alcançar tamanha dilatação. Ou seja, “ainda que tente a lei prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação”.²⁵

De igual monta, é influente o fato de a legislação, desde o início, não ter prestigiado a imensa gama de arranjos familiares que o ser humano é capaz de forjar. É dizer, “vínculos afetivos sempre existiram, independentemente de regras, acima de tabus e bem antes da formação do Estado e do surgimento das religiões, mas todas as estruturas de poder e a crença em qualquer divindade solenizaram o acasalamento visando à perpetuação da espécie”.²⁶

Não se perca de vista, também, que o Direito de Família é um dos campos do estudo jurídico em que a influência da religião – e de seus preceitos morais extremamente conservadores – mais se faz sentir, até os dias atuais, de modo profundo e vigoroso.²⁷

No Brasil, essa influência é assaz intensa, mormente se considerado o papel desempenhado pela religião católica apostólica romana, imposta pelos colonizadores portugueses, na subjugação da população e na constituição dos valores arraigados nos inconsciente coletivo da sociedade.²⁸

Não discrepa a lição de José Sebastião de Oliveira, ao afiançar que:

²⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 33.

²⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 44.

²⁷DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58-66.

²⁸RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cia. das Letras, 1995, p. 49-52. FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala: introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 270-3.

É justamente através de uma análise no contexto do Direito comum português e no Direito Canônico que se vai encontrar em toda a sua amplitude, o verdadeiro sentido da evolução do conceito de família, no Brasil, nos mencionados períodos, pois ali se encontram as fontes históricas do nosso Direito de Família [...].²⁹

Assim, pelo exposto até o momento, há que se firmar a premissa do Direito como fenômeno social, e não como um dado natural. Muito embora tenha por objetivo regular as situações conflitantes existentes no seio da sociedade e dar-lhes uma solução justa que leve à pacificação social, o Direito está repleto de premissas morais assentadas na religião e destinadas à repressão das liberdades individuais dos sujeitos, o que se dá em nome, supostamente, do bem da coletividade.

Dessa forma, no capítulo seguinte, buscar-se-á analisar, brevemente, o fenômeno social da família, em suas diversas matizes e formas de constituição, e aprofundar no reconhecimento da existência fática de relações afetivas, com intuito de constituição familiar, que aglutinem mais de duas pessoas que se envolvam sexualmente entre elas, numa abordagem interdisciplinar, de modo a mitigar dogma da monogamia.

²⁹OLIVEIRA, José Sebastião de. Aspectos da evolução do conceito de família, sob a perspectiva da sociedade brasileira, nos períodos colonial e imperial, no tocante à ordem social e política. *In Revista Jurídica Cesumar*, v. 4, n. 1, 2004, p. 33-34.

2. O FENÔMENO FAMÍLIA

No propósito de se reconhecer as relações poligâmicas consentidas como entidade familiar, há que se analisar, de proêmio, o fenômeno sócio-jurídico da família, suas origens e pressupostos de constituição, bem como sua evolução e flexibilização conceitual, de modo a se poder, posteriormente, subsumir as relações supracitadas aos parâmetros de reconhecimento traçados.

2.1. A ORIGEM DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

Como visto anteriormente, o homem é um ser gregário por natureza.

Paulo Nader identifica três gêneros básicos de agrupamento aos quais se inseriu o ser humano no decorrer dos primórdios da civilização:

No que concerne á primitiva forma de convivência humana, predomina o entendimento segundo o qual a *horda*, o *matriarcado* e o *patriarcado* foram sucessivamente, as três fases iniciais, não obstante a doutrina tradicional, fundada em fontes bíblicas, indique o patriarcado como a primeira etapa. A horda se caracterizaria pela vida nômade do grupo, onde imperava o regime da promiscuidade, com os indivíduos se dedicando à caça e à pesca e sem regras predeterminadas de convivência. Abandonando o nomadismo, os homens passaram a trabalhar na agricultura, originando-se a fase do matriarcado, pela qual o parentesco se definia pela mulher e já não se adotavam práticas promíscuas. Foi Bachofen, em 1961, em seu livro *Matriarcado*, quem apresentou estudo sistemático sobre a etapa. Na observação de Del Vecchio, com o matriarcado, a mulher não assumiu a hegemonia política, mas apenas a condição de centro da família pela designação do parentesco. Em fase histórica subsequente o homem assumiu a chefia da família e passou a ser o elemento de referência na definição do parentesco. Era o patriarcado.³⁰

De todas as maneiras, seja em qualquer dessas fases, é possível inferir que o primeiro núcleo social ao qual se agregou e do qual participou na evolução da espécie foi a família³¹, cuja concepção, no entanto, variou bastante no decorrer do tempo.

³⁰NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 92.

³¹DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 27.

Isso porque, em que pese o instinto gregário ser um dado natural, o modo como se deu a formatação da instituição familiar nas sociedades – com seus ritos, formalidades e outros elementos característicos – é fruto evidente do trabalho da consciência do homem acerca de sua própria natureza e de seus propósitos. Daí ser a família, também, um fenômeno social.

Ou seja, mais além de ser um acontecimento natural, que vise à reprodução e à manutenção da espécie, bem como à proteção e ao auxílio recíproco entre seus membros, como se fosse um simples cardume de peixes, a família é uma construção do intelecto humano.

E a constituição da família, enquanto instituição social, deita raízes, assim como todos os códigos de conduta humana, na religião.

Paulo Roberto Ceccarelli adverte que, no decorrer da História, os valores morais sobre os quais se alicerçaram a cultura cristã converteram-se nas premissas de toda a cultura do mundo ocidental, constituindo os ideais do que se passou a denominar civilização judaico-cristã ocidental.³² Conforme exposto pelo supramencionado autor, “tais ideais, que juntamente com a autoridade paterna fazem parte do superego, derivam do mundo externo e guardam as influências do passado e da tradição que, outrora, foram sentidas intensamente”.³³

³²“Consideramos bajo de la denominación Grupos de Origen Judeo-Cristiano a aquellos que tienen sus raíces claramente en la cultura judío-cristiana de Europa y América. ¿Por qué judeo-cristiano y no dos grupos separados? Pues porque el judaísmo y cristianismo son dos realidades íntima e indivisiblemente unidas por doctrina, historia, entorno geográfico, etc. De hecho, muchos grupos que tienen como origen inmediato una iglesia cristiana presentan en su doctrina a aspectos del judaísmo anteriormente dejados de lado por los cristianos, como es el caso -por ejemplo- del regreso a la observancia del sábado por parte de los adventistas. Adicionalmente, este conjunto de grupos tiene en común el concepto de iglesia o comunidad como estructura socio-religiosa. Esto hace que inmediatamente definan quién pertenece a la iglesia o comunidad y quien, y se incorporen los conceptos de comunión y ex-comunión. Este es un concepto sociológico central en el judeo-cristianismo occidental, que está ausente en la gran mayoría de las religiones orientales y paganas, haciendo de esta forma más clara -en principio- la determinación de quién pertenece a un determinado grupo, y quién no. Otro elemento común a todos estos grupos es el reconocimiento de al menos una cierta autoridad al texto bíblico, si bien muchos de estos ‘complementan’ el texto bíblico con otras revelaciones o interpretaciones de su propia cosecha”. Disponível em: <http://www.geocities.com/ogerometta/sectas/libro_03.htm>. Acesso em: 20 jun. 2009.

³³CECCARELLI, Paulo Roberto. Novas configurações familiares: mitos e verdades. *In Jornal de Psicanálise*. São Paulo, 40(72): p. 89-102, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ceccarelli.psc.br/artigos/portugues/html/confmitver.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2009.

Não se olvide que, como afirma Fustel de Coulanges, a família antiga, não obstante ser um fenômeno natural, é, também, uma instituição religiosa, já que, muito embora não seja a família uma criação da religião, a ela se deve tributar a consagração de seu regramento, pelo que conclui o historiador francês que a “família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais”.³⁴

Sendo a família, então, o primeiro núcleo social ao qual se vincula o homem – e ao qual, historicamente, na evolução da espécie, se vinculou, desde os primórdios da Humanidade –, seu regramento moral clássico está alicerçado em arquétipos que remontam a essa época. E se o Direito, como anteriormente explicitado, foi a sedimentação de um mínimo de moral exigível, outra coisa não poderia ele representar que não a visão moral desse homem ancestral.

Ademais, como consequência de sua característica primária de instrumento repressor, e não libertador, o Direito, mormente o Direito de Família, tratou de institucionalizar e reconhecer apenas o arquétipo de família que melhor convinha, naquele momento, à reprodução da espécie e à manutenção do patrimônio.³⁵ “O princípio da família não é mais o afeto natural, porque o direito grego e o direito romano não dão importância alguma a esse sentimento. Ele pode existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito. O pai pode amar a filha, mas não pode legar-lhe os bens”.³⁶

É notório que, nos primórdios das sociedades organizadas, transposto o período da religião familiar descrito por Fustel de Coulanges, confundiam-se Estado e religião como uma só instituição, já que os chefes políticos e religiosos eram, via de regra, a mesma pessoa – isso

³⁴FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *Op. cit.*, p. 59.

³⁵“*La indisolubilidad del matrimonio es consecuencia, en parte, de las condiciones económicas que engendraron la monogamia y, en parte, una tradición de la época en que, mal comprendida aún, la vinculación de esas condiciones económicas con la monogamia fue exagerada por la religión*”. ENGELS, Friedrich. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. In ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *Obras Escogidas*. Tomo III. Moscou: Progreso, 1981, p. 269.

³⁶FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *Op. cit.*, p. 57.

quando não era ele próprio considerado uma divindade. Forçoso convir, então, que tal “Estado religioso” valeu-se da instituição solene e sacralizada do matrimônio como ato formal e inafastável de chancela do casamento válido, de modo a impor às pessoas o ideal de ter a família como uma unidade rígida, indissolúvel e potencialmente numerosa de produção³⁷, especialmente em função do caráter eminentemente agrário da sociedade no período em questão.

Por conseguinte, tratou-se de apartar do arcabouço de proteção jurídica quaisquer espécies de arranjo familiar que fossem de encontro a tais interesses, não apenas ao não lhes conferir validade legal, como também ao explicitamente as proibir e punir severamente quem ousasse atentar contra o *status quo*.³⁸

2.2. A CRISE DO ARQUÉTIPO FAMILIAR TRADICIONAL

Nos últimos tempos, no entanto, ao menos na supra esclarecida sociedade judaico-cristã ocidental, teve lugar um brutal e contínuo processo de questionamento e ruptura dos preceitos patrimonialistas e patriarcais da instituição familiar.

Verifica-se, atualmente, a ocorrência de uma veloz revolução no campo dos costumes, com grandes reflexos na constituição das entidades familiares, que, antes sedimentadas no matrimônio e no poder econômico e social do pai sobre os demais membros da família, agora apresentam novas e multifacetadas configurações.

Essa cisão do arquétipo tradicional da família ganha relevância a partir do século XIX, com a massificação da chamada Revolução Industrial nos países da Europa Ocidental e nos Estados Unidos da América, oportunidade em que a grande demanda por mão-de-obra da atividade industrial tirou as mulheres das atividades meramente domésticas e as pôs a

³⁷DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 28.

³⁸GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 161-2.

trabalhar nas nascentes fábricas.³⁹ Contemporâneo à Revolução Industrial, tem-se, também, o arrefecimento da íntima ligação até então havida entre Estado e Igreja.⁴⁰

A partir desse momento, ainda que submetidas a discriminações, tais como o recebimento de menor remuneração, a sujeição à dupla jornada de trabalho – já que não abandonaram a tarefa de cuidar do lar –, e a necessidade de autorização do marido ou do pai para o trabalho fora de casa, fato é que, de algum modo, as mulheres passaram a ter algum dinheiro em suas próprias mãos – ainda que nos primórdios a remuneração por elas recebida fosse posta sob a administração do homem, chefe do lar e cabeça do casal, ante a “inferioridade intelectual” do sexo feminino.⁴¹

Assim, ao se inserirem no mercado de trabalho de modo ativo, as mulheres principiaram a contribuir eficaz e visivelmente para o sustento da família, além de, ao saírem do circuito casa-igreja, foram também bafejadas pelas ideias socialistas antipatriarcais e anticlericais que pairavam nos meios operários a partir da segunda metade do século XIX.

Dessa forma, com “dinheiro na mão e ideia na cabeça”, as mulheres sentiram-se legitimadas a reivindicar uma mudança da estrutura social vigente, extremamente patriarcal e na qual eram submetidas a um lugar coadjuvante que não se coadunava com a sua força e o seu real papel na família e na sociedade.

Consequentemente, passou-se a verificar, na prática da vida, a consagração de novos valores e o surgimento de modificações na estrutura social, inclusive com o arranjo de arquétipos familiares à margem do Estado e da igreja, que, mais tarde, foram caudatários de mudanças também no Direito.

³⁹BITTAR, Eduardo C. B.. Família, sociedade e educação: um ensaio sobre o individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade* – teoria e prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116. GLANZ, Semy. *A família mutante* – sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-2.

⁴⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 42.

⁴¹Lembre-se que, no Brasil, até o advento da Lei n. 4.121/62, conhecido como o Estatuto da Mulher Casada, as mulheres eram tidas como relativamente incapazes (art. 6º, do Código Civil de 1916), necessitando ser assistidas por seus maridos para a prática dos atos da vida civil.

Esta é a lição deixada por Luiz Edson Fachin que, ao analisar as transformações fáticas ocorridas na sociedade e suas implicações no Direito posto, afirma impor-se ao intérprete “reconhecer que o reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir”.⁴²

Daí se afirmar que essas novas conformações familiares, até por conta da autonomia financeira de que passaram a gozar seus membros, começaram a exigir o seu reconhecimento por parte do Estado e do Direito, de forma a cessar o tratamento discriminatório existente na legislação.⁴³ São, pois, consectários diretos da própria evolução da espécie humana, como se observa em Paulo Roberto Ceccarelli:

Se os elementos que definem o sistema representativo que chamamos ‘família’ variam segundo a sociedade, podemos concluir que o significante ‘família’ é representado, como todo significante, por fatores conscientes e/ou inconscientes, que definem a maneira e engendram as categorias pelas quais o mundo social é organizado. Qualquer modelo de família é tributário da ordem social que o produz.⁴⁴

As pretensões dos sujeitos envolvidos nessas novas modelagens de família baseiam-se em uma mudança de paradigma: a família não mais como um ambiente de reprodução e conservação da espécie e de seu patrimônio, sujeito *per se* de direito, ao qual o indivíduo se agregava por um vínculo geralmente sanguíneo. Agora, um espaço de realização e satisfação do ser humano em sua dignidade, com caráter instrumental, aos quais as pessoas vão aderir com base num sentimento de afeto e respeito mútuos.

Destaque-se que essa mudança de pressuposto não é exclusiva do Direito de Família. Em verdade, todo o Direito passa por uma transformação, saindo de uma prevalência

⁴²FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1.

⁴³Elisabeth Roudinesco, ao prefaciá-la sua obra *A Família em desordem*, traz instigantes questionamentos acerca da evolução histórica do tema, quando se abandona a negação da família e se passa ao desejo de reconhecimento e inclusão. Segundo a escritora francesa, num primeiro momento, “a família era então contestada, rejeitada, declarada funesta ao desabrochar do desejo e da liberdade sexual [...]. Hoje em dia tais declarações são julgadas obsoletas pelos interessados, e mesmo hostis à nova moral civilizada em busca de norma e de um familiarismo redescoberto. Pois tudo indica que o acesso tão esperado a uma justa igualdade dos direitos em matéria de práticas sexuais – para as mulheres, as crianças, para os homossexuais – tenha tido como contrapartida não a proclamação de uma ruptura com a ordem estabelecida, mas uma forte vontade de integração a uma norma outrora infame e fonte de perseguição”. Cf. ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.8-9.

⁴⁴CECCARELLI, Paulo Roberto. *Op. cit.*

do aspecto patrimonial para uma situação de supremacia da pessoa humana.⁴⁵ Mas o campo de estudo das famílias e de seus institutos correlatos é o que por maiores reviravoltas tem passado, com a mitigação de antigos dogmas e a sobrepujança da afetividade como elemento basilar à sua composição, em fenômeno alcunhado de repersonalização do Direito de Família.⁴⁶

Contudo, numa reação sintomática, os beneficiários do sistema tradicional – e não são poucos – tratam de envidar esforços e lançar mão das armas de que dispõem a fim de conservar a estrutura que lhes é favorável.⁴⁷ Como concluído por Elisabeth Roudinesco, “[...] não é mais a contestação do modelo familiar que incomoda os conservadores de todos os lados, mas, ao contrário, a vontade de a ele se submeter”.⁴⁸

Obviamente, dentre essas armas está aquilo que foi o fundamento primaz do Direito, conforme analisado anteriormente: a moral. Qual seja, os reclamos das emergentes formas de família atentariam não apenas contra o Direito – o qual, em última instância, é mais facilmente modificado –, mas, mais grave de tudo, seriam uma afronta à moral da sociedade.

E aqui está o ponto nodal da discussão: será justo modificar o Direito e conferir legalidade às aspirações desses indivíduos, ainda que atentatórias à moral preponderante? Ademais, que parâmetro deveria ser empregado para se assimilar a expressão “preponderante”: quantitativo, qualitativo? Por fim, ainda que em dissonância com a moral preponderante, será justo negar-lhes a pleiteada legalidade?

⁴⁵KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da família: notas sobre o tempo como elementos da *fattispecie* família. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 324.

⁴⁶“A repersonalização do Direito de Família objetiva superar a leitura essencialmente patrimonialista das relações familiares, com vistas a possibilitar a abertura para a pluralidade de formas conjugais e familiares existentes e o papel que exercitam na intimidade de cada sujeito, possuindo como base jurídica a consolidação dos princípios constitucionais”. Cf. MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Estado democrático de direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual. In *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 10, n. 5, ago.-set./2008, p. 77.

⁴⁷“Entende-se, por outro caminho, por que as novas organizações familiares ameaçam a hegemonia do modelo de família tradicional provocando reações tão truculentas: o que está, no fundo, sendo ameaçado é a posição libidinal que sustenta a representação de família no imaginário judaico-cristão, ou seja, os ideais culturais”. CECCARELLI, Paulo Roberto. *Op. cit.*.

⁴⁸ROUDINESCO, Elisabeth. *Op. cit.*, p. 10.

Afinal, o Direito somente cumprirá seu papel de pacificador social se a coletividade perceber que, através dele, faz-se justiça, pena de, ao se afastar de tal viés, carecer de legitimidade social.⁴⁹ Do prelecionado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., extrai-se que:

A perda ou a ausência de sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade, cujo senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento.⁵⁰

Inegável, até mesmo pela reação dos que se manifestam contrariamente às modernas ambições sociais, que se não há uma crise, é possível constatar-se a existência de, no mínimo, uma eloquente insurgência contra o arquétipo clássico de família e de seus institutos corolários.

No mesmo sentido do pensamento de Elisabeth Roudinesco acima aludido, também Gustavo Tepedino, citando Francesco Porperi, aponta uma crise que se vê instalada não na instituição da família em si, mas em seu formato tradicional e limitador, porquanto o que se pretenda não é extingui-la, mas sim, alargar seu conceito para abranger outros modos de composição.⁵¹

Portanto, a existência de novos modelos de família é um dado da realidade fática contemporânea. Não obstante a crítica à formatação tradicional, baseada nos aspectos patrimonial e patriarcal, o que se busca mitigar são esses padrões históricos e estanques de família. O objetivo, pois, é incluir outros elementos que vão amalgamar a coexistência dos

⁴⁹“A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade, de mais sagrado entre as noções e o que as amassas reclamam hoje com mais ardor (...). É sempre útil e importante poder qualificar de justas as concepções sociais que se preconizam. Todas as revoluções, todas as guerras, todas as revoltas sempre se fizeram em nome da Justiça. E o extraordinário é que sejam tantos os partidários de uma ordem nova como os defensores da ordem antiga que clamam com seus votos pelo reinado da Justiça. E, quando uma voz neutra proclama a necessidade de uma paz justa, todos os beligerantes ficam de acordo e afirmam que essa paz justa só será realizada quando o adversário foi aniquilado. Note-se que poder não haver nenhuma má-fé nessas afirmações contraditórias. Cada um dos antagonistas pode estar sendo sincero e acreditar que sua causa e a única justa. E ninguém se engana, pois cada qual fala de uma justiça diferente”. Cf. PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 08.

⁵⁰FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 328.

⁵¹TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372.

indivíduos no seio da instituição familiar, tais como o afeto, a solidariedade, a intimidade, o respeito mútuo, a liberdade individual de escolha e, sustentáculo de todo ordenamento constitucional brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

2.3. OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA

Como visto, “o Direito de Família sofreu profundas transformações principiológicas impostas pela urbanização, industrialização e pela invenção de métodos contraceptivos, transformações que foram incrementadas, nas últimas décadas, por descobertas científicas e por invenções de técnicas da biogenética”.⁵²

A partir do desenvolvimento da Teoria Psicanalítica por Sigmund Freud, fruto também de uma observação da realidade fática da sociedade e de sua evolução, passa-se a apreender o fenômeno social da família não mais como um núcleo econômico e de reprodução, mas como um espaço de amor e afeto.⁵³

Daí a necessidade de o Direito entender essa nova realidade e reconhecer-lhe validade jurídica, independentemente de sua subsunção ao modelo tradicional do casamento. Mister será estudar, dessarte, quais são esses arranjos de convivência e em que medida eles possuem caracteres que os possam identificar como sendo uma família.

Por óbvio, o fato de modificar o conceito de família para nele incluir novos arranjos não possui o condão de excluir sua formatação tradicional, baseada no casamento havido entre um homem e uma mulher.⁵⁴

⁵²ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas*. São Paulo: Campus, 2009, p. 5.

⁵³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família no século XXI. In *Coletânea de textos CEPAD*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, p. 27.

⁵⁴A família baseada no casamento entre homem e mulher, em verdade, segue sendo privilegiada não só pela Constituição da República e pelo Código Civil, como também por outras legislações – como, por exemplo, pelo Código Penal, segundo o qual o crime de bigamia (art. 235) se restringe a pessoas casadas –, em que em que pese o avanço de se dar reconhecimento jurídico a outros modelos de constituição familiar.

Conforme já salientado, o que se busca não é negar a validade da conformação tradicional, mas sim, alargar suas fronteiras para aí se inserir outras espécies de entidade familiar as quais, segundo esclarece Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, vão se caracterizar e se distinguir não pelo modo de celebração, pela dualidade de sexo e de personagens, ou pelo intuito reprodutivo, mas por se estruturarem a partir de uma relação afetiva estável e pública.⁵⁵

A Constituição da República de 05 de outubro de 1988 cuidou de reconhecer, além da família assentada no casamento, as entidades familiares⁵⁶ da união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º) e também da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

Ou seja, sem se descuidar do apreço histórico à tradicional família matrimonial⁵⁷, havida sob a solene instituição do casamento, a Carta Magna do país também endossou, de modo explícito, a composição entre um homem e uma mulher, independentemente da celebração de matrimônio (união estável)⁵⁸, e a de uma prole ao redor de um de seus genitores (família monoparental).

No entanto, como já discorrido anteriormente, a realidade fática é muito mais dinâmica, rica e plural do que o legislador consegue reconhecer – até porque o Legislativo, formado por mandatários da sociedade, possui membros que representam justamente os quadros conservadores e reacionários desta, e que se negam a reconhecer e dar validade à realidade social em nome de suas crenças pessoais.

⁵⁵RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8-9. Sobre esses elementos identificadores, conferir adiante o Capítulo 4.

⁵⁶O Desembargador Semy Glanz faz pertinente crítica a respeito da expressão “entidade familiar” usada pelo legislador constituinte, ao considerá-la mero eufemismo: “[...] a Constituição de 1988 consagrou a família sem casamento, dando, porém, uma denominação diversa, para distingui-la da família tradicional: união estável como entidade familiar. A expressão *entidade familiar* é evidente sinônimo de família”. In GLANZ, Semy. *Op. cit.*, p. 167.

⁵⁷DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 44.

⁵⁸União estável regulamentada, no âmbito infraconstitucional, pelas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, bem como pelo Código Civil de 2002, por exemplo, no Título III do Livro IV (Do Direito de Família), arts. 1.723-7, tratando, de modo genérico, a respeito de conceituação, impedimentos e relações pessoais e patrimoniais entre os companheiros, e art. 1790, sobre direitos sucessórios dos companheiros.

É curial assinalar que há, na sociedade contemporânea, outros arranjos os quais, fundados numa relação afetiva estável e pública, devem ser considerados como entidades familiares. Como tal, merecem o reconhecimento e a proteção do Estado, mormente se considerados os postulados⁵⁹ primazes da República Federativa do Brasil insculpidos nos artigos 1º, incisos II, III e IV, e 3º, incisos I, III e IV, da Constituição, sob influência dos quais as normas de seu artigo 226 devem ser interpretados.

Assim considerado, há que se admitir que o rol constitucional não é taxativo, mitigado que foi o dogma do casamento, não só pelo texto do art. 226, que estabeleceu uma cláusula geral de inclusão⁶⁰, como também pelos postulados da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da erradicação da marginalização e da promoção do bem estar de todos, sem qualquer forma de discriminação.

Saliente-se que, a esses princípios fundamentais, foi cometida uma carga suprema de relevância no arcabouço normativo pátrio, consagrados que foram como pilares de relevância ímpar para edificação de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, tal como preconizado pelo preâmbulo da Constituição.

Na legislação infraconstitucional brasileira, alguns textos reconhecem determinados arranjos familiares não adstritos ao que menciona a Constituição Federal e o Código Civil, como se pode observar da Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual, quer na redação originária, quer na dada pela Lei n. 12.010/09, trata

⁵⁹Humberto Ávila traz uma terceira categoria de norma – o postulado –, que adiciona às regras e aos princípios. Em breve síntese, os postulados se diferenciariam das regras e dos princípios porque, em caso de conflito, enquanto para as primeiras valeriam os tradicionais métodos da superioridade, da anterioridade e da especialidade, e para os segundos o método da ponderação no caso concreto, os postulados guardariam maior densidade, tendo aplicação imediata e não podendo ser afastado, ou ponderado, de modo algum pelo intérprete. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

⁶⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

de “família natural” (art. 25, *caput*), “família extensa ou ampliada” (art. 25, parágrafo único) e “família substituta” (art. 28).⁶¹

À margem do direito positivo, dentre as entidades familiares a que a doutrina⁶² e a jurisprudência⁶³, mesmo que de modo ainda demasiado tímido, têm emprestado validade está a denominada família homoafetiva. Nessa, a principal característica a diferenciá-la da união estável acima mencionada é justamente a mitigação de um dogma: a diversidade de sexos, já que se trata de uma composição em que os indivíduos envolvidos são do mesmo sexo.

Por certo, cuida-se de um dos campos em que a raiz religiosa e moral do direito e o preconceito social mais se fazem presentes na argumentação dos que advogam a impossibilidade de seu reconhecimento como ente familiar pelo Estado. Conquanto de modo indireto e sub-reptício, é possível se inferir, numa interpretação sistemática do texto da Lei n. 11.340/06, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ter havido o reconhecimento legal das uniões homoafetivas. Isso porque essa lei expressamente disse que uma mulher pode ser vítima de violência no âmbito do

⁶¹A fim de um maior aprofundamento acerca da matéria, cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 60-9; GLANZ, Semy. *Op. cit.*, p. 73-7.

⁶²Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 47-8 e 186-96; GLANZ, Semy. *Op. cit.*, p. 137; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 544; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 105-7 e 947-9.

⁶³A favor: “[...] 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preenchem as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador [...]. (REsp 820475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008)”. Contra: “[...] 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações [...]. (REsp 502.995/RN, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 16/05/2005 p. 353)”.

relacionamento pessoal familiar por parte de outra, independentemente de suas orientações sexuais.

Outro modelo de constituição familiar apontado pela doutrina especializada é chamado anaparental, tida como a entidade em que convivam pessoas, que guardem ou não parentesco, com vínculos afetivos, públicos, duradouros, e objetivos de vida em comum, sem que, no entanto, haja envolvimento sexual entre elas, nem a presença de alguém que ocupe a posição de ascendente.

Não é incomum, na sociedade contemporânea, deparar-se com tal espécie de arranjo, como irmãos, ou amigos, ou tios e sobrinhos, que decidam, por livre escolha, ou pelas contingências da vida, por conviver sob vínculos que devam ser considerados, para todos os efeitos, como de família. “A diferença de gerações ou a verticalidade dos vínculos em dois planos não podem ser considerados como requisitos essenciais para o reconhecimento da existência de uma entidade familiar”.⁶⁴

Cabe trazer à baila que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu tratar-se de entidade familiar, para fins de reconhecimento do bem de família previsto na Lei n. 8.009/90, o arranjo composto por dois irmãos solteiros:

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM DELES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.⁶⁵

Com a queda do dogma da indissolubilidade do vínculo matrimonial e a possibilidade de desfazimento de direito das sociedades conjugais, num primeiro momento, e, posteriormente, a oportunização de as pessoas poderem livremente constituir novos vínculos

⁶⁴DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 48.

⁶⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp n. 159.851/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DJ de 22 jun. 1998.

matrimoniais, um fenômeno antigo ganhou mais espaço e visibilidade na sociedade: o refazimento de lares.

Diante disso, pessoas saídas de casamentos anteriores nos quais haviam gerado prole passaram a poder, não mais ao arropio da lei, tentar reconstruir sua vida conjugal ao lado de outra pessoa, não raro também saída de um relacionamento anterior e com sua própria prole. E aos filhos de cada qual se unem os que dessa nova relação nascem, sem se olvidar que os antigos parceiros também vão poder estar a trilhar caminho idêntico.

Cuida-se do que doutrinariamente é chamado de família pluriparental, ou recomposta, a qual, frise-se, possui reconhecimento legal, ainda que indireto, haja vista que o Código Civil, ao tratar dos direitos sucessórios entre irmãos, distingue os unilaterais, filhos de um só dos cônjuges ou companheiros, dos bilaterais, filhos de ambos.⁶⁶ Também é exemplo da acolhida legislativa da família pluriparental o §8º do art. 57 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), acrescido pela Lei n. 11.924/09, que permite aos enteados requerer em juízo seja-lhes acrescido o sobrenome de seu padrasto ou madrasta, desde que haja justificativa e anuência desses.

Tampouco se pode negar que uma pessoa que viva só constitua uma família. Trata-se, na verdade, de um fenômeno extremamente corriqueiro na sociedade dos tempos atuais, ainda mais nos grandes centros urbanos, quer por opção da própria pessoa, quer pela fortuna da vida.

Ademais, a grande inserção das pessoas no mercado de trabalho e o desenvolvimento das tecnologias médicas e de comunicação, se, por um lado, tiveram o condão de proporcionar aos homens uma maior autonomia financeira, liberdade de escolha e assunção de seus desejos, tendo por escopo a busca da satisfação pessoal, por outro, o tornaram dependente e inseguro. “Apesar da impressão de aumento da liberdade, o homem

⁶⁶GLANZ, Semy. *Op. cit.*, p. 157-8.

pós-moderno vive o paradoxo do aumento da dependência do mercado e da fragilidade pessoal”.⁶⁷

A facilidade com que se passou a poder desfazer os vínculos familiares, em função da mitigação de sua estrutura patriarcal e hierarquizada, acabou por fragilizar todo e qualquer elo de família, numa lógica perversa. É o que o Professor Pierre Surault, citado pelo Desembargador Semy Glanz, identifica como a transformação da família, enquanto unidade economicamente ativa, de núcleo gerador de trabalho e renda para núcleo consumidor de bens e serviços.⁶⁸

De toda sorte, ainda que pareça, de início, uma contradição em termos, a família unipessoal é, também, um dado da realidade fática da sociedade contemporânea, contando, até mesmo, com anuência jurisprudencial.⁶⁹

Por fim, há que se discorrer acerca das famílias simultâneas, ou paralelas.

A existência, no mundo dos fatos, de pessoas que mantenham mais de um vínculo familiar simultaneamente não é situação nova na História da Humanidade. O fato de a legislação impor como impedimento para o matrimônio o fato de o pretense nubente já ser casado, bem como de tipificar como crime a conduta de alguém que, sendo casado, contraia outras núpcias, já demonstram, por si, que se trata de uma ocorrência até mesmo corriqueira.

As diversas modificações legislativas no Brasil sobre a matéria, principiando pelo fim da indissolubilidade do casamento, passando pelo reconhecimento da união estável como espécie de entidade familiar pela Constituição de 1988, e culminando com a regulamentação

⁶⁷BITTAR, Eduardo C. B.. *Op. cit.*, p. 101.

⁶⁸GLANZ, Semy. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁹“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. 2 - Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp n. 205.170/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp. Publicado no DJ de 07 fev. 2000).”

de direitos pessoais, patrimoniais e sucessórios dos companheiros no Código Civil de 2002, implicaram até mesmo a alteração das denominações dos institutos. Assim, o que outrora era designado indistintamente de concubinato, evoluiu para a distinção entre concubinato impuro, ou adúlterino, e puro, conforme houvesse ou não impedimento de um dos membros para contrair casamento, respectivamente. Posteriormente, aquele passou a ser conhecido exclusivamente como concubinato⁷⁰, e este, como união estável, uma forma de “casamento sem matrimônio”.⁷¹

Dá-se a situação de família paralela, quer na constância de um casamento, quer na de uma união estável, se o cônjuge ou companheiro mantém, simultaneamente, outro relacionamento de feições conjugais, ao arrepio da monogamia. Tal situação, se ignorada pelos demais, constitui violação ao dever de fidelidade imposto aos casados e aos companheiros (arts. 1.566, inc. I, e 1.727, ambos do Código Civil), e é, também, de modo mais amplo, violação ao princípio da boa-fé objetiva – que informa todo o Código Civil – para com os membros de ambas as famílias.⁷²

Logo, de todo o exposto até o momento, cabe firmar a premissa de que o arquétipo de família tradicional vem sendo mitigado na sociedade, em prestígio aos elementos afetivo e volitivo na sua composição. Isso se constata pela diversidade de arranjos familiares que pode desenvolver a espécie humana, tendo sempre por foco a construção de um espaço de felicidade, afeto e realização pessoal.

⁷⁰“O vocábulo ‘concubinato’ deve ser reservado para outras espécies de uniões extramatrimoniais, mas que, de nenhuma forma, se constituem em modalidade de família”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 133.

⁷¹NAMUR, Samir. A tutela das famílias simultâneas. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 578.

⁷²DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 51.

Em verdade, a família estaria a readquirir uma função que, como vimos acima, esteve em suas origens mais ancestrais, antes de ser encampado como instrumento de repressão: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.⁷³

Certo é também, que, em muitas delas, não há falar em monogamia pelo simples motivo de que não há indivíduos relacionando-se sexualmente entre si – como nos casos da monoparental, da anaparental e da unipessoal.

Torna-se imperioso, pois, reconhecer que não pode ser atribuída à monogamia a qualidade de requisito *sine qua non* para a existência de uma entidade familiar. Logo, é de se questionar: se é possível haver família sem qualquer parceiro sexual, por que não o seria com mais de um?

Assim é que se passa a investigar a existência da relação poligâmica⁷⁴ consentida com um dado da realidade social hodierna e em que medida ela atenderia aos requisitos conceituais para ser reconhecida como uma entidade familiar.

⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 10, n. 5, ago.-set./2008, p. 8.

⁷⁴ Para fins desse trabalho, será usado o sufixo *gamia* como gênero do qual são espécies *andia* e *ginia*. Há poligamia, portanto, quando as cópulas não se limitam a apenas um parceiro fixo, não importando o gênero; poliginia, quando o acasalamento se dá entre um macho e várias fêmeas; poliandria, se há vários machos a copular com uma fêmea. Cf. BARASH, David; LIRTON, Judith Eve. *O Mito da monogamia: fidelidade e infidelidade entre pessoas e animais*. Trad. Ryta Viangre. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 16.

3. ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR DAS RELAÇÕES POLIGÂMICAS

Já foi mencionado anteriormente que o Direito é um fenômeno social que surge na sociedade em resposta a situações fáticas nas quais a convivência coletiva exige alguma espécie de regramento. Vale dizer: o direito vai se preocupar com fatos que, em tese, possam ocorrer no mundo real e que exijam o estabelecimento de regras de conduta para os homens e de sanções em caso de violação.

Isso se dá também, evidentemente, com a monogamia.

Ressalte-se que, como foi analisado no Capítulo 2.3 supra, a discussão acerca da monogamia somente vai ser pertinente quando, no bojo da entidade familiar sob estudo, houver envolvimento sexual entre seus componentes, pois há disposições familiares em que simplesmente não há indivíduos relacionando-se sexualmente entre si, tal como se dá, por exemplo, nas famílias monoparentais.

Para se compreender a preocupação do ser humano em disciplinar o tema da monogamia por meio do Direito é preciso entender o fenômeno em seu aspecto naturalístico, da forma como apreendido pelos demais ramos do conhecimento.⁷⁵ Oportuno, pois, trazer o ensinamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenwald, que afiançam que “a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas”.⁷⁶

O ser humano, não se perca de vista, é um animal, e, como tal, vai agir, de alguma maneira, impulsionado por seus instintos.

⁷⁵“A premissa motivadora (*da teoria crítica do direito civil*) se infere da interdisciplinaridade, em face da qual os saberes não se bastam em si mesmos, e o direito pode (e deve) haurir-se na prova e contraprova histórica”. Cf. BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 48.

⁷⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 2.

David Barash e Judith Eve Lirton alertam que a monogamia, entre os animais, é, em verdade, uma exceção.⁷⁷ Na mesma linha de raciocínio, Elizabeth van Gysel Franck destaca que:

A infidelidade tem ramificações importantes no estudo do comportamento humano. Ignorar esse aspecto da condição humana deixaria grandes lacunas em nosso conhecimento. Do ponto de vista estritamente reprodutivo, a poligamia seria o ideal. Mais exatamente, a “poliginia”: um homem para várias mulheres. Ela aumenta a variedade da prole, o que diminui a probabilidade de ocorrência de doenças geneticamente transmissíveis e torna a espécie humana mais adaptável à mudanças de ambiente.⁷⁸

No entanto, como visto no primeiro capítulo, distingue-se o *Homo sapiens sapiens* dos demais animais exatamente em razão de sua consciência, do fato de não ser movido apenas por seus instintos, razão pela qual outros campos do conhecimento vão cuidar de estudar e entender seu comportamento e as razões que influem e tal comportamento.⁷⁹

A própria Elizabeth van Gysel Franck, ao complementar a supramencionada lição, assevera que “[...] o assunto fidelidade ultrapassa o aspecto meramente biológico. Não é recomendado, na nossa cultura, que um homem utilize o argumento da poliginia para justificar sua infidelidade”.⁸⁰

Fustel de Coulanges firma a origem da monogamia na origem religiosa da família, bem assim na origem familiar da religião:

A instituição do casamento sagrado também deve ser tão antiga na raça indoeuropeia quanto a religião doméstica, porque uma não existe sem a outra. Essa religião ensina ao homem que a união conjugal é algo mais que uma relação de sexos e uma afeição passageira, unindo os cônjuges pelo laço poderoso do mesmo culto e das mesmas crenças. Por sua vez, a cerimônia das núpcias era tão solene, e produzia efeitos tão graves, que não nos devemos surpreender se aqueles homens a julgavam permitida e possível com uma só mulher em cada casa. Tal religião não podia permitir a

⁷⁷BARASH, David; LIRTON, Judith Eve. *Op. cit.*, p. 11.

⁷⁸FRANCK, Elizabeth van Gysel. *Infidelidade conjugal*. Disponível em: <<http://www.andrecardelli.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2009.

⁷⁹Cabe destacar, nesse aspecto, que os próprios BARASH e LIRTON, na obra citada, após tecerem todo um tratado acerca da monogamia como um mito e como algo que, por natureza, não seria característica do ser humano, concluem que a capacidade, adquirida com a evolução, de controlar os próprios instintos (*superego*), permite ao homem que eleja ser monogâmico – ou até mesmo celibatário –, e assim permanecer se quiser, ainda que agindo de encontro a seus desejos mais recônditos. Cf. BARASH, David; LIRTON, Judith Eve. *Op. cit.*, p. 12-3.

⁸⁰FRANCK, Elizabeth van Gysel. *Op. cit.*

poligamia. Pensa-se também que essa união era indissolúvel, e que o divórcio era quase impossível.⁸¹

Certamente, essa religião primitiva e de cunho doméstico, que menciona Fustel de Coulanges, na qual a monogamia é fixada como um dogma, teve indelével influência na cultura judaico-cristã ocidental e, por conseguinte, no estabelecimento de leis ancestrais que consagraram a monogamia. É cogente admitir que, na cultura dessa sociedade, a monogamia é tida como um pressuposto essencial do casamento⁸², e que acabou estendido, pela jurisprudência predominante e, posteriormente, pelo legislador nacional, à união estável.⁸³

Porém, é conveniente destacar que, na lição de Burrhus Frederic Skinner, o comportamento humano é uma reação aos fatos naturais em que se insere.⁸⁴

Dessa forma, embora não seja a monogamia, como acima afirmado, um fator naturalmente humano, pode-se identificar duas características genéticas do *Homo sapiens sapiens* que foram determinantes em sua sedimentação sociocultural como dogma na

⁸¹FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *Op. cit.*, p. 67-8.

⁸²ENGELS, Friedrich. *Op. cit.*, p. 222-270.

⁸³Há que ressaltar, entretanto - pelo menos no que tange aos países de herança predominantemente latina, como é o caso do Brasil -, que a poliginia sempre foi tolerada, e não raramente fomentada, reservado o rigor da monogamia, ao menos em seu aspecto ostensivo e público, às mulheres. Quer para os homens de maior poder aquisitivo, que muitas vezes mantinham amantes fixas, quer os de estrato social mais simples, a ocorrência de relacionamentos sexuais extramatrimoniais era até mesmo uma imposição social, demonstrativa de maior grau de masculinidade. Cf. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, p. 97-107.

⁸⁴O Behaviorismo, ou Comportamentismo, o conjunto das teorias psicológicas que postulam ser o comportamento o mais adequado objeto de estudo da Psicologia. O behaviorismo restringe seu estudo ao comportamento (*behavior*, em inglês), tomado como um conjunto de reações dos organismos aos estímulos externos. O princípio do behaviorismo é que só é possível teorizar e agir sobre o que é cientificamente observável. Esse campo da Psicologia se opõe ao que então mentalista (isto é, internalista, focada nos processos psicológicos internos, como memória ou emoção) da Psicologia do início do século XX. “O behaviorismo crítico se opõe ao dualismo mentalista tradicional, a partir de Descartes, segundo o qual a mente humana é de outra natureza, diferente e independente do corpo. Neste aspecto, o behaviorismo é uma doutrina claramente antimetafísica. Embora essa postura possa ser encontrada nos autores que se dedicaram a uma discussão dos fundamentos da psicologia experimental, em especial, John Watson e B. F. Skinner, ela é mais tipicamente representada por alguns filósofos eminentes no séc. XX, como o segundo Wittgenstein e Gilbert Ryle, cuja obra *The Concept of Mind* se tornou um dos clássicos da filosofia da mente de todos os tempos”. Cf. DUTRA, Luiz Henrique de A. Behaviorismo. *In Crítica: revista de filosofia*. Disponível em: <http://criticanarede.com/html/men_behaviorismo.html>. Acesso em: 12 out. 2009. Entender o grande condicionante do comportamento humano – se estímulos externos ou internos – é grande debate da Psicologia, não faltando, por óbvio, assim como ocorre no Direito, as teorias mistas, ou ecléticas, que mesclam esses dois fatores. Não é objetivo deste trabalho teorizar a respeito do que tem mais influência no comportamento humano. Porém, para o seu desenvolvimento, firma-se a premissa que, no caso sob análise, a influência de fatores biológicos (naturais) serão, se não determinantes, de enorme influência no estabelecimento do comportamento social com relação às práticas não monogâmicas.

formação das parselhas exclusivamente monogâmicas, mormente quanto ao elemento feminino.

Primeiro, diferentemente do que sucede com outros animais, em que, salvo exceções de raças misturadas, os filhotes tendem a ser idênticos a seus pais – que já são, geralmente, bastante semelhantes entre si –, na espécie humana, os filhos são, de fato, uma mistura das características genéticas de seu pais, sendo, muitas vezes, visíveis, a olho nu, a herança genética que a cria traz de seu pai e de sua mãe.

Outra característica, dessa vez ligada exclusivamente ao gênero feminino, é a de, a cada período fértil, liberar apenas um óvulo capaz de ser fertilizado e, salvo exceções pontuais, gerar uma cria de cada vez. Disso se infere que, para uma mulher já inserida num contexto monogâmico, é um risco demasiado grande permitir-se ser fertilizada por outro macho que não seu parceiro social ostensivo.

Impossível não lembrar, nesse diapasão, do episódio ocorrido há pouco mais de um século no Brasil, envolvendo o escritor Euclides da Cunha. Sua esposa, Ana de Assis, teve um caso extraconjugal com um jovem dezessete anos mais jovem chamado Dilermano de Assis, o qual acabou por assassinar o marido de sua amante quanto aquele, no episódio que ficou conhecido na imprensa de então como a “Tragédia da Piedade”. Sabe-se que a mulher infiel teve dois filhos com seu amante, um falecendo ainda bebê, e outro que, crescendo, não era moreno como sua mãe e seu suposto pai, mas sim, loiro como o amante da mulher. Isso fez com que Euclides da Cunha, num misto de ironia e autoflagelo, identificasse a criança como “a espiga de milho de seu cafezal”.⁸⁵

No caso narrado – notório exemplar de situações, ao final, corriqueiras, e que deram em tragédias semelhantes não só no país, mas em todo o mundo ocidental –, percebe-se

⁸⁵As informações a respeito da história do escritor Euclides da Cunha e de sua tragédia familiar, bem como do apelido dado ao filho, foram obtidas no sítio da Academia Brasileira de Letras. Disponível em: <http://www.academia.org.br/abl_minisites/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=euclidesdacunha&sid=44>. Acesso em: 12 out. 2009.

o grande risco para a mulher gerar um filho que não de seu parceiro exógeno. Desse modo, à parte da alegada tendência natural masculina a ser mais infiel que a mulher, circunstâncias genéticas fizeram com que a poliandria fosse bem mais rara que a poliginia e, por conseguinte, recebesse tratamento moral, social e jurídico mais rigoroso.⁸⁶

Mas não se pode perder de vista, por outro lado, que em diversas sociedades, e não necessariamente nas que sejam culturalmente diversas⁸⁷, a monogamia não é tida como dogma.

Exemplo mais contundente de poliginia explicitamente admitida se dá na cultura muçulmana, mormente porque grande parte das nações em que a religião islamita predomina na população – do norte do continente africano ao sudeste asiático, passando pelo Oriente Médio – é composta por Estados teocráticos, onde os direitos e garantias fundamentais consagrados na Europa e na América não têm qualquer proeminência e a lei religiosa impregna a vida civil das pessoas.⁸⁸

Também na África meridional há países cuja legislação autoriza a poliginia em respeito às religiões tribais tradicionais, sendo caso emblemático o da República da África do Sul, cujo presidente Jacob Zuma possui três esposas oficiais.⁸⁹

⁸⁶Tanto assim que o Código Criminal do Império de 1851 trazia tipos distintos para o adultério feminino (art. 250, que previa que bastava que a mulher adúltera se deitasse uma vez com outrem para a configuração do delito) e o masculino (art. 251, que estabelecia que a conduta do marido somente seria havida como adúltera, passível de repressão penal, se fosse repetidas vezes, e com a mesma mulher, que a Lei da época denominou “teúda e manteúda”. Em outras palavras, só era crime o homem ter uma amante fixa, sendo-lhe lícita, pois, a conduta de manter encontros esporádicos e com mulheres distintas. Mais informações sobre o tratamento legislativo da situação de monogamia no Brasil, no Capítulo 6.

⁸⁷O Gênesis, primeiro livro da Torá (A Lei), que reúne os cinco textos sagrados para os judeus, e também da Bíblia, livro sagrado para as religiões cristãs, é farto em retratar situações de poliginia consentida. Uma das situações mais emblemáticas está no Capítulo 16: “Sarai, mulher de Abrão, não lhe tinha dado filhos; mas, possuindo uma escrava egípcia, chamada Agar, disse a Abrão: ‘Eis que o Senhor me fez estéril; rogo-te que tomes a minha escrava, para ver se, ao menos por ela, eu posso ter filhos’. Abrão aceitou a proposta de Sarai. Sarai tomou, pois, sua escrava, Agar, a egípcia, passados dez anos que Abrão habitava a terra de Canaã, e deu-a por mulher a Abrão, seu marido. Este se aproximou de Agar e ela concebeu”. *Bíblia Sagrada*. Gen 16, 1-3. 71. ed. São Paulo: Ave Maria, 1989, p. 61.

⁸⁸GLANZ, Semy. *Op. cit.*, p. 44-6.

⁸⁹JOHNSON, R. W. *The rise of Jacob Zuma; polygamist, ‘Zulu peasant’ and president in waiting. Times on line*. Londres, 05 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/africa/article6035797.ece>>. Acesso em: 01 nov. 2009.

E, embora, como dito acima, seja mais incomum, a poliandria é encontrada na espécie humana, tal como se verifica num determinado povo da região central do Tibete.⁹⁰

Significante exemplo é trazido também por Friedrich Engels quando, ao tratar dos matrimônios em grupo, cita o trabalho de Lorimer Fison acerca do comportamento sociocultural das populações nativas na Austrália:

Entre los negros australianos del monte Gambier, en el Sur de Australia, es donde encontró el grado más bajo de desarrollo. La tribu entera se divide allí en dos grandes clases: los krokis y los kumites. Está terminantemente prohibido el comercio sexual en el seno de cada una de estas dos clases; en cambio, todo hombre de una de ellas es marido nato de toda mujer de la otra, y recíprocamente. No son los individuos, sino grupos enteros, quienes están casados unos con otros, clase con clase. Y nótese que allí no hay en ninguna parte restricciones por diferencia de edades o de consanguinidad especial, salvo la que se desprende de la división en dos clases exógamas. Un kroki tiene de derecho por esposa a toda mujer kumite; y como su propia hija, como hija de una mujer kumite, es también kumite en virtud del derecho materno, es, por ello, esposa nata de todo kroki, incluido su padre.⁹¹

Ainda que seja difícil encontrar sujeitos que aceitem a exposição de reconhecer que vivam uma relação consentidamente não monogâmica, até por conta da repulsa e reprovação social – o que, na prática, inviabiliza, até mesmo, uma pesquisa de campo mais aprofundada –, certo é que elas existem. Ainda que sem muita ostensividade, elas são de pleno conhecimento do meio em que estão inseridas, mesmo “à boca pequena”, entreouvida entre conhecidos, vizinhos e porteiros.

Na dramaturgia, tanto estrangeira, quanto nacional, sob o anteparo da impessoalidade que caracteriza as obras de ficção, é possível verificar a instituição desses tipos de relações, até com algum sucesso de público.

Nos anos 1980, a Rede Globo de Televisão apresentou um seriado chamado “Armação Ilimitada”. Nele, a personagem Zelda mantém uma relação amorosa contínua,

⁹⁰GOLDSTEIN, Melvyn C. *Stratification, Polyandry, and Family Structure in Central Tibet*, In *Southwestern Journal of Anthropology*, n. 27(1), 1971, p. 64-4. Disponível em: <http://www.case.edu/affil/tibet/booksAndPapers/stratification.html?nw_view=1259836951&>. Acesso em: 01 nov. 2009.

⁹¹ENGELS, Friedrich. *Op. cit.*, p. 235.

simultânea e notória com Juba e com Lula, dois jovens amigos, formando um triângulo amoroso em que seus integrantes não veem problema nenhum no fato de ela amar dois homens ao mesmo tempo e de todos compartilharem esse sentimento mutuamente.

Ainda no Brasil, fez muito sucesso o filme “Eu, Tu, Eles”, do ano 2000. A película conta a história de Darlene, uma mãe solteira no nordeste brasileiro, que, ao voltar à terra natal, se casa com Osias, um homem mais velho e orgulhoso, que logo se aposenta, enquanto ela continua trabalhando duro nos canaviais. Pouco depois nasce um segundo filho, muito mais escuro que Osias. Então ele leva Zezinho, seu primo, para morar com eles, o que agrada a Darlene e logo nasce outra criança, esta bastante parecida com Zezinho. Em seguida, Darlene convida Ciro, que trabalha com ela nos canaviais e não tem onde dormir, para ir à casa deles e, apesar da oposição de Zezinho, Osias diz que a casa é dele e que o recém-chegado é bem vindo e pode dormir lá. Ciro acaba também morando no local, vindo a nascer, após isso, outro filho de Darlene, agora parecido com Ciro.

Nos anos 2000, é veiculada pela rede norteamericana *HBO* a série *Big Love*, que conta a história de Bill, um polígamo contemporâneo que vive no subúrbio de *Salt Lake City*, capital do Estado de Utah – sede mundial da Igreja Adventista de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias. Essa confissão religiosa, também conhecida como Igreja Mórmon, em seus primórdios, admitia a poligamia, tendo-a proibido, no entanto, desde 1910, embora muitos ainda insistam nessa prática. A personagem é casada com três esposas e com elas possui um total de sete filhos, e luta para manter o equilíbrio entre as necessidades financeiras e emocionais de suas esposas e ainda manter em segredo seu estilo de vida, devido à proibição da poligamia pela Igreja Mórmon. As esposas Barbara, Nicolette e Margene vivem em casas contíguas e compartilham a vida familiar.

Por fim, neste ano de 2009, a Rede Globo de Televisão exibiu a minissérie “Aline”, baseada nas histórias em quadrinhos do cartunista gaúcho Adão Iturrusgarai, em que

a personagem-título vive junto com dois rapazes, Pedro e Otto, que são amigos e aceitam perfeitamente a situação de ter um relacionamento estável e consentidamente não monogâmico com a moça, demonstrado um claro propósito de formação familiar.⁹²

Friedrich Engels afirmou que chegaria o momento da História da Humanidade em que as condições econômicas que fizeram com que as mulheres aceitassem a habitual infidelidade masculina – a preocupação com sua própria sobrevivência e de sua prole – desapareceriam e a igualdade de gênero a ser alcançada por elas, no futuro, teria o condão muito mais de fazer dos homens monogâmicos que delas poliândricas.⁹³

Vê-se, no entanto, que o progresso no estudo das ciências, tanto naturais – com, por exemplo, da Biologia, da Medicina, da Psicologia –, quanto sociais – tal como da Economia, do Direito, da Sociologia – demonstram que tal conclusão não poderia passar mais ao largo da realidade atual da sociedade ocidental.

Isso se constata a partir do momento em que, embora não alcançado o estado de igualdade imaginado em sua obra, inegável que a independência econômica feminina, por si só, não foi capaz de, ao menos, indicar um viés de prevalência da monogamia.

Portanto, há que se deduzir, pelo narrado neste capítulo, que a existência de relações poligâmicas é um dado da realidade natural e social da espécie humana – e, ainda que pouco frequente, menos rara que se possa imaginar.

Mesmo que no mais das vezes se dê de modo discreto ou mesmo velado, certo é que tal estado de não monogamia pode se dar, perfeitamente, de um modo consentido, público e estável, o que faz com que ele não se confunda com a situação de *affaires* ou *swingers*, ou da família paralela sobre a qual acima discorreu.

⁹²Os dados a respeito dos seriados “Armação Ilimitada” e “Big Home” e do filme “Eu, Tu, Eles”, tiveram por fonte o sítio *The Internet Movie Database*. Disponível em: <<http://www.imdb.com>>. Acesso em: 10 out. 2009. Já os referentes à minissérie “Alice” foram obtidos no sítio da *Wikipedia*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Aline_\(Ad%C3%A3o_Iturusgarai\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Aline_(Ad%C3%A3o_Iturusgarai))>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁹³ENGELS, Friedrich. *Op. cit.*, p. 268-9.

Assim sendo, tratar-se-á, adiante, de verificar os elementos⁹⁴ que permitirão identificar uma entidade familiar – e em que medida as relações poligâmicas consentidas contêm tais elementos.

⁹⁴Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em toda sua vasta obra acerca do tema, trata de estabelecer distinção entre as *características* e os *requisitos* da união estável. De modo sucinto e preciso, o mencionado jurista afirma que as *características* seriam os atributos, as qualidades intrínsecas ao instituto, enquanto que os *requisitos* seriam os pressupostos de sua existência, validade e regularidade. Cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família...*, p. 100. No entanto, a fim de sistematizar o estudo em sede de relações poligâmicas, preferiu-se reunir essas espécies sob a alcunha genérica de *elementos*.

4. OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DAS RELAÇÕES POLIGÂMICAS CONSENTIDAS COMO ENTIDADE FAMILIAR

No escopo de se investigar os elementos que permitirão identificar uma relação poligâmica com uma verdadeira entidade familiar, faz-se oportuno compará-la tanto com as que sejam assim reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência, como com as que não o sejam, a fim de vislumbrar os pontos de aproximação com aquelas e de apartamento destas.

Assevere-se que trabalho intelectual semelhante foi empreendido pelos juristas quando se tratou de estabelecer a identificação das uniões extramatrimoniais que poderiam ser havidas como família para fins de proteção e tutela por parte do Estado.⁹⁵

De certo, por se cuidar de uma situação que goza do repúdio moral de grande parte da sociedade – o que faz com que seus membros prefiram a discrição –, a empreitada de encontrar tais elementos caracterizadores torna-se mais tormentosa. Ademais, como mencionado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama ao transcrever um voto vencedor da lavra da Desembargadora Maria Berenice Dias, “em se tratando de situação fática, difícil ou impossível a tarefa de estabelecer certos requisitos ou elementos estanques para a configuração de forma apriorística”⁹⁶ das relações poligâmicas.

Dessarte, torna-se útil valer-se de alguns dos requisitos consagrados pela doutrina e pela jurisprudência como capazes de individualizar as uniões estáveis, já que há são diversos os pontos em que estes dois institutos se tangenciam. Para fins desse trabalho, serão apreciados cinco elementos – sendo um deles particular à relação poligâmica consentida – que possibilitam reconhecê-las como uma entidade familiar: (a) a estabilidade da relação, (b) o *intuito familiae*, ou objetivo de constituição de uma família, (c) a notoriedade da relação, (d) a

⁹⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família...*, p. 98-9.

⁹⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo...*, p. 122.

afetividade entre todos os seus membros, e (e) o mútuo consentimento quanto ao estado não monogâmico.

4.1. A ESTABILIDADE

A estabilidade da relação é amplamente apresentada como uma das características indispensáveis para o estabelecimento de uma entidade familiar, até mesmo nas controversas famílias paralelas, ou concubinárias.⁹⁷

Ser estável significa que a união tenha, ao menos na intenção inicial dos membros, o caráter de perenidade, de durabilidade: “[...] que não seja imortal, posto que é chama, mas que seja infinito enquanto dure”.⁹⁸

Vale dizer: há que ser uma relação erguida sobre alicerces seguros e tendentes a se prostrar no tempo, com repartição integral de vida durante essa convivência, e não algo efêmero, acidental. É o estabelecimento de elos verdadeiros, que unam as pessoas não pela simples atração sexual ou pelo desejo instintivo⁹⁹, mas pelo desejo comum de construir algo sólido e inexaurível.

Saliente-se que, atualmente, no que tange à união estável – e em sentido que deve ser estendido às relações poligâmicas consentidas –, não há falar-se em extensão mínima de tempo de durabilidade da relação, já que devem ser analisadas as circunstâncias específicas e casuísticas de determinada relação.¹⁰⁰ No entanto, em que pese não se exigir uma durabilidade mínima, é imperioso assentir que não se pode ter por estável uma relação passageira e descontinuada. “Não se tem como consolidado aquilo que não é sólido, e só se considera

⁹⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey - IBDFAM, 2006, p. 226-7.

⁹⁸MORAES, Vinicius de. Soneto de Fidelidade. In *Antologia Poética*. 9. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 93-4.

⁹⁹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Família ...*, p. 105.

¹⁰⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 451.

sólido o que ficou solidificado, isto é, pela ação do tempo, dos anos, se tornou seguro, firme, ficou duro, estável, imbatível”.¹⁰¹

Também nas relações poligâmicas consentidas esse requisito deverá ser perquirido, e somente haverá falar em entidade familiar se todas as pessoas aí envolvidas estiverem imbuídas em sua manutenção de modo estável.

É possível constatar algumas situações fáticas em que a monogamia ficará mitigada, mas nas quais, por ausência de estabilidade da relação, não se configurará uma família. A situação em que, por exemplo, um casal assina na realização reiterada e periódica de *swings*¹⁰² não implica reconhecer-lhe o *status* de família poligâmica. Não se vislumbra, aí, a existência de um vínculo estável entre todas as personagens da relação de forma que se reconheça uma entidade familiar; quando muito, um casal que, entre si, formem uma família, mas que consintam em abrir mão da monogamia entre os próprios.

Daí porque incumbirá ao aplicador do Direito, no caso concreto, verificar se, em consonância com os demais elementos identificadores, o tempo transcorrido da relação foi capaz de, naquela circunstância, criar vínculos estáveis ao ponto de se configurar uma entidade familiar na relação poligâmica consentida sob análise.

4.2. O *INTUITO FAMILIAE*

O *intuitu familiae* é a finalidade das pessoas envolvidas em determinada relação de constituir justamente uma família. Trata-se de elemento tido por fundamental para a caracterização de uma relação como entidade familiar, de cunho subjetivo, quando então se

¹⁰¹RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 913.

¹⁰²“*Swings* são pessoas casadas que praticam sexo abertamente com outras pessoas, além de seus parceiros. Normalmente não entram em relacionamentos duradouros, além de amigos, nem mesmo formam estruturas familiares: o foco é somente no sexo”. Cf. GRABIANOWSKI, Ed. *Como funciona a poligamia*. Trad. HowStuffWorks Brasil. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/poligamia.htm/printable>>. Acesso em: 10 out. 2009.

verificará se as personagens da sociedade estão, de fato, envolvidas entre si no espírito de compartilhar suas vidas e envidar esforços conjuntos para realização do bem comum – afetivo e material – de todos.

Como explicitado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenwald ao abordar o tema:

Trata-se, efetivamente, da firme intenção de viver como se casados fossem. Sem dúvida, é fundamental a existência de uma *comunhão de vidas* no sentido material e imaterial, em correspondência e similitude ao casamento. É uma troca de afetos e uma soma de objetivos comuns, de diferentes ordens, solidificando o caráter familiar da relação.¹⁰³

É dizer: a intenção das pessoas é a de casar¹⁰⁴, se isso fosse permitido por lei; não o sendo, convivem e comportam-se como se assim o fossem.

Frise-se que, nas famílias monoparentais, reconhecidas expressamente pela própria Constituição da República, e mesmo nas anaparentais, acolhidas pela doutrina e pela jurisprudência, a existência da *affectio societatis* familiar é fato e, em momento algum, se relaciona com a necessidade de haver relações de cunho sexual entre seus membros. Forçoso admitir, pois, que há entidades familiares nesses casos justamente por haver o elemento anímico de conjugação de expectativas e aflições, de alegrias e tristezas, a despeito de não existir envolvimento sexual entre seus componentes.

Ora, se mesmo sem sexo, há família, não há porque se limitar o reconhecimento de entidade familiar, quando haja envolvimento sexual das partes, às relações monogâmicas.

Desde que vislumbrada a *affectio societatis* familiar – esse evidente desígnio dos envolvidos no compartilhamento de suas vidas –, não é o fato de haver relações sexuais entre mais de duas de suas personagens que terá o condão de desnaturar o caráter familiar da entidade.

¹⁰³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 449.

¹⁰⁴DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 165.

Por certo, a fim de se diferenciar as relações não monogâmicas em estudo de outras que não possuam o *animus* de constituição de uma família, faz-se necessário atentar para a presença do elemento volitivo, de modo ativo e passivo, por todos e com relação a todos os envolvidos. Presente, não é lícito negar a condição jurídica de entidade familiar.

4.3. A NOTORIEDADE

Dizer que uma relação é notória significa que a convivência e o intuito de constituição de uma família devam ser exteriorizados pelos membros daquela entidade. “A notoriedade representa o oposto do clandestino, do oculto”.¹⁰⁵

A situação fática de viver como se casados fossem não pode ser algo adstrito ao conhecimento exclusivo de seus integrantes, de sorte que é imprescindível algum modo de ostentação e apresentação social do vínculo, a fim de se caracterizar a notoriedade.

Ainda que haja, subjetivamente, o intuito das personagens de constituir uma família, se tal desejo se limita ao âmbito íntimo da relação, não há como se desvendar aí uma entidade familiar.

Tal conhecimento exterior pode, no entanto, ser restrito a um pequeno grupo, de forma que não chegue a ser exigida uma publicidade oficial ou desmedida, até porque a Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XII, assegura a todos o direito à privacidade.

Maria Berenice Dias traça pertinente diferença entre notoriedade e publicidade, e afirma ser aquela, e não essa, pressuposto para o reconhecimento de uma entidade familiar:

Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público, é notório, mas nem tudo que é notório é público. A publicidade denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar

¹⁰⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Família...*, p. 111.

da definição de entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumam perante a sociedade a condição de “como se casados fossem”.¹⁰⁶

Como mencionado anteriormente, a existência de relações poligâmicas consentidas é um dado da realidade natural e social da espécie humana. Por certo, em virtude do alto grau de preconceito e rejeição social, há uma tendência inexorável – ao menos até os presentes dias – de que tais relações sejam mantidas, no mais das vezes, de forma camuflada, o que dificulta sobremaneira a identificação. Porém, até mesmo no fito de se evitar possíveis fraudes a terceiros de boa-fé, inafastável a exigência da notoriedade da qualidade de família na sociedade sob enfoque.

No entanto, como o que se exige não é a publicidade escancarada, é possível reconhecer a possibilidade, ainda que em tese, de relações poligâmicas consentidas que gozem de notoriedade no círculo social de convivência dos companheiros, mesmo que vivam de modo discreto seu múltiplo amor.

4.4. A AFETIVIDADE

De certo modo, a afetividade guarda estreita relação com o *intuito familiae*. É a afetividade existente entre os membros da relação que vai fazer com que eles se congreguem em uma vida comum e constituam uma família.

Como tratado oportunamente acima, o novo enfoque constitucionalista do Direito Civil fez com que se emprestasse relevância ao aspecto humanístico na configuração familiar, em detrimento da antiquada visão patriarcal, centralizadora e patrimonialista. A moderna visão do Direito de Família, baseada nos princípios insculpidos na Constituição de 1988,

¹⁰⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 164.

conduz o intérprete a reconhecer a família como um espaço democrático de solidariedade e afeto entre seus membros.¹⁰⁷

A afetividade é identificada, por Paulo Luiz Netto Lôbo, como um *sollen*, um dever jurídico imposto aos integrantes de um núcleo familiar, independentemente do afeto real – *sein* – que porventura venham a sentir entre si. Um dever que se manifesta através da solidariedade mútua, da assistência material e do conforto espiritual entre os membros da entidade.¹⁰⁸

Maria Berenice Dias assevera ser a afetividade um princípio constitucional implícito, consagrado pelo legislador constituinte a partir do momento em que concedeu *status* jurídico familiar a entidades em que a figura do casamento estivesse ausente.¹⁰⁹ A norma que se extrai da interpretação do texto constitucional é que o amálgama da relação familiar não é exclusivamente o papel firmado pelos pretendentes, mas sim, e preponderantemente, a convivência duradoura, pública e afetiva de suas personagens.

Mister reconhecer, pois, que o estado monogâmico não é pressuposto para a existência de afetividade. Não há, sob o ponto de vista naturalístico, a impossibilidade fática de se nutrir afeto por mais de uma pessoa.

Por certo, o afeto existente entre pai e mãe, e entre esses e seus filhos, são diferentes. Como diz o adágio popular, “em coração de mãe sempre cabe mais um”.

Entretanto, nada – além, é claro, de uma visão moralista e preconceituosa dos fatos – impõe que, na hipótese de se tratar de parceiros sexuais, o afeto deva ser exclusivamente direcionado a uma única pessoa.

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁸ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade...*, p. 6-9. A bem da verdade, a caracterização da afetividade como um dever imposto, independentemente da existência de verdadeiro afeto, terá mais relevância, para o Direito de Família, em situações de pais e filhos, para o estudo da síndrome da alienação parental e do conflito entre paternidade biológica e socioafetiva.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 69-71.

Se determinadas pessoas – que não sejam exclusivamente um par – nutrem afeto recíproco e, de igual modo, sentem atração sexual umas pelas outras, e, por conseguinte, desejem compartilhar suas vidas de modo estável e notório, há que se reconhecer a essa entidade a qualidade jurídica de família, com todos os seus consectários.

4.5. O MÚTUO CONSENTIMENTO QUANTO AO ESTADO NÃO MONOGÂMICO

É por muitos dito que a monogamia humana seria decorrente de um seu instinto natural à formação de pares.

Marilena Chauí, ao falar sobre a androginia, remete à obra *O Banquete*, de Platão, na qual o filósofo grego explica a dualidade de gêneros da espécie humana através do mito dos Andróginos, que reuniam em si as características dos machos e das fêmeas. Por se sentirem assim completos, supuseram que poderiam ocupar o lugar dos deuses no Olimpo e tentaram tomar de assalto o monte. Como castigo por tal ousadia, Zeus os puniu ao separar-lhes os corpos, com um raio, em duas metades: uma masculina, outra feminina. Foram condenados, com isso, a passar o resto da existência a vagar pela Terra em busca de sua outra metade. Daí a explicação mitológica para a monogamia e para a heterossexualidade, para a eterna procura dos seres humanos por uma cara-metade, e do sexo oposto.¹¹⁰

No entanto, essa propensão natural à dualidade, consoante se verificou acima, não corresponde à realidade, quer se analise sob uma ótica bionatural, quer psicossocial.

Convém lembrar que, ao menos no Brasil, durante a maior parte de sua história, a monogamia extremada – isto é, tanto endógena, quanto exógena – era considerado como um ilícito tão-somente com relação às mulheres. A elas não era dado manter relações sexuais extramatrimoniais em qualquer hipótese, sob pena de gerar-lhes conseqüências tanto na seara

¹¹⁰CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ártica, 2000, p. 273-4.

civil quanto penal. Já aos homens, como pôde ser visto anteriormente, a poligamia exógena, dêse que de caráter eventual e sem parceria fixa, não sofria qualquer vedação legal – em verdade, era até um comportamento aceito e fomentado socialmente. Somente a endógena era sancionada, constituindo o crime de poligamia, mas, mesmo assim, por uma questão de proteção da família enquanto ente publicizado, e não das pessoas envolvidas e prejudicadas pela situação da duplicidade de casamento.¹¹¹

Em seu *Manual de Direito das Famílias*, Maria Berenice Dias trata da monogamia como um corolário do dever de fidelidade imposto aos cônjuges e aos companheiros.¹¹²

Há que se distinguir, no entanto, o que seria fidelidade do que seria lealdade.

Ser fiel representa ser monógamo, manter-se firme no que tange à escolha pela uniconjugalidade. Ainda que mentalmente possa figurar aventuras extramatrimoniais – o que poderá implicar, no máximo, remorso –, a pessoa não tergiversa quanto ao dever jurídico assumido de não manter relações sexuais que não com seu parceiro ostensivo e único.

Ser leal é ser honesto, probo, transparente com relação a suas finalidades e suas atitudes, de modo a não fazer com que os demais membros da entidade familiar incidam em erro quanto a suas verdadeiras intenções.

De fato, se o acordo do casal é pela monogamia, se não existe assentimento livre e cômulo por um estado poligâmico, a infidelidade se traduz em violação ao dever de lealdade que devem guardar os membros de uma família. Em tais conjecturas, o que se terá é uma relação concubinária, paralela, que merecerá tratamento próprio, porém diverso, da que ora se tem em tela.

Importa lembrar que a relação poligâmica consentida não se confunde com a situação de existência de famílias paralelas simultâneas, que se dá de modo oculto a algum

¹¹¹RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, p. 97-107.

¹¹²DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 77-9.

dos companheiros. Tampouco com a situação em que um casal concorda em manter relações sexuais extramatrimoniais – em conjunto ou separadamente –, sem qualquer caracterização de durabilidade ou envolvimento *intuito familiae* com os terceiros.

Assevere-se, entretanto, que a lealdade é um conceito que vai além da mera fidelidade sexual: há lealdade entre pais e filhos, entre irmãos, a despeito de não haver sexo entre eles. Nas situações objeto do presente estudo, pressupõe-se serem os parceiros leais uns com os outros, na medida em que a afetividade é comum a todos, e o estado de não monogamia é algo consciente e desejado por eles, que com isso anuíram de forma livre e espontânea.

O vício, pois, reside na deslealdade, no trato enganoso para com os conviventes. A infidelidade sexual, em verdade, se revela como um dos vértices da deslealdade caso o pacto afetivo pressuponha a fidelidade, em afronta ao princípio da boa-fé objetiva, que está a impregnar todo o ordenamento jurídico.¹¹³

Tal comportamento revelar-se-ia, então, antiético – que é o que importa. A imoralidade ou não da conduta aos olhos de terceiros não deve ser algo que possua o condão de reprimir os desejos das pessoas, ao menos em sua acepção jurídica. Mais relevante, pois, que o aspecto moral, é o ético, sendo inafastável que, assentindo os companheiros, de modo livre e consciente, com o estado não monogâmico, não há ilicitude na relação.

Forçoso inferir, então, que a monogamia não é um princípio a informar o Direito de Família, mas tão-somente uma regra comportamental que se traveste em dever jurídico apenas se os parceiros optarem por manter tal *status*.

Não é demais destacar, inclusive, que a própria Constituição reconheceu, de certa forma, plena validade às relações não monogâmicas, a partir do momento em que afirmou não

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, v. 5, p. 379-81.

ser tolerada qualquer forma de discriminação entre filhos, independentemente do tipo de relação mantida entre seus pais biológicos.¹¹⁴

Nem se diga que se trata de um ineditismo a flexibilização de algum requisito outrora tido como dogma inafastável.

Convém lembrar que, nos primórdios dos estudos acerca da união estável, a existência de prole era tida como um dos elementos necessários para se identificar determinada parilha como uma entidade familiar, pois seria inconcebível “[...] o legislador constituinte reconhecer na simples união, posto que estável do homem e da mulher – ausente, portanto, qualquer ideia de parentesco – a existência de uma entidade familiar [...]”.¹¹⁵ Era uma visão do Direito de Família arraigada à visão finalística como unidade de procriação da espécie, a qual não se coaduna mais com a sociedade atual e com os modernos princípios trazidos pela Constituição de 1988.

Sabe-se, porém, que muitos casais não têm filhos por razões biológicas; outros tantos, por uma escolha de vida. Daí porque, numa interpretação sistêmica com os princípios constitucionais da liberdade individual – que engloba a liberdade de eleger ter ou não prole –, do planejamento familiar (art. 226, § 7º) e da afetividade, esse arcaico requisito foi afastado pela doutrina mais moderna e pela jurisprudência pós-Constituição.¹¹⁶

Impõe-se, por conseguinte, avançar na interpretação de tais princípios e mitigar o rigor da monogamia, ainda mais se for considerado que, nas hipóteses em estudo, as partes livre e conscientemente desejam e acordam em constituir uma família em que o estado monogâmico seja dispensado.

Dessa feita, tomado o pressuposto da existência fática de relações afetivas, com intuito de constituição familiar, que envolvam mais de duas pessoas, foi visto que, por nelas

¹¹⁴DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 60-1.

¹¹⁵PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova Constituição e o Direito de Família: breves comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 123.

¹¹⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade...*, p. 7.

se vislumbrarem elementos capazes de identificar uma entidade familiar, como tal podem ser reconhecidas.

Impende indagar-se agora se, à luz da Constituição da República, há fundamentos a se defender a tese de que a poligamia possa ser tida como fenômeno efetivamente jurígeno, haja vista a existência de vínculo afetivo entre todas as pessoas envolvidas. Por conseguinte, analisar se, presentes os fundamentos, as relações poligâmicas consentidas devam ser consideradas como entidade familiar para fins de proteção jurídica.

5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Os princípios constitucionais são normas consagradas, explícita e implicitamente, na Constituição da República e que servem de postulados nucleares de todo o ordenamento jurídico pátrio. Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos. Permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e poderação de outros princípios eventualmente conflitantes.¹¹⁷

Historicamente, e à luz do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, os princípios tinham por objeto tão-somente servir de regra de integração da norma, em último caso, quando esta fosse omissa. Essa visão é fruto do tempo em que foi redigida a lei, sob os auspícios dos ideais positivistas de completude das leis. Para os pensadores de então, a codificação existia justamente para tratar, de forma absoluta, todas as hipóteses possíveis e imagináveis de conflitos, razão pela qual os princípios eram tidos como *ultima ratio* em termos de integração de eventuais lacunas da lei.¹¹⁸ Vale dizer: os princípios não tinham valor normativo, pois tinham uma generalidade que não lhes permitia incidir diretamente na realidade.

O movimento neopositivista, de grande relevância principalmente a partir do final da Segunda Grande Guerra terminada em 1945, teve por escopo consagrar os princípios norteadores do Direito ao inseri-los na legislação, dando-lhes substrato normativo e maior eficácia.

A Constituição da República de 1988 foi feita sob influência de tal pensamento, ao trazer em seu bojo diversos princípios que pretendiam não só informar o legislador

¹¹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1034.

¹¹⁸DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 91-136.

ordinário, como mera carta de intenções e programas futuros, mas servir como instrumentos dotados de eficácia imediata, devidamente positivados no texto constitucional.¹¹⁹

Por conseguinte, tem-se que os princípios foram alocados em lugar de destaque no conjunto normativo, não mais como um mero instrumento de integração do direito positivo quando este fosse omissivo, mas agora como pressuposto essencial de eficácia e fundamento de validade das regras postas.¹²⁰

Oportuno, nesse jaez, trazer a distinção traçada por Humberto Ávila entre princípios e regras:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta como necessária à sua promoção.¹²¹

A doutrina constitucional contemporânea passou, então, a emprestar aos princípios um *status* privilegiado dentro do contexto normativo, em sobreposição às regras, de modo tal que tenham cada vez mais concretude para serem usados na resolução dos conflitos que se apresentam frente ao ordenamento jurídico.¹²²

¹¹⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 31-5.

¹²⁰“Os princípios constitucionais dispõem de primazia diante da lei, sendo a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico. É equivocada a ideia de que os princípios vêm por último no ato integrativo. Trata-se, em última palavra, de verdadeira inversão hermenêutica. Os princípios vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada de qualquer leitura interpretativa do direito. Não se podem confundir princípios constitucionais e princípios gerais de direito. Confundi-los seria relegar os princípios constitucionais para uma posição subalterna à lei juntamente com as demais fontes de direito – a analogia e os costumes –, que são invocáveis na omissão do legislador. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação pelo método indutivo e cabem ser invocados quando se verifica lacunas na lei. A norma constitucional está no vértice dos sistemas. Os princípios pairam sobre toda a organização jurídica. Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 59.

¹²¹ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 70.

¹²²SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. *In Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out.-dez./1998, p. 284-5.

Com efeito, para se analisar a viabilidade de conferir o *status* jurídico de entidade familiar às relações poligâmicas consentidas, há que se tomar por paradigma a ordem principiológica constitucional. Conforme descrito por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Não se trata da tradicional concepção positivista acerca da estrutura piramidal do ordenamento jurídico, mas, sim, de compreensão que reputa os princípios como elementos unificadores do sistema, e que, como aís, servem de fundamento à elaboração de outros textos normativos e, sobretudo, são base relevante a determinar o sentido da construção normativa, que sempre se realiza em concreto.¹²³

Dentre tais princípios, alguns serão de extrema importância ao servirem de vetores aos operadores do direito – legisladores, magistrados, promotores, doutrinadores – para o reconhecimento das relações poligâmicas afetivas como entidades familiares.

5.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado como a pedra angular do Estado Democrático de Direito. Toda a estrutura normativa brasileira, seja na esfera da produção legislativa, seja na da aplicação concreta da lei, tanto nas relações públicas quanto privadas, deve ser pautada pela supremacia da dignidade que guarda cada indivíduo em sua esfera pessoal e íntima.

Em tal sentido, colaciona Gustavo Tepedino que:

Pode-se afirmar, em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226 do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.¹²⁴

Ou seja: em sede de Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana vai informar toda a alteração legislativa e jurisprudencial no sentido de prestigiar a

¹²³RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, p. 19.

¹²⁴TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 372.

despatrimonialização e a repersonalização de seus institutos, de sorte que qualquer interpretação que não centre sua visão na realização das pessoas em sua dignidade será acoimada de inconstitucionalidade.¹²⁵

Nesse sentido é que não conferir *status* de família às relações poligâmicas consentidas vai de encontro à proteção constitucional da dignidade de seus membros.

A ordem constitucional ampara a família constituída conforme a livre vontade manifestada pelos integrantes de determinada sociedade e os laços socioafetivos havidos de fato entre eles. Negar reconhecimento e tutela estatal a uma entidade familiar apenas porque ali há mais de duas pessoas mantendo relações sexuais entre elas é vedar o livre exercício dos desejos mais íntimos de seus integrantes, ferindo de morte o princípio da dignidade da pessoa humana.

Valendo-se dos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] elevar a dignidade da pessoa humana (e o desenvolvimento da sua personalidade) ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção metodológica oposta ao do individualismo das codificações, A pessoa humana, no que difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir de sua inserção no meio social.¹²⁶

Daí se inferir que não emprestar tal reconhecimento significa condenar ao limbo jurídico os que livremente desejem constituir uma família baseada em uma relação poligâmica consentida. É fazer com que não possam expressar sua condição de família pluriafetiva, como se indignos fossem por assim amarem.

Não sem razão Maria Berenice Dias acentua que “todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício de sua sexualidade, pois é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange sua dignidade”.¹²⁷

¹²⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 61-3.

¹²⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 177.

¹²⁷DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 188.

Impõe-se, portanto, em nome da dignidade de seus membros consagrada pelo texto constitucional, reconhecer na relação poligâmica consentida a existência de uma entidade familiar merecedora de proteção jurídica e da tutela do Estado.

5.2. LIBERDADE INDIVIDUAL

O direito à liberdade sempre foi o estandarte maior dos movimentos liberais, desde seus primórdios no século XVIII. O sentido emprestado a essa liberdade, no entanto, sofreu importante mutação ao longo dos tempos. Àquele tempo, a liberdade prestigiada era a do homem burguês perante o Estado, que, no entanto, não via qualquer ofensa ao direito à liberdade no fato de a ele estarem subjugados mulheres, filhos, empregados.

No decorrer da História, a liberdade foi ganhando sua real dimensão, como direito de todas as pessoas, sem qualquer forma de distinção, culminando com a consagração, no texto da Carta de 1988, de diversas espécies de manifestação das liberdades individuais dos indivíduos.¹²⁸

E uma das modalidades de manifestação da liberdade individual do ser humano perfilhadas constitucionalmente é a liberdade na escolha da família.

Como analisado, não é mais meramente o vínculo sanguíneo ou o matrimônio que possuem o condão de consagrar uma entidade familiar. Mais importantes que esses, são os vínculos afetivos entre as personagens, que comungam suas vidas na busca do bem-estar comum.

E a escolha de como, com quem e com quantos vai compartilhar sua vida é algo se insere no âmbito da liberdade individual de cada um. “Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja de que sexo for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua

¹²⁸MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 529-34.

família”.¹²⁹ Impõe-se ir além: não só escolher um par, mas, se assim o desejar, escolher mais de um.

Desde que seja uma escolha livre de vícios, deve ser assegurada às pessoas a liberdade de eleger constituir uma entidade familiar em que se envolvam sexualmente mais de duas pessoas.

5.3. INTIMIDADE E PRIVACIDADE

O direito à intimidade, no dizer de Guilherme Peña de Moraes, diz respeito ao modo de ser de cada pessoa, manifestado concretamente através da exclusão do conhecimento, por parte de terceiros, de qualquer detalhe de sua vida privada.¹³⁰

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald conceituam a vida privada como “[...] o refugio impenetrável da pessoa, protegido em face da coletividade e merecendo especial proteção. Ou seja, é o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou”.¹³¹

Sendo consagrado constitucionalmente o direito a ter uma vida íntima da maneira como melhor aprouver a seus ideais de felicidade e realização pessoal, não é lícito ao Estado predeterminar o número de parceiros sexuais que deve haver em uma família. Com já dito, se há família mesmo sem sexo, não há por que se impor aos cidadãos a obrigatoriedade da exclusividade dualista.

A imposição da bigamia, mesmo para as uniões livres, representa indevida interferência do Estado na esfera da privacidade das pessoas. Disso se extrai que não dar validade jurídica às relações poligâmicas consentidas configura violação aos princípios constitucionais da privacidade e da intimidade.

¹²⁹DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 63.

¹³⁰MORAES, Guilherme Peña de. *Op. cit.*, p. 527.

¹³¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 22.

5.4. IGUALDADE E RESPEITO ÀS DIFERENÇAS

A doutrina esclarece que o princípio da igualdade, insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição, se manifesta sob dois aspectos. De um lado, a igualdade formal, ou jurídica, que tem por objetivo afastar tanto a produção, quanto a interpretação, de normas que impliquem tratamento injustificadamente discriminatório ou privilegiado a determinadas pessoas. De outro, a igualdade material, ou fática, traduzida por uma igualdade perante os bens da vida.¹³²

Forçoso admitir, então, que o princípio constitucional da igualdade consagra não uma igualdade absoluta e real entre todas as pessoas, mas sim, uma igualdade substancial, que leve em conta e respeite as diferenças fáticas entre os indivíduos, de forma a oportunizar iguais possibilidades virtuais de alcançar um determinado objetivo.

O que a Constituição almeja, portanto, não é a extinção de toda e qualquer forma de discriminação. Em alguns casos, essas serão aceitas e até queridas, mas somente se tiverem o fito de alcançar a igualdade de oportunidades, ao reequilibrar uma determinada situação pretérita de desigualdade fática. O que se veda, pois, são as discriminações arbitrárias, feitas sem justificativa idônea e que não tenham por objetivo a materialização de uma igualdade de oportunidades.

É dizer: a igualdade deve ser materializada nos instrumentos conferidos aos cidadãos para que alcancem os bens da vida – materiais e imateriais –, no tratamento isonômico, e não no resultado prático em si de suas ações.

Dessarte, a igualdade formal, enquanto caminho para realizações humanas, é inafastável. A igualdade material, seria, pois, o objetivo a ser alcançado.

¹³²MORAES, Guilherme Peña de. *Op. cit.*, p. 534-5.

Porém, corolário à igualdade, há a ideia de respeito às diferenças. As pessoas são faticamente diferentes e possuem distintos desejos, anseios, metas, capacidades, potenciais. A experiência histórica de nações comunistas, em que havia uma alegada igualdade material entre todos, mostrou-se um fracasso, quer por não ter passado de uma utopia, quer porque esse ideal de igualdade absoluta foi de encontro à natureza humana.

O princípio da igualdade há de consagrar, por conseguinte, também o direito a ser diferente, de não querer ser igual. Como dito, a igualdade se manifesta na oportunização das possibilidades. A todos devem ser dadas iguais oportunidades de alcançar os bens da vida. Seu emprego ou não fica ao arbítrio de cada pessoa, numa ponderação com o princípio da privacidade, que abarca o direito de entender-se diferente e preservar-se diferente.

No que pertine às relações poligâmicas consentidas, as pessoas nela envolvidas manifestam sua afetividade de modo recíproco e a despeito do padrão moral da monogamia. Se essas pessoas, de modo livre e consciente, desejam manter uma relação e constituir uma entidade familiar em que a exclusividade sexual não seja pressuposto, não cabe ao Estado interferir no desejo dessas pessoas.

A elas devem ser dadas iguais oportunidades de constituírem uma família.

Entendimento contrário – consubstanciado na vedação de acesso a institutos de Direito de Família que reconheçam a proteção a laços afetivos e a relações patrimoniais erguidas no âmbito de um relacionamento voltado para o compartilhamento de vidas de forma poligâmica – constitui uma negativa, aos seus membros, do exercício concreto de direitos abstratos.¹³³

Negar a situação fática da existência de relações poligâmicas consentidas na sociedade e negá-las reconhecimento jurídico são circunstâncias que acarretam ignóbil violação aos princípios constitucionais da igualdade e do respeito às diferenças.

¹³³MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Op. cit.*, , p. 80.

5.5. PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

O *caput* do artigo 226 da Constituição estabeleceu que a família é a base da sociedade e, como tal, terá especial proteção do Estado. E assim o fez de modo amplo, sem restringir o âmbito de proteção às entidades familiares havidas exclusivamente sob o matrimônio.

Essa opção do constituinte foi providencial, refletindo a moderna tendência do direito de tomar a família não como um instrumento a seus próprios propósitos, mas como local de realização e busca da satisfação pessoal dos cidadãos.

Daí o porquê da menor intervenção estatal na formatação da entidade familiar, em prestígio à liberdade de escolha das pessoas que no seio daquela sociedade vão conviver. A mão do Estado somente terá legitimidade para se imiscuir nos assuntos internos de uma família caso algum direito fundamental de seus componentes esteja sob ameaça, através do método da ponderação de interesses.

Ademais, o rol trazido pelos parágrafos do supracitado artigo 226 é meramente exemplificativo, pois, tendo sido consagrado o elemento afetivo como alicerce maior na edificação da família, e sendo infinitas as formas de se amar, não poderia o legislador constituinte pretender estabelecer, de forma exaustiva, as espécies de configuração familiar.¹³⁴

É no sentido de se prestigiar o elemento afetivo a enlaçar os companheiros, a despeito de qualquer exigência formalista, que Maria Berenice Dias conclui que:

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça.¹³⁵

¹³⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 41-3.

¹³⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 67.

Faz-se necessário, pois, reconhecer que da proteção do Estado não podem ser excluída as relações poligâmicas consentidas identificadas pelos elementos formatadores de uma entidade familiar acima delineados.

5.6. VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Consoante abordado acima, a Constituição consagrou a igualdade – entre homens e mulheres no seio da entidade familiar, e entre todos os filhos, havidos ou não sob matrimônio, naturais ou socioafetivos – e a liberdade – de associação, de planejamento familiar, de desfazimento de vínculos – como postulados básicos do ser humano, atinentes a sua busca pela felicidade e pela dignidade.

E se os princípios constitucionais devem informar não só a produção legislativa, mas também a interpretação das regras positivadas e, na omissão do legislador, servir de regramento básico para aplicação imediata dos direitos consagrados, por certo que qualquer movimento tendente a afastar eventual garantia aí insculpida será maculado pelo vício da inconstitucionalidade.

Daí se dizer que, implicitamente, a Constituição traz o que a doutrina chama de princípio da vedação ao retrocesso social.

Nesse sentido, tendo o constituinte originário assegurado os direitos individuais inerentes à realização da dignidade das pessoas, estes valem não apenas como normas programáticas de otimização, mas também como anteparo a ameaças que, na prática, possam estar sofrendo os direitos dos cidadãos. “Todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo legislador ou pelo Judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional”.¹³⁶

¹³⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 69.

Exemplo recorrente dessa omissão legislativa flagrantemente inconstitucional se dá com o caso das famílias monoparentais que, a despeito de expressamente tratadas no § 4º do artigo 226 da Constituição, até esse momento não conta com a devida regulamentação pelo legislador ordinário.

De igual forma, estabelecer a legislação que a união *more uxorio* somente se possa dar entre duas pessoas é uma limitação inconstitucional, já que a Carta Magna consagrou o pluralismo das formas de composição familiar.

Ademais, com essa limitação, está-se a enquadrar, num arquétipo de dualidade, o modo como as pessoas, no exercício de suas liberdades e individualidades constitucionalmente amparadas, se relacionam afetivamente.

Dessarte, quer por serem um fenômeno natural e social presente na sociedade, quer por preencherem os requisitos necessários à identificação como entidade familiar, quer porque a negativa configura violação aos princípios constitucionais acima elencados, as relações poligâmicas consentidas merecem ser reconhecidas pelo Direito e por seus operadores como entidades familiares.

Entretanto, essa não é a posição assente nem na doutrina, que insiste em ver na monogamia um dogma intransponível, nem nos tribunais, que raros casos dessa trama tiveram oportunidade de enfrentar.

Desse modo, passar-se-á a uma análise das posições adotadas por doutrina e jurisprudência no que diz respeito ao estado não monogâmico, dando destaque que a questão do assentimento quanto a tal estado e suas implicações jurídicas passa ao largo das considerações de tratadistas e magistrados.

6. O TRATAMENTO LEGISLATIVO, DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL DAS RELAÇÕES POLIGÂMICAS NO BRASIL

Nesse momento, será verificado como o estado de não monogamia é tratado no Brasil, quer pela legislação posta, quer pelos doutrinadores, bem assim como por seus tribunais, mormente as cortes superiores que possuem a competência de unificar e pacificar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Foi visto, em momento anterior, que, não obstante a influência do instinto gregário do ser humano na constituição dos arranjos familiares, a religião, enquanto componente de ordem psicossocial, estabeleceu preceitos de profundas raízes morais que permitem ter uma acepção de família como algo forjado pela vontade humana com objetivos que vão além da mera reprodução e segurança comum dos integrantes.¹³⁷

Em verdade, esses objetivos aparentemente mais primitivos acabaram sendo relevados a um segundo plano, ao se privilegiar o aspecto patrimonial e repressor da instituição familiar.¹³⁸

No Brasil, mister se faz localizar a origem do Direito aqui vigente no período colonial, ao tempo das Ordenações do Reino de Portugal. A essa época, o poder econômico, político e social da Igreja Católica Apostólica Romana era muito grande, mormente em Portugal, principal nação colonizadora do território onde se localiza este país. Nesse contexto, as instituições da Igreja e do Estado Nacional estavam umbilicalmente ligadas, de sorte que toda a legislação deste possuía enorme influência do Direito Canônico e dos dogmas e preceitos por ele consagrados.¹³⁹

¹³⁷FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *Op. cit.*, p. 59.

¹³⁸GLANZ, Semy. *Op. cit.*, p. 28.

¹³⁹“No Brasil, a separação entre Igreja e Estado foi consagrada com a proclamação da República e a promulgação da primeira Constituição Republicana, a Carta Constitucional de 1891. Era o fim de um regime de quase 400 anos de união entre Estado e Igreja, de forma específica, com a Igreja Católica. Durante todo o período colonial (1500-1822), sendo o Brasil colônia de Portugal, aplicava-se ali a legislação da metrópole, e

Por conseguinte, não se reconhecia validade, ou melhor, sequer existência, a qualquer espécie de família que não fosse baseada no matrimônio, tal como previsto e celebrado na forma estipulada pela Igreja Católica Apostólica Romana, que o tem como um dos seus sacramentos. Isso se deve, certamente, à já mencionada origem religiosa do casamento enquanto instituição sociojurídica e à sua função de asseguradora da propagação da espécie e da manutenção do patrimônio.

Após a independência do país e com o advento da Constituição do Império, a situação não se alterou, pois se vivia uma época de apogeu dos ideais do liberalismo, com a Constituição tratando tão-somente da organização do Estado e da tutela dos interesses individuais em face dele.

Frise-se que, seguindo essa *ratio*, o Direito Penal à época tinha por principal escopo a tutela dos bens jurídicos mais afeitos à individualidade do homem, tal como seu patrimônio – o que só fazia reforçar o caráter patrimonialista da família à época.

No que concerne ao casamento, o Código Penal do Império previa punição para o denominado crime de *polygamia*, assim tipificado como “contrair matrimônio segunda ou mais vezes, sem ter dissolvido o primeiro” (art. 249), cominando a pena de trabalhos forçados por até seis anos. Também era típica a conduta do adultério, sendo certo que, como supramencionado, eram distintos o adultério praticado pela mulher (art. 250) e o praticado pelo homem (art. 251). Nota-se, a toda evidência, que a lei era mais rigorosa com a conduta assumida pela mulher adúltera que com a pelo homem, já que a este era permitido manter encontros esporádicos e com mulheres distintas, havendo crime apenas se tivesse uma amante

ainda após a Independência, ao longo de todo o regime monárquico, que vai de 1822 a 1889, a religião Católica foi a oficial do Brasil. Na prática, o Brasil recém-independente adota em seu ordenamento jurídico, com respaldo no primeiro texto constitucional, a Constituição Imperial de 1824, o regime português do Padroado, ou *ius patronatus*, obtendo da Santa Sé, com a Bula *Praeclara Potugaliae Algarbiorunque Regum*, de 27 de maio de 1827, dada pelo Papa Leão XII, privilégios similares aos concedidos aos Reinos de Portugal e Espanha e outras monarquias católicas europeias”. GOMES, Evaldo Xavier. Liberdade religiosa: estudo comparativo entre o ordenamento jurídico brasileiro e o direito canônico. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 6, abr./mai. 2006, Salvador, p. 2. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=106>. Acesso em: 17 jun. 2009.

fixa, tida e mantida em paralelo à família oficial, enquanto aquela era passível de punição penal caso viesse a praticar apenas um contato sexual extramatrimonial que fosse.¹⁴⁰

O primeiro Código Penal da República, datado de 1890, trouxe pequena, porém importante evolução, ao excluir a diferenciação, na esfera penal, entre o adultério do marido e o da mulher, mantendo, no mais, a mesma lógica patrimonialista de proteção da família enquanto instituição, sem qualquer consideração quando às pessoas que as compunham.

O Código Penal em vigor, datado do ano de 1941, também reflete a mentalidade moral conservadora da sociedade àquele tempo. O Título VII da Parte Especial é denominado “Dos crimes contra a família”. Isso evidencia, uma vez mais, que o bem jurídico objeto de tutela por parte da legislação penal era a família enquanto instituição estatal, sendo, por exemplo, sujeito passivo do crime de bigamia (art. 235) o próprio Estado.¹⁴¹

Impõe-se reconhecer, do narrado, que a legislação penal brasileira sempre teve por escopo tutelar a instituição sacralizada e patrimonialista do casamento monogâmico em si, havido sob os preceitos da ordem vigente, e não a pessoa do cônjuge enganado. Vale dizer: mais importante que as pessoas integrantes do núcleo familiar, em sua individualidade, era a família enquanto instituição estatal, de origem religiosa, e sua posição de destaque na sociedade – e para o Estado – como centro produtor de riquezas.

Também na seara civil as relações que não se estabelecessem sob as regras do casamento não gozavam de qualquer proteção jurídica, e no mais das vezes eram passíveis de punição.

Durante os períodos colonial e imperial, enquanto vigoraram as Ordenações de Portugal por solução de continuidade ante a ausência de legislação pátria própria, o casamento

¹⁴⁰GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família...*, p. 152.

¹⁴¹GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, v. III, p. 622.

válido no Brasil era o religioso, celebrado em conformidade com as regras estipuladas a Igreja Católica Apostólica Romana.¹⁴²

Com o advento da República, sob forte influência das ideias positivistas em voga à época, foi instituído o casamento civil através do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, alçado à categoria constitucional com a Carta de 1891, sendo, então, o único capaz de produzir efeitos jurídicos. No entanto, “apesar da separação Estado-Igreja no que pertine ao casamento, aquele continuou sofrendo fortes influências da Igreja Católica, sentida no princípio da indissolubilidade do casamento, a atingir adeptos de outras religiões em virtude da legislação então vigente”.¹⁴³

O Código Civil de 1916, produto do Estado liberal do fim do século XIX e princípio do século XX, centrava suas preocupações nas relações jurídico-patrimoniais, na figura do homem, pai de família, produtor de riquezas para o Estado, único com capacidade mental e econômica – logo, também, jurídica – para ser sujeito de direitos e obrigações, firmar contratos e deixar patrimônio às gerações futuras.

Esta é a resenha apresentada por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk sobre a disciplina do Direito de Família no Código de 1916:

O vínculo conjugal era indissolúvel, o reconhecimento de filiação extramatrimonial era vedado, em nome de uma ordem de ideias que atribuía à estabilidade da instituição familiar – como ente transpessoal – clara proeminência em relação à felicidade coexistencial de seus componentes. Ainda que, na realidade social, a pluralidade e a simultaneidade pudessem estar presentes, não se verificava a recepção jurídica desses fenômenos.¹⁴⁴

Essa visão do mundo principiou a mudar já em fins do século XIX, quando, em função da revolução industrial e da grande demanda por mão-de-obra dela advinda, começou-se a inserir também a mulher no mercado de trabalho.

¹⁴²OLIVEIRA, José Sebastião de. *Op. cit.*, p. 38.

¹⁴³GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo...*, p. 107.

¹⁴⁴RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, p. 2.

No Brasil, país predominantemente rural até meados da década de 1970, de grande tradição conservadora e arraigada cultura católica, a evolução e liberalização dos costumes se deu a passos mais lentos. Somente em 1962, com a Lei n. 4.121, a mulher deixou de ser relativamente incapaz por presunção legal e adquiriu alguma autonomia patrimonial.¹⁴⁵

Outro momento marcante se deu com a promulgação da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, e o advento da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, ao ser instituído, no país, o divórcio, o que relativizou o antigo dogma da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Essa nova concepção acerca das relações das pessoas entre si e também delas com os bens da vida vão levar a efeito um movimento de despatrimonialização do direito privado¹⁴⁶, que, no Brasil, ganhou grande impulso com a promulgação da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, a partir de quando se pôde verificar um fenômeno que a doutrina especializada identificou como sendo de constitucionalização do Direito Civil.¹⁴⁷ A Carta de 1988 é tida como o marco dessas mudanças porque, a partir de então, se consagra, ao ganhar fundamento na lei maior do país, a interpretação dos institutos jurídicos à luz da valorização do ser humano e de sua dignidade.

E o Direito de Família não ficou indiferente a essa despatrimonialização, já que o texto constitucional, dentre outras alterações relevantes, reconheceu a igualdade entre os cônjuges (artigo 226, § 5º) e entre os filhos (artigo 227, § 6º), a supremacia do interesse destes enquanto crianças ou adolescentes (artigo 227, *caput*), bem como a existência de formas de constituição de família não fundadas no casamento, tal como a união estável (artigo 226, § 3º) e a família monoparental (artigo 226, § 4º).

¹⁴⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 98.

¹⁴⁶BRANDELLI, Leonardo. *A despatrimonialização do direito civil e a função econômica e social do registro de imóveis*. Clubjus, Brasília-DF: 17 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14789>>. Acesso em 01 jul. 2009.

¹⁴⁷MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, jul.-dez./2006, p. 233-236.

Porém, uma situação fática na sociedade moderna, como perfilhado acima, e que segue passando ao largo de qualquer reconhecimento legislativo ou jurisprudencial – e que, mesmo na doutrina especializada, é tratada com bastante superficialidade – é a das relações afetivas, com intuito de constituição familiar, que envolvam mais de duas pessoas.

Maria Berenice Dias, ao tratar do tema, afirma que:

Se os elementos que definem o sistema representativo que chamamos ‘família’ variam segundo a sociedade, podemos concluir que o significante ‘família’ é representado, como todo significante, por fatores conscientes e/ou inconscientes, que definem a maneira e engendram as categorias pelas quais o mundo social é organizado. Qualquer modelo de família é tributário da ordem social que o produz.¹⁴⁸

Na doutrina pátria, tanto autores mais clássicos, que escreveram sobre o revogado Código Civil de 1916 e à luz de princípios patrimonialistas e patriarcais que informavam o Direito em fins do século XIX e começo do XX, quanto os considerados modernos, que já ditaram suas lições tendo por paradigma a Constituição de 1988 e mesmo o vigente *Codex* de 2002, e sob os auspícios dos princípios humanitários que orientaram os seus legisladores, insistem em mencionar a monogamia como um requisito objetivo para a constituição de uma entidade familiar.¹⁴⁹

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, em caráter excepcional, admitia a denominada “união estável putativa” para fins exclusivamente previdenciários, permitindo que os supérstites dividissem a pensão deixada pelo falecido.¹⁵⁰

¹⁴⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 7.

¹⁴⁹Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 61; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Comanheirismo...*, p. 162-164; GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 61-2 e 97-9; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, v. 6, p. 558-9; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Direito de Família – exposição técnica e systemática do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinyho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 21-2; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, v. 5, p. 79-82; RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 891; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 259; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, v. 5, p. 268; VENOSA, Silvio. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 6, p. 42-7 e 74-5.

¹⁵⁰“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTILHA DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA. COEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA. CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. "Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo". Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime, no plano da assistência social. Acórdão recorrido não deliberou à luz dos preceitos legais invocados. Recurso especial não conhecido.

Por união estável putativa entende-se a situação em que, aparentemente de união estável, um dos vértices possui algum impedimento para o matrimônio, sendo de que disto não tem ciência a outra parte. Como lecionado por Maria Berenice Dias:

A diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante. Assim, (...) somente quando a mulher é inocente, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra, há o reconhecimento de que ela está de boa-fé e se admite o reconhecimento da união estável, com o nome de união estável putativa.¹⁵¹

O fundamento para se atenuar o requisito da monogamia e admitir a possibilidade de haver uma união estável ainda que o outro companheiro possuísse o impedimento de ser casado eram os princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, corolário do primeiro, bem como o da vedação ao enriquecimento ilícito, com o objetivo de não deixar desamparado o companheiro paramatrimonial que, de boa-fé, supunha estar vivendo sob união estável.¹⁵²

No entanto, quando a questão chegou à análise do egrégio Supremo Tribunal Federal, essa posição foi revista e se rechaçou a possibilidade do reconhecimento jurídico da existência de famílias paralelas. Negou-se, assim, a possibilidade de divisão da pensão previdenciária entre a mulher “do papel” e a concubina, sob o fundamento de se prestigiar uma situação *contra legem* em detrimento da família, que goza de amparo constitucional:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico,

(BRASIL. Superior Tribunal de justiça. Quinta Turma. REsp 742.685, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Publicado no DJ de 05 set. 2009)”.
¹⁵¹DIAS, Maria Berenice. *Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Disponível em:

<<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 01 nov. 2009.

¹⁵²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 455-7.

mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.¹⁵³

Embora se trate de decisão tomada não pelo plenário da Corte suprema, mas sim, por uma de suas Turmas, o Superior Tribunal de Justiça adotou tal entendimento, ainda que com votos divergentes que prestigiaram a posição anterior do próprio STJ.¹⁵⁴

Contudo, do discorrido, verifica-se que os casos de união estável putativa têm por premissa que um companheiro não saiba do vínculo impeditivo do outro, situação que teria o condão de caracterizar-lhe a boa-fé.

Tal hipótese é distinta do tema deste trabalho, porque, nas relações poligâmicas consentidas, não há ninguém enganado, não há situação paralela. Todos os envolvidos possuem vínculos de afeição marital entre si, em caráter duradouro, contínuo e público, e são conscientes e assentes quanto ao estado não monogâmico.

Ora, se os interessados diretamente na situação anuem e desejam manter um relacionamento nesses moldes, e se estão presentes os elementos que a doutrina mais moderna usa para identificar um ente familiar, não pode o Direito negar-lhe validade e consequências jurídicas, pena de infringir os postulados fundamentais da Constituição mais caros ao ser humano e fazer, por conseguinte, injustiça.

¹⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE n. 590779, Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Publicado no DJe de 27 mar. 2009.

¹⁵⁴“PROCESSO CIVIL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. TEMA NOVO EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECLUSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. ARTIGO 557 DO CPC. 1. A ofensa a princípios ou dispositivos constitucionais haveria de ser suscitada em sede de recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal. 2. Inviável, em sede de regimental, a apresentação de argumento que, sequer, foi ventilado nas contra-razões ao recurso especial. 3. Pacífica a possibilidade de o relator decidir monocraticamente o mérito do recurso, amparado em súmula ou jurisprudência dominante deste Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal. PREVIDENCIÁRIO. CONCUBINATO ADULTERINO. RELAÇÃO CONCORRENTE COM O CASAMENTO. EMBARAÇO À CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL APLICAÇÃO. IMPEDIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos componentes do casal, embaraça a constituição da união estável. 2. Agravo regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no REsp 1016574/SC, Relator: Ministro Jorge Mussi. Publicado no DJe de 30 mar. 2009)”.

Como dito no começo, o direito positivo, porque forjado por aqueles que desejam a manutenção do *status quo* e de sua moral antiquada, sempre está atrasado em relação às transformações sociais.

Na esteira do prelecionado por Maria Berenice Dias ao tratar das relações homoafetivas, em afirmação que se amolda à hipótese das relações poligâmicas consentidas, “negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões”.¹⁵⁵

Não discrepa desse raciocínio, também, a lição de Maria Helena Novaes, ao prelecionar a necessidade de se pensar em modos diferentes de se confrontar os problemas da atualidade, tais como os das denominadas “famílias possíveis, de modo a trazer contribuições reais ao bem-estar de todos”.¹⁵⁶

Daí porque, como será visto adiante, faz-se necessária uma mudança de paradigma a fim de se reconhecer, como entidade familiar, as relações poligâmicas consentidas. Não apenas por elas apresentarem os elementos que permitem ao intérprete do Direito identificá-la como tal – e dentre eles não se encontra a monogamia, que se trata de mero tabu, ou mais sutilmente, de simples costume –, mas também porque entendimento contrário implicaria violação a princípios fundamentais do ser humano insculpidos na Constituição da República.

¹⁵⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 47.

¹⁵⁶NOVAES, Maria Helena. A convivência entre gerações e o contexto sociocultural. In PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 229.

7. A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO ÀS RELAÇÕES POLIGÂMICAS CONSENTIDAS

Consoante exposto ao longo deste trabalho, o ser humano se caracteriza por estar incessantemente em conflito: ao mesmo tempo em que anseia por estabilidade, por segurança, insurge-se constantemente contra o *status quo*, e empreende transformações em si mesmo e em seu meio social, buscando o novo, o algo a mais, sem desistir jamais de, acima de tudo, ser feliz.

Logo, o Direito, produto da *ratio* humana, também pode – e deve – mudar.

A Constituição de 1988 consagrou princípios como o da dignidade da pessoa humana, que passaram a informar todo o sistema normativo infraconstitucional, aí incluído o Direito Civil e, de modo mais pertinente, o Direito de Família.

Em verdade, o novel Código Civil, em que pesem as críticas sofridas, trouxe importantes modificações no tratamento legislativo das instituições de Direito Civil, as quais têm, como objetivo, a consagração dos princípios maiores da sociabilidade, da operabilidade e da eticidade.¹⁵⁷

Com isso, todos os institutos nele inculpidos passaram a ser implicitamente regidos e interpretados conforme a sua função para a sociedade e a boa-fé objetiva das partes envolvidas.

Isso se deu com os contratos, com a propriedade e, de modo efusivo, com a família e seus institutos correlatos.

Com respeito a essa última, o texto constitucional consagrou a função social da família, ao reconhecer o seu caráter basilar na formação de toda a sociedade e conferir-lhe a proteção especial por parte do Estado, à luz do disposto no *caput* do artigo 226.

¹⁵⁷ REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *In Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>>. Acesso em: 01 out. 2009.

A família, pois, como anteriormente analisado, passou por um processo de despatrimonialização e repersonalização, razão pela qual deixou de ser vista como um fim em si mesmo e passou a ser reconhecida como instrumento das pessoas na realização de suas ambições pessoais.

Também ficou sedimentado no texto constitucional o pluralismo das entidades familiares como um princípio informador do Direito de Família, consectário dos princípios da liberdade de as pessoas elegerem como querem exercer suas sexualidades e do respeito à individualidade de com que e a quem manifestam seu afeto.

A partir dessas premissas, cabe ao aplicador do Direito buscar os limites e as possibilidades da atribuição de eficácia jurídica a situações em que se verifique a inserção de mais de dois sujeitos em uma mesma entidade familiar, sem descartar a possibilidade de, entre tais pessoas, haver amplo envolvimento sexual.¹⁵⁸

Nessa linha de raciocínio, Maria Helena Novaes afirma que:

Seria urgente enfrentar os pensamentos limitantes e inibidores de nossa época, o medo de enfrentar o desconhecido, de planejar uma vida com mais qualidade numa sociedade mais justa, lembrando sempre que a vida é um presente divino, o novo é prazeroso e somos capazes de usufruir desse mundo complexo, mas fascinante e desafiador, que exige esforço conjunto de todos nós.¹⁵⁹

A tese de emprestar amplo reconhecimento às entidades familiares não matrimoniais se fia na ideia de que o Estado não pode interferir na esfera privada das pessoas. Em contrapartida, os que rejeitam tal posição se valem justamente do mesmo argumento para advogar que, se não cabe ao Estado intervir da vida privada das pessoas, não haveria por que pretender o reconhecimento e a tutela estatal.

Trata-se, a toda evidência, de um sofisma.

¹⁵⁸RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁹NOVAES, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 215.

Por certo, não cabe ao Estado intervir na constituição, na livre escolha das pessoas, regular a família conforme seu interesse. Família é espaço de realização pessoal, de afeto e felicidade dos seus membros; de consolidação dos princípios constitucionais. Ao Estado cabe, entretanto, intervir tão-somente quando houver alguma ameaça a direito fundamental de membro da família por parte de outro, ou quando houver ameaça externa ao grupo familiar.

Na primeira hipótese, tem-se, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a Lei Maria da Penha, que vão legitimar a intervenção do Poder Público no âmago de uma entidade familiar a fim de garantir a proteção de direitos fundamentais de seus membros que corram algum risco de mácula.

Na segunda, o Estado vai conceder aos cidadãos os instrumentos jurídicos necessários à realização concreta de suas aspirações na seara da família e reconhecer obrigações e direitos advindos do estabelecimento de um vínculo familiar. Trata-se, pois, de uma obrigação de viés positivo – de conceder o reconhecimento e a tutela afeitos às entidades familiares – e negativo – de não criar óbices e embaraços à livre formação de tais entidades.

O reconhecimento jurídico, assim, é cogente, a fim de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais e dar proteção aos membros.

Em tal perspectiva é que Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk assenta que:

A identificação de uma família seria pertinente, nesse passo, não mais para definir o destinatário abstrato da proteção jurídica, mas sim, para delimitar a natureza das relações que estão sendo travadas em concreto, bem como para aferir a viabilidade de seu ingresso, pela porosidade seletiva do sistema jurídico, como passíveis de produção dos efeitos jurídicos destinados às relações familiares.¹⁶⁰

Importa destacar que, consoante entendimento doutrinário mais adequado à espécie, o reconhecimento jurídico das relações poligâmicas afetivas como entidade familiar prescindiria do advento de lei *stricto sensu*: o sistema normativo, sob a iluminação da

¹⁶⁰RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. cit.*, p. 24.

Constituição e dos postulados aí consagrados, confere aos aplicadores do direito instrumental hábil a tanto.¹⁶¹

Por tal razão, Paulo Luiz Netto Lôbo assevera ser relativa, quando não desnecessária, a intervenção do legislador na disciplina das famílias. Isso sob o fundamento de que a afetividade, elemento nuclear da efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, deveria funcionar como indicador das melhores soluções para os conflitos familiares. Para muitos, quanto menor a intervenção, tanto melhor.¹⁶²

Mas, por certo, o direito positivado traduz mais segurança a todos e é uma aspiração legítima das personagens sociais. Ademais, consoante esclarecido por Simone Clós Cesar Ribeiro:

Se o Direito positivo deve ser uma expressão da evolução histórico-social, não se concebem mais as ideias ultrapassadas sobre a constituição da família; se a finalidade do Direito é promover o bem-estar social, através da aplicação da lei, esta deve corresponder aos clamores sociais, ofertando segurança e justiça a todos; se é o Direito positivo a expressão máxima da adaptação social, deve ele garantir o perfeito funcionamento da sociedade, conservando dos homens a dignidade e garantindo a todos a justiça.¹⁶³

Convém lembrar que as conformações ora em estudo apresentam os elementos que permitem à sociedade e, principalmente, aos operadores do direito, identificá-las como entidades familiares – e, não é despidendo salientar, dentre eles não se encontra a monogamia, que se trata de mero tabu, ou mais sutilmente, de simples costume.

Entendimento no sentido de não lhes emprestar o *status* de entidade familiar viola princípios fundamentais do ser humano insculpidos na Constituição da República, pelo que é premente que o Direito, atento às transformações da sociedade, reconheça e tutele, como entidade familiar, as relações poligâmicas consentidas.

¹⁶¹MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 83.

¹⁶²LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 12.

¹⁶³RIBEIRO, Simone Clós Cesar. As inovações constitucionais no Direito de Família. *In Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002, p. 17. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192>>. Acesso em: 01 out. 2009.

CONCLUSÃO

Como visto, os tempos hodiernos, mormente a partir da Revolução Industrial ocorrida na sociedade judaico-cristã ocidental, se caracterizaram por uma transformação sólida e abrangente no campo dos costumes, nisso incluindo o modo de pensar e de viver a família. Essa instituição, que por séculos esteve alicerçada no matrimônio e no poder econômico e social do pai sobre os seus demais membros, passa, então, a apresentar-se sob novas e multifacetadas configurações.

Nesse passo, não mais o viés patrimonial e patriarcal da família é prestigiado, mas sim, o socioafetivo, de modo a serem reconhecidos, como entidade familiar, núcleos erigidos a partir do respeito mútuo, do desejo de comunhão de vidas e da afetividade que envolva todos os seus componentes.

No entanto, as entidades familiares constituídas a partir de vínculos de afeição marital, em caráter duradouro, contínuo e público, em que haja a convivência de mais de duas pessoas com esse *affectio maritalis* – denominadas relações poligâmicas consentidas – têm sido ignoradas, quando não sumariamente rechaçadas, pelos estudiosos do Direito de Família contemporâneo.

A monogamia é posto como corolário necessário da fidelidade entre os companheiros, a despeito de as partes envolvidas assentirem, livre e conscientemente, quanto ao estabelecimento de uma relação em que as práticas sexuais se deem sem a exclusividade dual.

Se o Direito é fenômeno social, e não um simples dado natural, que tem por objetivo regular as situações fáticas existentes passadas no seio da sociedade e dar-lhes uma solução justa, que leve à pacificação social, imperioso conceder às relações poligâmicas consentidas o *status* de entidade familiar.

A tarefa dos operadores do Direito, mormente do Direito de Família, deve ser pautada pelo reconhecimento de situações fáticas que possam atribuir direitos e obrigações às pessoas envolvidas. Cuida-se de superar preconceitos e dogmas para reconhecer aos sujeitos, titulares de direitos fundamentais, o pleno exercício de suas individualidades, quanto mais se sedimentadas no afeto e no respeito por seus pares.

A poligamia deve ser havida, pois, como fenômeno efetivamente jurígeno, desde que presentes os demais elementos caracterizadores da conformação de entidade familiar. Se há vínculo afetivo entre as pessoas envolvidas, intuito de constituição de uma família, notoriedade e estabilidade da relação, e pleno assentimento quanto ao estado monogâmico, outra não pode ser a conclusão que não a de reconhecer o *status* de entidade familiar a esse núcleo.

Se, como dito, a afetividade possui o condão de formar família mesmo não que haja relações sexuais entre quaisquer de seus membros, não há justificativa palatável para se excluir do reconhecimento jurídico as entidades em que não haja exclusividade sexual entre um par de pessoas.

Não se pode afastar a aplicação imediata dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual e da intimidade das pessoas, bem como a interpretação dos institutos do direito de família à luz dos fundamentos primários da República, que consagram a instituição de uma sociedade, livre, soberana e justa, com a eliminação de qualquer forma de discriminação.

Conclui-se o presente trabalho, portanto, com a assertiva de que as relações poligâmicas consentidas devem ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico pátrio como entidades familiares para os seus fins de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* (org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARASH, David; LIRTON, Judith Eve. *O Mito da monogamia: fidelidade e infidelidade entre pessoas e animais*. Trad. Ryta Viangre. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Bíblia Sagrada. 71. ed. São Paulo: Ave Maria, 1989.

BITTAR, Eduardo C. B.. Família, sociedade e educação: um ensaio sobre o individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade – teoria e prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRANDELLI, Leonardo. *A despatrimonialização do direito civil e a função econômica e social do registro de imóveis*. Clubjus, Brasília-DF: 17 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14789>>. Acesso em 01 jul. 2009.

BRASIL. *Legislação Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 08 dez. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. Uma releitura do significado de “Robinson Crusoe” para o direito. In *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, 50, 29/02/2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4250>. Acesso em: 06 jun. 2009.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Novas configurações familiares: mitos e verdades. In *Jornal de Psicanálise* São Paulo, 40(72): p. 89-102, jun. 2007. Disponível em:

<<http://www.ceccarelli.psc.br/artigos/portugues/html/confmitver.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2009.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ártica, 2000.

DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 01 nov. 2009.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 5 v.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DUTRA, Luiz Henrique de A. Behaviorismo. In *Crítica: revista de filosofia*. Disponível em: <http://criticanarede.com/html/men_behaviorismo.html>. Acesso em: 12 out. 2009.

ENGELS, Friedrich. *El origen de da familia, la propiedad privada y el Estado*. In ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *Obras Escogidas*. Tomo III. Moscou: Progreso, 1981.

FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANCK, Elizabeth van Gysel. *Infidelidade conjugal*. Disponível em: <<http://www.andrecardelli.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2009.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala: introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08 – Família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOLDSTEIN, Melvyn C. *Stratification, Polyandry, and Family Structure in Central Tibet*, In *Southwestern Journal of Anthropology*, n. 27(1), 1971, p. 64-74. Disponível em: <http://www.case.edu/affil/tibet/booksAndPapers/stratification.html?nw_view=1259836951&>. Acesso em: 01 nov. 2009.

GOMES, Evaldo Xavier. Liberdade religiosa: estudo comparativo entre o ordenamento jurídico brasileiro e o direito canônico. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 6, abr./mai. 2006, Salvador, p. 2. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=106>. Acesso em: 17 jun. 2009.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. 6 v.

GRABIANOWSKI, Ed. *Como funciona a poligamia*. Trad. HowStuffWorks Brasil. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/poligamia.htm/printable>>. Acesso em: 10 out. 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. v. III. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

JOHNSON, R. W. *The rise of Jacob Zuma; polygamist, 'Zulu peasant' and president in waiting*. *Times on line*. Londres, 05 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/africa/article6035797.ece>>. Acesso em: 01 nov. 2009.

KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da família: notas sobre o tempo como elementos da *fattispecie* família. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* (org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LIMA, Erick Calheiros de. Observações sobre a Fundamentação Moral do Direito em Kant. *In ethic@*, Florianópolis, v.4, n.2, dez./2005, p. 141-155.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *In Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, São Paulo v. 10, n. 5, ago.-set./2008.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Estado democrático de direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual. *In Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 10, n. 5, ago.-set./2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Direito de Família – exposição técnica e systemática do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, jul.-dez./2006.

_____. O princípio da solidariedade. *In Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

MORAES, Vinicius de. Soneto de fidelidade. *In Antologia Poética*. 9. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NAMUR, Samir. A tutela das famílias simultâneas. *In RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al (org.). Diálogos sobre Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mau, ou prelúdio de uma filosofia do futuro*. Trad. Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001.

NOVAES, Maria Helena. A convivência entre gerações e o contexto sociocultural. *In PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

OLIVEIRA, Jorge Martins de. *Consciência*. Disponível em: <<http://www.cerebromente.org.br/n05/opiniao/concien1.htm>>. Acesso em: 01 mai. 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Aspectos da evolução do conceito de família, sob a perspectiva da sociedade brasileira, nos períodos colonial e imperial, no tocante à ordem social e política. In *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 4, n. 1, 2004.

OSBORNE, Richard. *Dicionário de Sociologia*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/7771703/Richard-Osborne-Dicionario-de-Sociologia-PDF>>. Acesso em: 01 mai. 2009.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova Constituição e o Direito de Família*: breves comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 6 v.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey - IBDFAM, 2006.

_____. Direito de Família no século XXI. In *Coletânea de textos CEPAD*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia*, Porto Velho, n. 14, 2006.

_____. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Visão geral do Projeto de Código Civil. In *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>>. Acesso em: 01 out. 2009.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Cia. das Letras, 1995

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. As inovações constitucionais no Direito de Família. In *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192>>. Acesso em: 01 out. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O Conceito de família e suas implicações jurídicas*. São Paulo: Campus, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 6 v.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Eduardo Sens dos. Justiça e Moral: estudo comparado dos conceitos em Kelsen, Kant, Reale e Del Vecchio. *In Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. *In Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out.-dez./1998, p. 283-094.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. 6 v.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. *In RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al (org.). Diálogos sobre Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 7 v.