

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família sofreu uma evolução ao longo dos anos e permanece em constante transformação. A família nuclear tradicional², deixou de ser vista como critério obrigatório e passou a ser objeto de questionamento por parte daqueles que não se identificam com seus ditames.

Como consequência dessa evolução, surgiram modelos de famílias não-tradicionais, trazendo uma variedade de formas de constituição familiar. Dentro desse contexto, chama-se a atenção para uma nova formação: a relação poliafetiva, caracterizada como uma forma de relacionamento em que se mantem simultaneamente relações com mais de uma pessoa, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos.

Em uma sociedade em que a regra imposta é a monogamia, aqueles que não seguem seu padrão são excluídos da proteção estatal, afastando-se o seu reconhecimento e a legitimação de sua formação.

Assim, o presente trabalho tem a finalidade de demonstrar, com base no princípio da afetividade, que as relações poliamorosas merecem ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico, garantindo-lhes todos os direitos conferidos a outras formas de famílias.

A pesquisa tem como método de investigação, o bibliográfico que consiste na consulta de obras, análises de artigos de periódicos, documentos eletrônicos, bem como da legislação pertinente.

2 DAS FAMÍLIAS

2.1 A CONTRIBUIÇÃO DA ANTROPOLOGIA PARA O ESTUDO DAS FAMÍLIAS

A questão sobre o parentesco é objeto de reflexão dentro do estudo da família na Antropologia, pois nas sociedades tribais os laços de parentesco são o elo fundamental e o que rege as relações sociais. Importante ressaltar, entretanto, que parentesco não é sinônimo de família, apesar de ambas serem similares por tratarem de fatores biológicos – nascimento, acasalamento e morte. A divergência encontra-se no quesito que a família é aquele grupo social concreto e o parentesco é a estrutura formal, abstratamente constituída que permeia esse grupo social concreto, mas que vai além dele (SARTI, 1992, p. 60).

Para a Antropologia, esses fatos básicos da vida, que são o objeto dos estudos

de parentesco, são comuns a todos os animais. Todo mundo nasce, se acasala e morre. O que é específico do ser humano é que o homem escolhe a forma como ele vai fazer isso. Por mais que, seja dentro de limites estreitos, social e culturalmente dados, o homem escolhe como vai realizar estes fatos básicos da vida e atribui um sentido a suas escolhas. O que os estudos de parentesco fazem é justamente analisar como o homem lida com estes fatos básicos da vida, o porquê ele faz o que faz, por que a escolha de uma alternativa em detrimento da outra e que implicações tem esta escolha, como mostrou Fox (1986, p. 53).

Os sistemas de parentesco resultam da combinação de três tipos de relações básicas: a) relação de descendência, que é a relação entre pai e filho e mãe e filho; b) a relação da consanguinidade, que é a relação entre irmãos; e c) a relação de afetividade, ou seja, a que se dá através do casamento, pela aliança. Essas três

relações são básicas e o estudo do parentesco é o estudo das suas combinações. Qualquer sociedade se forma pela combinação dessas três relações e a variabilidade está em como se faz essa combinação (SARTI, 1992, p. 71).

O que a Antropologia coloca é que as relações de parentesco e de casamento são estruturas universais. Em todas as sociedades há casamento e relações de parentesco (as três relações), mas a combinação dessas relações, qual o seu significado, que relações são proibidas, não são proibidas, com quem se pode ou não casar, o que isso significa em termos da descendência, tudo isso é enormemente variado (SARTI, 1992, p. 75).

Além de permitir ver a variabilidade, a “desuniversalização” e “desnaturalização” da família, a decomposição das relações envolvidas na família possibilita também pensar a mudança na família como um processo não totalizante, mas que pode estar referido a um ou outro elemento constitutivo da família. Nessa decomposição, fica claro que a família tem vários elementos que podem mudar ou não; a mudança, num dos elementos, não significa que o outro mude também (SARTI, 1992, p. 75).

Desta forma, a Antropologia observa e analisa as novas formas de relações familiares, quebrando a ideia de um único parâmetro ou um parâmetro ideal de família, não limitado as relações e, finalmente, trazendo à tona a família moderna, que é uma família em transformação. Fazendo a decomposição da família nos seus mais variados elementos, combinando-os de diferentes maneiras e repensando a família dentro de uma estrutura mais ampla.

2.2 A FAMÍLIA EUDEMONISTA

O afeto estrutura e norteia a promoção da personalidade, bem como, garante o pleno desenvolvimento do ser humano e a busca da felicidade, a supremacia do amor e a vitória da solidariedade possibilitam o seu reconhecimento como única maneira eficaz para definição da família, desta forma, para esse novo momento de identificação da entidade familiar por intermédio de seu envolvimento afetivo, intitula-se: família eudemonista (DIAS, 2015, p. 58).

O conceito de eudemonismo, nada mais é do que a busca pela felicidade, logo, a família eudemonista representa a busca pela felicidade de seus integrantes. A família existe em razão dos seus membros e não estes em função daquela,

valorizando de forma definitiva a pessoa humana. Assim, o princípio eudemonista no sistema normativo, desloca a tutela jurídica da família, para o indivíduo em si (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 49).

Este modelo é marcado pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um dos seus integrantes. Trata-se de um novo arranjo familiar, que traduz o deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 48).

O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de “ser” e “ter”, prevalecendo a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade. A família está mais empenhada do que nunca em ser feliz, não é mais obrigatório manter a família, razão pela qual ela só sobrevive quando vale a pena, implicando na felicidade de seus membros (DIAS, 2015, p. 43).

Nesta linha de raciocínio, conclui-se que a família eudemonista não busca a felicidade puramente individual, por óbvio, a felicidade individual é importante, mas sim a felicidade de todos os seus membros.

2.3 HERMENÊUTICA JURÍDICA E PRINCÍPIOS APLICADOS AO POLIAMOR

A hermenêutica jurídica nada mais é do que um domínio teórico especulativo, com a finalidade de estudar e sistematizar as regras e princípios do mundo jurídico. Então esse domínio é o que dá sentido à norma, isso quer dizer que, na norma jurídica sempre existe um sentido que não está explicitamente demonstrado, mas que com a hermenêutica pode ser alcançado.

A interpretação da norma jurídica pode se dar quanto as fontes, aos meios e ao resultado. Quanto às fontes a interpretação poderá ser: Autêntica, Judicial ou Doutrinária. Quanto aos meios será a interpretação: Gramatical (literal ou filológica), Racional (lógica), Sistemática, Histórica ou Teleológica. Quanto ao resultado poderá ser: Declarativa (enunciativa), Extensiva ou Restritiva (FRIEDE, 2006, p. 158).

É importante dizer que o ideal é que o intérprete proceda em primeiro lugar a interpretação literal para, em seguida, observar as interpretações lógica, sistemática, histórica e teleológica, concluindo ao final pela integralização de todos esses meios, chegando assim no conhecimento do verdadeiro conteúdo e significado da norma jurídica (FRIEDE, 2006, p. 165).

Já os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2012, p. 85).

São normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, porquanto ao compreenderem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de originar uma solução específica, mas de auxiliar, ao lado de outras razões, a tomada de decisão (ÁVILA, 2012, p. 83).

Ao indicarem fins, estados ideais a serem alcançados, os princípios não têm o condão de detalhar a conduta a ser seguida para sua concretização, de forma que a atividade do intérprete será mais complexa, tendo que definir a ação a ser tomada (BARROSO, 2003, p. 315).

Além disso, conferem funcionamento a outras normas, em virtude de estipularem fins a serem promovidos, sem promoverem o meio para sua realização. Apresentam, ainda, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, característica inerente a toda norma, mas no sentido de não enumerarem de forma exaustiva os fatos propulsores de suas consequências jurídicas (ÁVILA, 2012, p. 136).

Dessa forma, tendo em vista que a palavra “família” prevista na Constituição Federal no art. 226 (BRASIL, 1988), não possui uma delimitação explícita de seu significado (sendo considerada um caso de cláusula aberta), o conceito está suscetível a interpretação histórica-evolutiva, ou seja, sendo reconceituado a medida que a sociedade evolui, estando então apto a inclusão de diferentes modelos de família.

Compreendida a transformação, a constante evolução social do conceito de “família, é possível a aplicação de inúmeros princípios, variando conforme o caso concreto, dentre eles o princípio da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da proteção à família, entre outros.

Assim, embora não exista lei específica sobre o tema, não existe um fundamento plausível para a exclusão da proteção jurídica dos modelos familiares não tradicionais existentes na sociedade moderna.

3 PILARES INDISPENSÁVEIS PARA O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR

Neste segundo momento, será apresentado um panorama próspero e favorável, deixando o ordenamento hábil a possíveis transformações. Dessa forma, os pilares necessários e indispensáveis, são: i) a constitucionalização do direito civil e seus reflexos no direito das famílias, através de sua repersonalização; ii) a mínima intervenção dentro das relações familiares.

Ainda, busca-se amparo nos princípios, da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da liberdade, igualdade, da solidariedade familiar, da proteção à família, do pluralismo das entidades familiares, entre outros.

3.1 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS FAMÍLIAS

O Direito das Famílias, recebe de amparo constitucional constantemente para proteger o âmbito familiar, visando garantir a eficácia da proteção legal. Dessa forma, será brevemente analisado os princípios mais citados na jurisprudência e na doutrina dos pesquisadores do Direito das Famílias

3.1.1 Princípio da dignidade humana

O princípio da dignidade humana é um dos mais debatidos e conhecidos no Brasil, está previsto em um dos mais citados artigos da Constituição Federal de 1988 (art. 5, inciso III), visa combater as injustiças sociais e dar maior liberdade ao ser humano como pessoa para poder ser respeitado e protegido, independentemente de suas escolhas (FONSECA, 2016, p. 20).

Desta forma, visa harmonizar as relações e trazer equilíbrio entre a sociedade e as famílias, deixando precedentes de liberdade para que cada um tenha o modelo de família que deseja, devendo o próximo e o Estado respeitar sua vontade. O início de tudo se dá através desse princípio, pois é através dele que os outros princípios são amparados e colocados em prática.

As novas modalidades familiares, juntamente com o princípio da dignidade humana, possibilitam a efetivação de um novo conceito de família, servindo de

exemplo para novos princípios serem criados e, assim, sensibilizando a sociedade a reconhecer as diferenças e as escolhas de cada indivíduo (FONSECA, 2016, p. 21).

3.1.2 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade é interligado com o princípio da igualdade, um precisa do outro para existir, na nossa sociedade e no mundo, o ser humano só obtém liberdade quando a igualdade prevalece (FONSECA, 2016, p. 21).

O princípio da liberdade visa que cada um possa fazer sua determinada escolha, sem intervenção do Estado ou discriminação da sociedade. Nessa linha de pensamento, o doutrinador Paulo Lôbo conceitua o princípio da liberdade da seguinte maneira:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral (LÔBO, 2011, p. 46).

O fato de possuir liberdade e autonomia para fazer suas próprias escolhas, sem estar limitado por um modelo “correto”, é o auge para a realização pessoal do ser humano.

3.1.3 Princípio da igualdade

O intuito desse princípio dentro do Direito das Famílias, no primeiro momento foi para eliminar os preconceitos e tipos de tratamentos entre os homens e mulheres, conhecido por machismo.

O princípio da igualdade, embora procure que todos tenham o mesmo tratamento não só perante a lei, mas também no dia a dia, busca amparar os diferentes, que, por serem diferentes, devem ter um tratamento específico, conseguindo, assim, equilibrar as relações e amenizar as injustiças sociais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 79).

Assim, o modelo patriarcal, que antes era o único e principal modelo familiar, vem sendo desconstruído pela sociedade, tirando a imagem do homem como o chefe de família, quebrando antigos paradigmas e construindo novas relações de igualdade e comum acordo entre os membros pertencentes a cada tipo de família (FONSECA, 2016, p. 22).

3.1.4 Princípio da afetividade

O afeto, apesar de não estar explícito na Constituição brasileira, é o principal norteador para definir o que é família (DIAS, 2015, p. 52). Além de ser o primeiro motivo pelo qual se inicia um laço entre os indivíduos, liga vários princípios e ajuda no reconhecimento das novas modalidades familiares.

Quanto à noção referente à afetividade, Dias (2015, p. 52) comenta:

Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. Reconhecida a união estável como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica, como ela se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico.

Esse princípio é o que rege as relações familiares, passando a ter valor jurídico a ser tutelado pelo Direito das Famílias, já que diz respeito não só a ligação entre seus membros, mas também à qualidade dessas relações. Fundamenta-se na tutela da dignidade da pessoa humana, bem como na solidariedade social e na igualdade, sendo compreendido como a relação de amor no convívio das entidades familiares.

3.1.5 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade, consiste na conduta de companheirismo e compromisso entre os membros da relação familiar, demonstrando, assim, que o centro de tudo é o afeto.

De acordo com a Constituição vigente, o princípio da solidariedade é uma imposição constitucional para toda sociedade, tendo como essência uma visão coletiva e justa, para assim tirar o foco dos interesses individuais (FONSECA, 2016, p. 24).

Tratando-se de solidariedade no Direito da Família, compreende-se que devem ser iguais os direitos e os deveres impostos para os parceiros da relação familiar, em destaque, o auxílio e a cumplicidade dos membros.

3.1.6 Princípio do pluralismo das entidades familiares

Constituir uma família, nos dias de hoje, está ligado à autonomia das partes de escolherem com quem querem ficar e como querem conduzir esse tipo de vínculo, levando, assim, a uma maior liberdade para originar um arranjo familiar. Dessa forma, devido às novas formas de administrar o núcleo da família, surgem novos modelos familiares, necessitando de reconhecimento para obter proteção do Estado (FONSECA, 2016, p. 23).

Por meio desse princípio, muitos direitos foram adquiridos, principalmente em relação ao reconhecimento de casais homoafetivos e seus direitos legais em relação à adoção e a outros fatores de extrema importância no âmbito familiar e no desenvolvimento do indivíduo na vida social (FONSECA, 2016, p. 24).

A existência de um precedente tão forte quanto o reconhecimento de casais homoafetivos, deixa uma lacuna para o Estado acerca da existência de novas modalidades familiares, fazendo com que sejam quebrados os paradigmas do passado, enaltecendo o verdadeiro valor da família para o indivíduo.

3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A fonte primária do Direito Civil e de todo o ordenamento jurídico é a Constituição da República, os valores previstos nela estão obrigatoriamente presentes em todas as normas existentes. Logo, se o Direito Civil entrar em conflito com o que está tutelado na Constituição será considerado inconstitucional, e, conseqüentemente inválido.

Esse conjunto de normas e princípios, hierarquizados - que regulam a vida privada e se referem à proteção da pessoa em suas mais variadas dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais) - integrados pela Constituição é definido como Direito Civil-Constitucional (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 63).

Há que se ressaltar que, o Direito Civil continuará sendo Direito Civil e o Direito Constitucional continuará sendo Direito Constitucional. Entretanto, o Direito Civil-Constitucional representa uma nova passagem metodológica, que busca compreender os institutos privados a partir da Constituição e, também eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional (HIRONAKA; SIMÃO; TARTUCE, 2009, p. 473).

Neste ponto, o Direito das Famílias também passa por um processo de constitucionalização, afastando-se da concepção individualista, tradicional, conservadora e elitista da época das codificações do passado (SANTIAGO, 2015, p. 21).

Os valores fundados na dignidade da pessoa humana e adotados pela Constituição, não são compatíveis com a patrimonialização das relações civis, existindo uma primazia da realidade. Desta forma:

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio, superando o individualismo proprietário da modernidade liberal e, por igual, do individualismo de massa do consumidor na contemporaneidade [...]. **A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito aos fundamentos e valores constitucionais** (LÔBO, 2012, p. 59 - grifo nosso).

Tal contexto se amolda ao fenômeno jurídico-social denominado de repersonificação das relações civis, “[...] que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou retificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonificação do direito” (LÔBO, 2011, p. 22).

A repersonificação contemporânea das relações familiares evidencia o roteiro de afirmação da pessoa humana como objetivo central do Direito (LÔBO, 2011, p. 25). “A família deve existir em função dos seus membros, e não o contrário” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 63).

O princípio da dignidade da pessoa humana, com previsão expressa no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal é o que orienta e guia o fenômeno da repersonificação. Pois, esse princípio vem com o intuito e finalidade de colocar novamente a pessoa humana como o centro do Direito Civil e não o seu patrimônio, como era antes de 1988 (BRASIL, 1988).

Daí se extrai a justificativa constitucional de que a proteção a ser conferida aos novos arranjos familiares tem como destinatária direta a pessoa humana, merecedora de tutela especial capaz de garantir sua dignidade e igualdade (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 42).

A proteção da família deve estar ligada, necessariamente, à tutela do indivíduo, por meio dos princípios constitucionais, razão pela qual desequilibrar a proteção da pessoa humana sob o argumento de proteger a organização familiar representa verdadeira subversão hermenêutica, que viola a lei fundamental (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 44).

Conclui-se, portanto, que a constitucionalização do direito civil trouxe o fenômeno da repersonalização ao Direito da Família, implicando em olhar para a pessoa humana, na ciência do “ser” ao invés das relações patrimoniais, na ciência do “ter”, colocando a vontade do indivíduo em primeiro lugar.

3.2.1 Da intervenção mínima do Estado nas famílias

A intervenção mínima do Estado nas relações familiares, traduz a simples projeção da autonomia privada a elemento central das relações redigidas pelo Direito Civil, como corolário do reconhecimento da liberdade de atuação do titular da seara privada. Com isso, o Estado apenas deverá atuar nas relações privadas para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 157-158).

Este princípio está expressamente previsto no Código Civil em seu artigo 1.513, vejamos: Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (BRASIL, 2002).

Importante ressaltar que o texto de lei, realça que não é somente o Estado que está impedido de interferir na comunhão de vida, mas, também o particular. Protege-se aqui a privacidade familiar, ou seja, a intervenção mínima por quem quer que seja.

Anteriormente, a atuação estatal nas relações familiares se mostrava bastante excessiva, em especial por meio da edição de normas jurídicas limitadoras da vontade do titular. O Estado adentrava as relações familiares como objetivo de impor comportamentos padronizados que deveriam ser satisfeitos por todos os membros do grupo (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 158).

A partir da Constituição de 1988, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas implicou que a autonomia privada perdesse sua natureza exclusivamente patrimonial, típica do período do Estado Liberal, passando a ganhar aplicação também em relações extrapatrimoniais, como aquelas travadas no Direito das Famílias (ALVES, 2010, p. 158).

Nota-se que a intervenção estatal dentro das famílias se tornou ilegal, visto que os titulares têm domínio para decidirem e escolherem livremente seus estilos de vida familiar. Sendo que, somente seria válido a intervenção nos casos de garantir o exercício da liberdade, e nada mais.

A Constituição Federal, como menciona Alves (2010, p. 145), trouxe um novo perfil para a família, que

[...] permitiu que ela se tornasse uma instituição verdadeiramente democrática, na qual a preocupação maior é com a felicidade pessoal dos seus membros, com a implementação da sua dignidade, com a realização dos seus direitos fundamentais, motivo pelo qual ela deixa de ser uma entidade estatal e ganha contornos de entidade social (célula básica da sociedade), o que autoriza o exercício da autonomia privada no seu âmbito.

O reconhecimento do afeto tem como consequência direta permitir o exercício da autonomia privada por parte dos membros da família. Cada indivíduo, em seu espaço familiar, deve ser a liberdade para realizar sua própria dignidade de maneira que achar mais adequada, sob pena de frustração de seu projeto pessoal de felicidade (ALVES, 2010, p. 148).

Com efeito, a intervenção estatal deve, apenas, tutelar a família e conferir-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições adequadas à manutenção no núcleo afetivo (PEREIRA, 2012b, p. 182).

Necessário então reconhecer a necessidade de banir a demasiada intervenção do Estado, impedindo-se a intervenção em aspectos da vida e da autonomia privada, afastando-se daquilo que não lhe tem importância, intervindo tão-somente para garantir os direitos e garantias fundamentais.

Por fim, conclui-se que o princípio da intervenção mínima do Estado no âmbito familiar deve ser seguido, de forma que o Estado somente em *ultima ratio* ou em circunstâncias extremas deva intervir, preservando então a regra geral da liberdade e da autonomia privada.

4 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO E A MONOGAMIA COMO VALOR

É importante ressaltar que princípios são diferentes de valores, como se perceberá. Para introduzir essa constatação, vale mencionar os ensinamentos de Ávila (2012, p. 87): “[...] princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas a promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico, e por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas contribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.

4.1 A MONOGAMIA COMO VALOR

Fisher (1992, p. 60), entende que a palavra “monogamia” quase sempre é utilizada de forma equivocada, na medida em que, ao se defini-la como a condição de estar casado com apenas uma pessoa por vez, não está se estabelecendo que os integrantes dessa união sejam sexualmente fiéis entre si.

Com isso, não necessariamente implicaria a infelidade, de forma que a monogamia e fidelidade não são termos sinônimos. Mesmo porque o adultério, em geral, decore do estabelecimento da prática da monogamia (FISHER, 1992, p. 60).

Literalmente, monogamia significa estar casado com uma pessoa. E o casamento é entendido como uma instituição social que envolve um compromisso legal entre duas pessoas. Nesse cenário, nenhuma dessas definições menciona o amor ou o sexo (BRANDON, 2010, p. 7-8).

Donizetti e Quintella (2013, p. 909) delimitam a monogamia como uma regra de comportamento de acordo com a qual um indivíduo apenas pode ter, ao mesmo tempo, um vínculo conjugal com uma única pessoa. Seria, portanto o oposto da poligamia, que autoriza o relacionamento conjugal com mais de um parceiro.

A ordem jurídica pátria defende com firmeza a monogamia. Embora não tenha sido prevista expressamente na Constituição, ela se revestiu da qualidade de um verdadeiro axioma pela doutrina, encontrando apoio na legislação infraconstitucional e na sociedade, cuja orientação é judaico-cristã (FERRARINI, 2010, p. 92-93).

Nesse sentido, Ferrarini (2010, p. 92):

Não se pode olvidar, todavia, que a crise do sistema monogâmico apresentasse patente. Paulatinamente, a situação de exclusividade do casamento e o casamento exclusivo, monogâmico e indissolúvel vem decrescendo. Na realidade, a família brasileira, no plano social, sempre foi plural, tendo como fonte não apenas o matrimônio, mas também relacionamentos de fato, de vários perfis, relacionamentos estes que se manifestavam tanto imitando a família matrimonializada quanto paralelamente à união conjugal.

Assim, se torna necessário desconstruir essa concepção clássica e inquestionável da monogamia, desvinculando a entidade familiar de valores ultrapassados, cuja rigidez diz respeito a setores preconceituosos da sociedade, que não refletem o que a Constituição e o Código Civil estabelecem.

O princípio da monogamia não está em consonância com inúmeros outros que norteiam o Direito das Famílias, não respeita a dignidade da pessoa humana, liberdade à orientação sexual, liberdade nas relações familiares, à autodeterminação afetiva, entre outros. Desta forma, essa falta de compatibilidade com os outros princípios, caracteriza a monogamia como um valor e não um princípio (SANTIAGO, 2015, p. 122).

Assim, as normas indicam uma ação igualmente boa para todos, ao passo que os valores indicam um comportamento que é bom para aqueles que compartilham do mesmo mundo dos valores. Aquilo que é melhor para todos, não necessariamente coincide com aquilo que é melhor para os mais variados mundo dos valores (SANTIAGO, 2015, p. 123).

4.2 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO

Como já observado, a família vem sofrendo inúmeras modificações. Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 63):

Observamos, então, que, em virtude do processo de constitucionalização por que passou o Direito Civil nos últimos anos, o papel a ser desempenhado pela família ficou mais nítido, podendo-se, inclusive, concluir pela ocorrência de uma inafastável repersonalização. Vale dizer, não mais a (hipócrita) tentativa de estabilização matrimonial a todo custo, mas sim a própria pessoa humana, em sua dimensão existencial e familiar, passaria a ser especial destinatária das normas de Direito de Família.

Os vínculos de afetividade projetam-se no âmbito jurídico como essência das relações familiares. O afeto consubstancia a diferença que define a entidade familiar.

Representa o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diário, como decorrência de uma origem comum ou em razão de um destino comum que faz unir suas vidas de forma íntima, gerando efeitos patrimoniais e morais (PEREIRA, 2013a, p. 35).

Fica fácil perceber que o afeto consubstancia elemento essencial de qualquer núcleo familiar, inerente a todo relacionamento conjugal ou parental. Contudo, nem todo afeto dá origem a uma entidade familiar. O que se defende é que o afeto familiar é necessário como garantia da existência de uma família (PEREIRA, 2013a, p. 212).

Dessa forma, como bem ressalta Pereira (2012b, p. 223):

[...] a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor a princípio. Isto porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valorizava a linguagem masculina [...]. A verdadeira família só se justifica na liberdade e na experiência da afetividade [...].

O aludido autor estabelece, ainda, que o princípio da afetividade é a base para todos os outros, não obstante seja o mais novo deles. Pode ser, inclusive, qualificado como tal a partir do momento em que as relações familiares deixam de ser essencialmente uma esfera econômica e de reprodução (PEREIRA, 2010, p. 49).

Por fim, o princípio da afetividade, em conjunto com outros princípios, fez nascer outra compreensão para o Direito das Famílias, edificando novos paradigmas no sistema jurídico brasileiro (PEREIRA, 2010, p. 50), que refletem a promoção da dignidade e da personalidade dos membros da entidade familiar, a valorização do afeto, a priorização de sua autodeterminação afetiva e a garantia da igualdade e da liberdade de construir família, que passa a merecer uma especial proteção por parte do Estado.

4.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO ALICERCE PARA A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA

A constituição de uma família traduz um ato de liberdade, tal como formalmente prevista a liberdade, seja a família oriunda do casamento ou não. Representa o desejo de fundar uma unidade que se qualifique como família, de forma que tanto o seu ingresso quanto a sua saída diz respeito a um ato da autonomia privada (FACHIN, 2003, p. 76).

O fundamento jurídico para a formação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo – atributo intrínseco e inegável da pessoa humana – pode ser encontrado na consagração constitucional da liberdade e da igualdade sem distinção de qualquer natureza, bem como da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (FACHIN, 2003, p. 121)

O Direito representa como um fenômeno cultural, com larga criatividade humana, voltado à garantia de uma convivência justa, solidária e pacífica na sociedade, devendo proteger os interesses individuais do ser humano, assegurando-lhe um âmbito de liberdade para gozar dos direitos inerentes à sua personalidade (MALUF, 2011, p. 61).

Destarte, o afeto define o núcleo familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, formada para o desenvolvimento e promoção da pessoa, não se coadunando com a violação da natural confiança depositada entre seus integrantes, que se relaciona com a contemplação da sua dignidade humana, garantida constitucionalmente (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 154)

Além disso, Cristiano e Nelson (2013, p. 154) ensinam que

[...] o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materialia no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a dignidade de todos. Em síntese, é a ética exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos.

Assim, o afeto é o princípio necessário para a comunhão plena de vida entre os cônjuges/conviventes, tornando o convívio familiar mais humano e tranquilo. Edificando então, no sistema jurídico brasileiro novos paradigmas e perspectivas dentro do Direito das Famílias.

5 O POLIAMOR

O “poliamor” é um instituto que, basilarmente, dispõe acerca de um relacionamento no qual um sujeito se envolve com mais de uma pessoa e existe o consentimento e o conhecimento por todas elas acerca de suas relações afetivas (LINS, 2007, p. 339).

Nesse relacionamento uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos. Pois não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente (LINS, 2007, p. 339).

O poliamor pressupõe uma total honestidade no seio da relação, não se trata de enganar nem de magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e se sentem à vontade com ela. A idéia principal é admitir essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual. (LINS, 2007, p. 340).

E ainda, aceita como fato evidente que todos têm sentimentos em relação a outras pessoas que as rodeiam. Como nenhuma relação está posta em causa pela mera existência de outra, mas, sim, pela sua própria capacidade de se manter ou não, os adeptos garantem que o ciúme não tem lugar nesse tipo de relação (LINS, 2007, p. 340).

Em outras palavras, o poliamor é “opção ou modo de vida que defende a possibilidade prática e sustentável de se estar envolvido de modo responsável em relações íntimas, profundas e eventualmente duradouras com várias/os parceiras/os simultaneamente” (LINS, 2007, p. 330).

Conclui-se que o poliamor tem como base a honestidade durante toda a relação, não sendo um relacionamento que coaduna com a enganação e com a mágoa de seus participantes. Afinal, todas as partes envolvidas têm total ciência da situação em que se encontra e se sentem confortáveis e à vontade com ela.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante a ausência de proteção legal aos praticantes do poliamor, o presente trabalho demonstrou que existe a possibilidade concreta de reconhecer judicialmente o poliamor, bem como ter seus efeitos regulados, a partir das normas jurídicas e do atual cenário do Direito das Famílias.

O estudo da Antropologia faz o estudo e a análise das novas formas de relações familiares, quebrando a ideia de um único parâmetro ou um “parâmetro ideal” de família. Com isso, constitucionalização do Direito Civil, implicou em uma releitura de suas regras e princípios à luz da Constituição, refletindo diretamente na repersonalização do Direito das Famílias, que teve como consequência o surgimento a família eudemonista que preza pela busca da felicidade, a família existe em razão dos seus membros e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva a pessoa humana.

Em relação à formação da entidade familiar, ela é permeada pelo exercício da autonomia, da autodeterminação afetiva e da liberdade de constituir família, sendo vedado ao Estado violar esses valores em nome de uma padronização inconstitucional e ilegítima dos relacionamentos, por intermédio do princípio da intervenção mínima estatal. Afinal, a família eudemonista, paradigma que orienta a entidade familiar contemporânea brasileira, é avessa a imposições unilaterais no espaço familiar, o qual se torna próprio para o alcance da realização existencial e da felicidade íntima e coexistencial.

Em relação à monogamia, não existe no ordenamento jurídico qualquer dispositivo ou referência para enquadrá-lo como princípio, chegando à conclusão de que a monogamia é um valor, pois a monogamia traduz um comportamento que somente é bom para aqueles que compartilham dos mesmos valores – sejam culturais, religiosos ou moral - aquilo que é melhor para um, não necessariamente coincide com aquilo que é melhor para os mais variados mundo dos valores. Até por que, uma interpretação em sentido contrário afrontaria dos fins do Direito das Famílias como um todo.

Em face da dignidade da pessoa humana, da liberdade nas relações familiares, na solidariedade familiar, da igualdade, da afetividade, da especial proteção reservada à família, do pluralismo das entidades familiares, da mínima intervenção Estatal,

constata-se que o poliamor é capaz de originar entidades familiares, merecendo a proteção do Direito.

Reconhecer o poliamor juridicamente significa respeitar a primazia de seus componentes em detrimento de qualquer dogma do Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana, não só possibilita, mas sobretudo, obriga esse reconhecimento, que implicará uma verdadeira promoção da dignidade de seus praticantes, na medida em que estes deixarão de estar à margem da proteção normativa e ingressarão no mundo da segurança jurídica.

Ao reconhecer o poliamor o Estado estará provendo o mínimo existencial para seus praticantes, no sentido de contemplar seus anseios existenciais pertinentes à formação de uma família poliamorosa, assegurando o respeito à sua legítima expectativa de se inserir na sociedade a partir de sua própria identidade relacional. Com isto, resta concluir pela inconstitucionalidade da distinção que se realiza entre as famílias monogâmicas e poliamorosas, visto que, em respeito à dignidade da pessoa humana, é indigno diferenciar os vários tipos de constituição familiar.

O poliamorismo é permeado pela afetividade, isso significa que os vários conceitos de relação poliamorosa devem ser analisados sob a ótica da afetividade para se construir sua proteção normativa. Assim, o afeto é o elemento capaz de justificar o reconhecimento jurídico do poliamor.

Não é mais possível que continuem a negar direitos fundamentais a sujeitos que constituem arranjos familiares fundados no afeto, no respeito mútuo, na confiança, na honestidade e na solidariedade. O Direito não pode chancelar injustiças, ainda que seja preciso flexibilizar comandos jurídicos. Regras, princípios e valores podem ser flexibilizados, mas a felicidade e a dignidade do ser humano não. O Direito não existe apenas para garantir a observância estrita de regras e princípios, mas para assegurar a fruição de uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família mínimo**: a possibilidade de aplicação da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 mai. 2020.

_____. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 07 mai. 2020.

BRANDON, Marianne. **Monogamy**: the untold story. Santa Barbara: Praeger, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

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