

INTERFERÊNCIA ESTATAL NA CONSTITUIÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS À LUZ DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO, LIBERDADE E MORALISMO

LOPES, Mateus Gabriel de Moura¹

SOUZA, Ieda Maria Berger²

RESUMO: O assunto do presente trabalho trata dos anseios acerca da vida matrimonial das pessoas, dentro de um Estado paternalista, pregador de liberdade, mas que impõe o certo e o errado dentro da vida do particular. O poder que o Estado exerce sobre o particular através da imposição de normas e regramentos para que este celebre matrimônio com outro (s) particular (es), por ser um laço matrimonial, privado, concerne ao Estado o poder de determinar quem, como e de que maneira viverá cada um no interior de sua casa, no seu íntimo, com diretrizes e burocracia? É de conhecimento que o ordenamento jurídico brasileiro é antigo, logo não previa que a partir da evolução do ser humano nasceriam novas vontades, novas formas, por assim dizer, de casamento, união afetiva e sexual, bem como não previa a união de homoafetivos, que por sua vez houve mutação, e dessa forma passou a permitir que se celebrasse e também coube ao Estado legislar a respeito de particulares, em nome destes. Antigamente havia muita influência religiosa anexa ao direito, contudo, até mesmo a bíblia cristã constituía mais de uma forma de casamento, não era intrínseca a monogamia. Assim sendo, traçando um paralelo através da linha do tempo, vê-se a necessidade de renovação do ordenamento em vários aspectos.

PALAVRAS-CHAVE: Família, União, Monogamia, Estado, Interferência.

ABSTRACT: The subject of the present work deals with the desires about the married life of people, within a paternalistic State, preacher of freedom, however, that imposes right and wrong within the life of the individual. The power that the State exercises over the individual through the imposition of norms and regulations so that he/she celebrates marriage with another individual (s), as it is a matrimonial, private bond, the State has the power to determine who, how and how will each one live inside his/her own house, inside, with guidelines and bureaucracy? It is known that the Brazilian legal system is old, so it did not foresee that from the evolution of the human being new wills would be born, new forms, so to speak, of marriage, affective and sexual union, as well as it did not foresee the union of homosexuals, which, in turn, had a mutation, and in this way it started to allow it to be celebrated and it was also up to the State to legislate about individuals, on their behalf. In the past there was a lot of religious influence attached to the law, however, even the Christian bible provided for more than one form of marriage, it was not intrinsic to monogamy. Thus, drawing a parallel through the timeline, one sees the need to renew the order in several aspects.

KEYWORDS: Family, Union, Monogamy, State, interference.

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro há várias vedações, posto isso é correto afirmar que o Estado detém e quer, cada vez mais, controlar os povos, manter seu monopólio “a todo vapor”, inviabilizando assim, a quebra de paradigmas pré-instituídos. Contudo, o ser humano segue sua evolução natural, rompendo tabus e inovando, principalmente quando se trata de família, foi dessa maneira quando o assunto era a adoção, a união homoafetiva, até mesmo o

¹Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAG, E-mail: mateusgmlopes@hotmail.com.

²Docente Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário FAG, E-mail: iedasouza@fag.edu.br.

próprio divórcio, é notório que o direito não consegue amparar todas as evoluções simultaneamente.

É bem verdade que o Estado defende a liberdade, mas quando a liberdade de um particular excede aquilo previsto como norma, o mesmo fecha seus olhos e impõe que é inaceitável, inconstitucional ou ilegal. Ainda, nesse sentido, se diz laico, mas por trás é inegável que se trata de um Estado paternalista.

Seguindo a linha da interferência estatal nos laços conjugais, o que se observa é que este exerce o controle para que detenha o domínio sobre as pessoas e para que esteja sempre acima de tudo e todos. Quanto à liberdade, de certa forma, vê-se quando não há interferência de terceiros, assim como, de ninguém, a não ser dos particulares que estão constituindo a família. Não bastasse toda a legislação, códigos e princípios a serem seguidos em outros ramos do direito, no particular não é diferente, isto posto, ao lado de que todo cidadão é livre e que é um ramo privado, há deveras contradições no que diz respeito à liberdade pronunciada na Constituição Federal (CF).

Ao longo dos anos, o ser humano sempre foi o responsável por formar famílias, definindo como viveria em sociedade, como seria a relação no íntimo de seu lar, no seu íntimo, entretanto, ao empoderar o Estado como o responsável por defender o ser e seus interesses, este adquiriu força, tornando-se superior ao individual, passando por cima dos interesses do particular, fazendo valer, no caso em concreto, o seu interesse, sobre o que entende por certo, não respeitando o que deseja o indivíduo.

Em vista disso, não se pode negar que a forma de se relacionar afetivamente, o que é certo ou errado vem mudando com o passar dos anos, a partir da evolução e do famoso termo “cabeça aberta” tornou-se bastante flexível, ao se falar de família de certo modo essa palavra estende-se também para além dos laços consanguíneos, pois tal termo não é utilizado somente para tratar de pessoas do mesmo sangue.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS

A ideia de união está diretamente ligada ao companheirismo e ao afeto, pois é composta por pessoas livres, no gozo de suas escolhas. Ainda, no que concerne aos arranjos familiares, há diversos tipos, quais sejam, o contrato de namoro, a união estável (este que, não necessariamente se encaixa em arranjo familiar, pois objetiva justamente “fugir” deste termo), união homoafetiva, união heteroafetivo, até mesmo a poliafetiva, esta que não é reconhecida

como família ou casamento, pelo jurídico brasileiro, dentre outras, das quais trataremos neste capítulo.

2.2 CONTRATO DE NAMORO (CONTRATOS AFETIVOS)

Esse modelo familiar vem com intuito de justamente afastar o que seria considerado união estável, um namoro, nestes termos é considerado somente uma relação afetiva, no entanto, se os enamorados tem objetivo de constituir família, ainda que somente um deles tenha essa vontade, poderá o namoro ser considerado uma união estável. Esses contratos buscam arredar a obrigação patrimonial que circunda o casamento e principalmente ao seu término.

Corroborando a ideia, Multedo (2017) afirma que os números de casais que vão morar juntos, sem constituir casamento, só crescem. Dessa forma há no Estado um dever de legislar a respeito, ou simplesmente deixar de intitular este instituto como contrato e convivência ou união estável, fato é que muitos consideram o casamento uma instituição falida, por diversos motivos, seja por trauma de um divórcio conturbado, ou por simplesmente não querer constituir família. Embora, seja apenas um teste para que posteriormente firmem votos matrimoniais, ou ainda, sem vontade de constituir família, um casal more junto apenas para dividir despesas, e por essas razões redijam um contrato afetivo para que tenham seus patrimônios assegurados.

Esses contratos, também objetivam que não haja necessidade de reciprocidade dos namorados, e assegurem direitos a eles de viverem experiências que só seriam vividas com o casamento. Posto isso, o namoro deixa de ser um mero “treino” para o casamento, passando a ser uma opção de casais, estes que o exerce firmemente durante longos anos, perdurando até que os partícipes o convertam em matrimônio, ou não.

2.3 UNIÃO ESTÁVEL (CONVIVENCIAL)

A união convivencial foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela CF de 1988, anteriormente era tratada como concubinato, era equiparada a união ilegítima entre homem e mulher. Como o próprio nome já diz, o casal se une, sem laços civis matrimoniais, com intenção de estabelecer família, entrelaçando-se com comunhão de sentimentos.

É possível exemplificar esta tese, conforme as palavras de Virgílio de Sá Pereira:

Agora, digei-me: o que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural (VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, 1959, apud ROSA, 2021, p. 127-128).

De todo modo, para que seja definido se a relação é união estável ou contrato afetivo, devem ser analisados vários aspectos, tais como, se era único e havia fidelidade, a constância da relação, se era exclusivamente para relações sexuais, dentre outros aspectos. Apesar disso, a relação contratual visa proteger o patrimônio daquele que o detém em relação ao outro contratante que não faz jus a patrimônios, para que não se confundam em uma possível dissolução, entretanto, sem efeito será o contrato se ficar comprovada a união estável dos partícipes (VENOSA, 2015, p. 472- 474).

Neste arranjo, enquadram-se aqueles que não estão vinculados um ao outro por casamento civil. A lei maior do Estado reconhece como tal a convivência mútua, por livre e espontânea vontade, ininterrupta e incessante, não sendo necessário que estejam sob a mesma morada. Por sua vez, esta compreende aqueles que tenham condições de contrair matrimônio e constituir família, desde que não haja nenhum impedimento legal disposto no artigo nº 1.723, §§ 1º e 2º do Código Civil (CC). Contudo, o referido artigo refere-se somente a homens e mulheres, mas o Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, também reconhece a união estável de pessoas do mesmo sexo, ou seja, a união homoafetiva (DINIZ, 2013, p. 405-406).

Para Dias (2015), o Código Civil não traz, tampouco deveria trazer este modelo de família em seu corpo, pois é um tema que está em constante mudança. Aliás, são tantas que nem mesmo daria para acompanhar, até porque, o conceito de família não é somente econômico e reprodutor, está alinhado mais ao afeto e ao amor. A união estável nasce da convivência e ademais que esta não seja regulamentada, cada vez mais ganha proporção de casamento, e ,por conseguinte, mais o Estado tenta codificar a mesma, fazendo com que deixe de ser uma união livre e passe a ser uma união vinculada às regras ditadas pelo mesmo. Todavia, o que se busca é uma proteção aos direitos de cada ser humano, não uma interferência para imposição de ordenamentos. No mesmo sentido, a união convivencial deixou de ser tratada como sociedade de fato quando adquiriu características de entidade familiar. Tornando-se, assim, família propriamente dita.

2.3.1 União Homoafetiva

Vista durante muito tempo como uma união pecadora e errada, a união homoafetiva é escrachada, principalmente pela religião, pois o instituto do casamento é colocado para os cristãos como forma de sobrevivência, ao ponto que se diz ao ser humano que deverá crescer, se multiplicar e gerar famílias. Assim como qualquer arranjo familiar, este também merece proteção jurisdicional, afinal, como qualquer outra, também está ligada ao afeto e amor. É inegável que por muito tempo a união homoafetiva foi/é perseguida, recebendo diversos nomes pejorativos ou discriminatórios.

Por mais que o legislador tenha deixado de fora tal união, não significa que não tenha um direito, apesar de não ser reconhecida como correta, aos olhos dos moralistas, são uniões como todas as outras (DIAS, 2015, p. 271-276).

Além disso, quanto à inserção do reconhecimento desse modelo como possível, o ordenamento jurídico brasileiro foi omissivo com relação aos direitos dos homossexuais em ter seu relacionamento considerado família, pois o mesmo Estado que diz ser livre de preconceitos e discriminações de qualquer natureza, ao excluir os direitos dos casais homossexuais como família, foi preconceituoso, pois tanto a CF quanto o Código Civil, trata como união estável, a junção do homem e da mulher, elidindo o casal homossexual do seu direito de ser família (MARTINS; SOUZA, 2011, p. 5-8).

Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, assim como, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 em 2011, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, por unanimidade, os ministros reconheceram o casal homoafetivo com iguais direitos que os casais heteroafetivos. Uma vez que, ser homossexual, deve ser considerado algo normal, aonde não causa prejuízo a qualquer norma jurídica e além do mais, ao reconhecer tais como família, evidencia a eficácia dos direitos elencados nos incisos do artigo 5º da Carta Magna, quais sejam, liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, a não discriminação por quaisquer motivos, dentre outros. E, ademais, reafirmando que a vida civil é privada, e cada um tem seu direito particular respeitado. Destaca-se também, que para ser reconhecida como união estável, devem preencher todos os requisitos elencados na mesma.

Para Tartuce (2018), quando se fala de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, há duas correntes: uma que se coloca totalmente contrária a esse reconhecimento, pois esta faz uma interpretação literal do artigo 226, § 3º, da CF, bem como do artigo 1.723, do CC, quando ambos dizem que a união estável somente é exequível quando

da união de duas pessoas de sexos distintos, junto dessa corrente concordam alguns autores como, Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz e Inácio de Carvalho Neto. Porém, esse não é o entendimento que prevalece atualmente, mas sim o da segunda corrente.

A segunda corrente é liderada pela advogada e desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), Maria Berenice Dias, ela defende que, aos casais homossexuais, sejam aplicadas as mesmas regras, por analogia, que estão previstas para a união estável. Prevalecendo majoritariamente, esta afirma que o rol das entidades familiares não se trata de um rol taxativo, mas sim exemplificativo, podendo ser reconhecido também a união entre homem e homem e mulher e mulher. Pois, por mais que o texto traga as palavras homem e mulher, o que se evidencia como meta maior da Carta Magna, é o respeito à dignidade da pessoa humana, e ao negar esse reconhecimento, fere a dignidade dos seres humanos.

2.4 CASAMENTO CIVIL

É de conhecimento geral que, as relações entre homem e mulher é considerada como a tradicional, tratando-se da união de duas pessoas (nesse caso, homem e mulher) que tem o intuito de constituir uma família, regulando civilmente, seus bens, direitos e deveres. Embora esse arranjo, qual seja o casamento, tenha sido o único abarcado na CF de 1988, atualmente não é o único meio de constituir família. Em mesmo sentido, esse enlace afetivo entre duas pessoas visa dar assistência sexual, bem como, prover sua prole, caso venham a tê-la (ROSA, 2021, p.81-82).

O casamento é a união de duas pessoas, de sexos diferentes, no qual ambos têm o interesse concomitante de crescer espiritual e materialmente. Neste contexto, os cônjuges devem unir-se um ao outro por livre e espontânea vontade, para que haja reconhecimento estatal do matrimônio. Para que seja conhecida a sociedade conjugal, os dois devem ter capacidade para o casamento e não ser impedidos legalmente para tal.

A incapacidade proíbe que uma pessoa se case com a outra, por sua vez, o impedimento alcança a pessoa em dada ocasião, salientando que não se confundem (TARTUCE, 2018, p. 47-53).

Cabe ainda destacar, que o ordenamento jurídico permite a conversão facilitada, da união estável em casamento, conforme se vê no artigo 226, § 3º, da CF, ainda, o CC diz que basta que seja pedido em juízo, para que logo seja registrado nos registros civis. Porém, há premissa de que haja ação judicial para que ocorra essa conversão, contudo essa necessidade

acaba por atingir negativamente o que recomenda a Constituição Federal, quando esta propõe que seja facilitada a mutação de um para outro, pois acarreta em gastos com processo, outrora até em produção de provas se a autoridade competente entender necessário. Frente a isso, ao invés de converter a união estável em casamento, os consortes podem obter o mesmo resultado, quanto a patrimônio, através do pacto antenupcial (DIAS, 2015, p. 154).

Não obstante, por mais que não haja uma lei que reconheça tal união, o STF fez questão de pacificar seu entendimento a respeito do merecimento dessa segurança jurídica aos casais de mesmo sexo, bem como, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sua resolução nº 175 de 14 de maio de 2013, afirma que o tabelião não pode se recusar a reconhecer a união homoafetiva como casamento civil ou união estável, e que se este se recusar haverá consequências, em que será comunicado o juiz corregedor, para que este tome as medidas cabíveis.

2.4.1 Casamento Religioso

A Carta Magna em seu artigo 226, § 2º, confere efeitos civis ao casamento religioso, desde que respeitada a legislação vigente, assim como, o Código Civil, em seu artigo 1.515, assevera que, desde que em conformidade com a lei, será equiparado ao casamento civil quando a celebração religiosa for compatível e cumprir os requisitos legais.

Destaca-se ainda, que após a realização da celebração religiosa, tem-se um prazo de 90 (noventa) dias para que seja efetivado o registro civil, ao findar esse prazo, requer nova habilitação para realização do registro, sem embargo, se for realizado sem o cumprimento das formalidades legais, somente surtirá frutos civis se, a rogo dos nubentes, a qualquer tempo, através de habilitação antecipada diante de autoridade competente.

Por conseguinte, caso não seja realizado o casamento civil, o casamento religioso terá os mesmos efeitos que a união estável (TARTUCE, 2018, p. 76 -78).

2.4.2 Pacto Antenupcial

Conforme destaca Dias (2015), o pacto antenupcial é um acordo entre os noivos, no decorrer do período de habilitação, no qual estipulam qual regime de separação de bens vão seguir, esse pacto só não é soberano porque a lei institui determinadas ocasiões aonde a própria traz o regime obrigatório a ser seguido. É feito mediante escritura pública, mas, apesar de feito, somente surte efeitos após a confirmação do casamento, ou seja, no momento de sua realização, ele é existente, válido, porém ineficaz.

2.5 UNIÃO POLIAFETIVA (OU POLIAMOR)

Trata-se da composição familiar por três ou mais conviventes, sob a égide dos requisitos impostos a união estável. Oposto ao que ocorre no concubinato ou infidelidade, família simultânea, no caso do poliamor, todos sabem de todos, vivem em união estável, em outros termos, ninguém está sendo enganado ou traído e sim que, os conviventes coexistem. Evidencia-se que não é objetivo defender relações extraconjugais, mas sim que os partícipes sejam aceitos dentro da relação conjugal (ROSA, 2021, p. 224).

Corroborando Dias, (2015), que essa união é envolta em polêmica por aqueles que a negam e não querem enxergá-la como uma realidade, é inegável que existe. No entanto, por muitos é considerada nula, indecente, imoral, inexistente, sendo descrita como desonra aos bons costumes e a moral.

Segundo Rosa (2021), é importante ainda, lembrar que o primeiro caso conhecido, ocorreu no ano de 2012 (dois mil e doze), na cidade de Tupã, Estado de São Paulo, no qual uma tabeliã foi procurada por três pessoas, nesse caso, sendo um homem e duas mulheres, em que estes afirmavam que viviam em união estável e que tinham desejo de tornar público, com finalidade de atestar seus direitos. Os mesmos procuraram diversos tabeliães, os quais recusaram o pedido para lavrar a certidão de união.

Embora tenham posicionamentos contrários a fazedura do conhecimento dessas uniões, não há vedação legal, logo, trata-se da manifestação de liberdade privada dentro do íntimo de cada cidadão, sobre com quem e com quantas pessoas quer exercer sua liberdade sexual e convivencial.

Ao afirmar que é possível a relação da família poliafetiva, implica-se em dizer que fora efetivado o direito de afetividade, afinal, as relações só existem quando se tem afeto pela (s) outra (s) parte (s), bem como, cabe narrar que a dignidade da pessoa humana permanece intacta, e que sua liberdade não foi afrontada. Em que pese, afirmar sua impossibilidade (sem uma vedação jurídica) implica em amputar o direito da dignidade da pessoa humana, pois está sendo recôndito dele o direito de formar sua entidade familiar, que é um direito privado, como bem entender.

Dias (2015) salienta ainda que, rejeitar tal modelo familiar implica em oprimir os direitos sucessórios aos conviventes dessas famílias, como também agredir a liberdade particular e íntima do ser humano. O que não faltam são argumentos religiosos e morais para negar a existência de tais famílias, mas essa moralidade e descrédito não podem e nem devem

surtir efeitos jurídicos, a fim de negar o direito de um ou de uns frente a outros, constituintes dessa união.

Em um mundo composto por infiéis, o poliamor é equilíbrio, não há enganação quando mulheres e homens se relacionam de maneira aberta e aceita em suas relações afetivas, pois a própria Carta Magna prevê o matrimônio como apenas uma das diversas modalidades familiares, abrindo caminho para que vários outros arranjos fossem reconhecidos, até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, afinal, foi este que reconheceu as relações homoafetivas como entidades familiares. Ao ordenamento jurídico, não cabe definir o que é ou não família, mas sim proteger aquelas constituídas e vivenciadas como família pelas pessoas humanas (ROSA, 2021, p. 227).

2.6 FAMÍLIA MONOPARENTAL

Tal modelo de família ocorre quando apenas uma pessoa assume a paternidade de outra, cabendo fazer interpretação extensiva do artigo 226, §7º da Carta Maior, pois é livre tanto à mulher quanto ao homem o direito de exercer seu direito de estruturação familiar, pois essa medida tem amparo no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade.

Além disso, em se tratando da mulher solteira que deseja gerar prole, a mesma poderá fazer uso de material genético de um doador anônimo, porém, quando se trata do homem solteiro, esse processo é mais delicado, pois o mesmo terá que fazer uso da chamada maternidade solidária, salientando ainda que, a conhecida “barriga de aluguel”, juridicamente falando, é inexecutável no Brasil, visto que o Conselho Regional de Medicina só autoriza tal gestação quando não envolvem fins pecuniários (ROSA, 2021, p. 171- 174).

Dias (2015), afirma ainda que o legislador do código civil foi omissivo, ao não abarcar essas famílias dentro desta legislação, pois é a vivência de pelo menos um terço das famílias brasileiras.

2.7 TEORIA DO ESTADO MÍNIMO, LIBERDADE E PATERNALISMO LIBERTÁRIO

2.7.1 Intervenção mínima do Estado dentro da família

Partindo desse princípio, o Estado deve intervir dentro da família para assegurar os direitos de indivíduos, todavia, essa intervenção deve ser mínima, não ultrapassando os limites da autonomia de vontade das partes, sendo que, este deve atuar como um protetor. Ao

passo em que o ser humano evolui o sistema jurisdicional se mantém estático, pois com tantas mudanças ocorridas ainda há vedações vistas como imutáveis.

De acordo com Multedo (2017), no âmago da vida particular de cada um, principalmente quando se fala em casamento, o que vem ocorrendo é o que o indivíduo em conjunto com seu parceiro define como melhor para os mesmos, dessa forma observa-se que haver a privatização do casamento é mais conveniente, não cabendo ao Estado tutelar sobre tais normas de forma tão profunda, sendo cabível tão somente regular de forma mais genérica, em casos em que o casal não externar vontade diferente das que já estão previamente definidas.

Segundo Dias (2015), em se tratando de monogamia, embora não seja um princípio constitucional, pois a própria Constituição Federal admite a traição quando coloca como iguais os filhos advindos fora do casamento, trata-se de uma regra para que não haja relações múltiplas anexas ao casamento. O Estado controla a vida privada com olhar econômico, afinal a monogamia não foi criada para que o amor fosse preservado, mas sim por regras morais. Não se pode negar que a família é centrada exclusivamente sob o modelo monogâmico de relação conjugal, entretanto não impende ao Estado deliberar sobre tal assunto.

Em mesma linha, vale ressaltar que o Estado é um mero assegurador do direito, não incumbindo a ele todo o monopólio do poder familiar acerca de qual forma cada indivíduo vive recôndito em seu íntimo, não bastando o controle estatal exercido de forma ampla em diversos ramos, igualmente o exerce quando o assunto é matrimônio, como se pode observar nas palavras de Multedo (2017):

Os institutos de direito privado – tais como a família, o contrato e a propriedade privada – passam a só ser tutelados quando funcionalizados à promoção da dignidade da pessoa humana, princípio regedor das mencionadas constituições pós-guerra. Juridicamente, percebe-se com nitidez que o reconhecimento da normatividade e a incidência direta dos princípios constitucionais nas relações privadas acarretam a superação das fronteiras entre o público e o privado, fazendo aflorar novos debates em torno do cotejo entre autonomia privada e intervenção estatal (MULTEDO, 2017, p. 3- 4).

Não obstante, observa-se que a família é um dos temas mais abrangentes, pois se não fosse a CF de 1988, continuaria sendo objeto de discussão e de interesse puramente jurídico, a par de qualquer interferência externa. Entretanto, somente será concernente ao Estado tutelar quando se tratar de dignidade do membro da família, qualquer interferência adversa a esse sentido, vai além de seus poderes.

Cabe ressaltar que o termo família, ainda circunda sobre o advento do casamento, com o patrimonialismo e o pátrio poder, é de conhecimento que por certo moralismo a Carta Magna (CF, 1988) não admite em seu texto as inegáveis mutações no que concerne a família, passam-se décadas e ocorrem avanços tecnológicos, científicos e a família continua estagnada, são tantas modificações, incontáveis, porém a norma jurídica não consegue incluir na legislação (MULTEDO, 2017).

2.8 O INDIVÍDUO LIVRE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A Carta de 1988 trata o ser humano como livre. Assim sendo, o mesmo é livre para escolher com quem deseja constituir família, e esta não enseja somente em vínculos consanguíneos ou matrimoniais, vai além, abarcando o laço de afetividade. Não obstante, ninguém define com quem o homem (ser humano) vai formar família, tampouco se vai ser com pessoas do mesmo sexo ou com quantas pessoas este irá se relacionar, pois se trata de liberdade individual (AZEREDO, 2009, p.65-66).

Além do direito à liberdade, a Constituição da República Federativa do Brasil garante direitos ao ser humano, direito a intimidade e a vida privada, contudo, por um moralismo ainda impede e restringe as famílias não monogâmicas. O direito avança, mesmo que de forma lenta, como foi ao reconhecer que o indivíduo homossexual, o transgênero, pudesse ser livre e celebrar matrimônio com quem desejar, e segue avançando, como foi o caso do divórcio.

Sob o óbice da lei, o Código Civil de 2002 (CC) veda a bigamia e o Código penal (CP) pune com pena de 2 (dois) à 6 (seis) anos de reclusão aquele que já casado contrair novo matrimônio, e também pune aquele que, por mais que não seja casado, celebre casamento com pessoa casada e conheça dessa situação, com pena de 1 (um) à 3 (três) anos de reclusão. Ao olhar somente o cunho jurídico, não se tem argumentos plausíveis que demonstrem a necessidade de tal vedação, pois se trata da vida particular, tem natureza privada, aonde o Estado deve agir meramente para proteger os interesses do menor, quando este estiver em risco.

É nítido que ao permitir que haja relações não monogâmicas o direito entraria em outra dificuldade, a herança, a partilha de bens, porém não se deve, para simplificar o trabalho dos juristas, cercear a liberdade de tal maneira (VIANNA; SEMÍRAMIS, 2014).

A existência do casamento e família, segundo Multedo (2017, p. 197): “família só existe se e enquanto representa a vontade dos cônjuges [...]. A descoberta do caminho de realização de seu projeto de vida pertence, de forma exclusiva, ao casal”.

2.9 PATERNALISMO LIBERTÁRIO

Ao falar de família, no século passado via-se com olhos apenas patriarcais, matrimoniais, patrimonialistas, galgado de caráter econômico, mas o direito e as leis mudaram com o passar do tempo, e a CF de 1988, assim como outros códigos posteriores, trouxe mudanças significativas, deixando de fixar a família única e exclusivamente a estes termos e sim, na felicidade do indivíduo. Partindo da premissa de que nos tempos atuais a família rege-se pela felicidade dos particulares, alicerçado pela afetividade do ser humano, pois este se tornou o centro da nova lei, agora passando a basear-se na dignidade da pessoa humana.

O paternalismo libertário pretende direcionar as pessoas a adotarem o que for definido por eles, lógico, respeitando quem opta por outro modelo, mas a todo custo influencia ao máximo para que as pessoas se voltem ao que o legislador quer, ou seja, para o que o Estado pretende. Tratam o indivíduo como leigo, ao ponto que Ferreira (2019, p. 5) em seu artigo destaca: “a intervenção estatal no direito de família patrimonial: uma reflexão à luz do paternalismo libertário”, diz “o paternalismo libertário parte da premissa de que os indivíduos tomam decisões que não teriam tomado caso possuíssem informações completas, habilidades cognitivas ilimitadas e absoluto autocontrole.” Dessa forma, considera-se que o paternalismo libertário tenta induzir a pessoa a seguir seus princípios.

A princípio, a teoria em que se baseia o paternalismo, como visto, é a de que o ser humano se inclina a tomar decisões que não sejam boas para si, sendo assim a ideia é que facilite o processo de tomada de decisão através de leis que sejam “chamativas” aos olhos deste, o que dá uma ideia de liberdade, todavia, trata-se de uma liberdade assistida pelo Estado.

A respeito disso, Nozick alude que:

Indivíduos têm direitos. E há coisas que nenhuma pessoa ou grupo podem fazer com os indivíduos (sem lhes violar os direitos). Tão fortes e de tão alto alcance são esses direitos que colocam a questão do que o Estado e seus servidores podem, se é que podem fazer. Que espaço os direitos individuais deixam ao Estado? A natureza do Estado, suas funções legítimas e suas justificações, se existem, constituem o tema central deste livro, e uma grande e diversificada variedade de tópicos entrelaça-se no curso de nosso estudo (NOZICK, 1991, p.9).

Em termos de escolhas, cada um tem o livre arbítrio de fazer com si próprio o que bem entender, a não ser que este tenha firmado obrigação com terceiro de não fazer ou não possibilitar algo, assim, tem-se a liberdade de agir conforme entende ser correto, sem que viole ou agrida terceiro, sendo que esta liberdade é inviolável, sem que sofra opressão ou limitação de sua liberdade. Do mesmo modo, terceiro algum tem poder de intervir na relação em que as pessoas estejam satisfeitas com as decisões tomadas.

2.10 PRIVATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONJUGAIS E LIMITES AO AFETO POR PARTE DO ESTADO

Em que pese, o direito brasileiro vedar o matrimônio entre pessoas já casadas, não há um motivo expresso do porquê desta vedação, se por uma mera moralidade ou por outros motivos, a lei não justifica. As relações interpessoais somente calham a si mesmos, o Estado não deve ter autonomia para definir se um particular pode ou não se casar com mais de uma ou duas pessoas, é claro que há uma dificuldade para o direito nesse chamado poliamor ou até poliafetividade, qual seja a herança, a dificuldade de divisão, mas será que pode o direito limitar o ser humano por uma dificuldade, ou cabe a ele legislar a respeito da herança, em qualquer forma de casamento?

A união poligâmica gera por si só, grandes discussões dentro do âmbito jurídico, o Conselho Nacional de Justiça e também o Supremo Tribunal Federal dispõem que tal união ultrapassa os bons costumes, bem como geraria conflitos jurídicos, ainda ressaltam os ministros que seria algo inconstitucional. Como é de evidência histórica, o direito de família evoluiu, não ficando engessado somente ao casamento heteroafetivo, porém deixou fora da legislação os casais poligâmicos, por entender imoral.

Como ressalta Gagliano (2013), é possível certamente que existam laços afetivos entre mais de duas pessoas, desde que um conheça dos outros e vice-versa, embasado pela relação consentida de cada um dos particulares da relação, chamada de relação aberta, ligada pela afetividade, e sem que ninguém seja prejudicado. O termo família não tem uma essência definida, a não ser a mais aceita nos dias atuais, qual seja aquela ligada pelo afeto.

Para Gonçalves (2013), a união poliafetiva não gera danos aos particulares para ser considerada inconstitucional, devendo ser reconhecida, pois a todos são assegurados os direitos de liberdade, igualdade e dignidade, ademais, o principal motivo das relações em família é a felicidade dos particulares. A poliafetividade deve ser encarada com mais naturalidade, sem levar ao preconceito ou taxar como algo imoral, como é visto pela

sociedade conservadora, de nada serve o preconceito e a discriminação aos que defendem e até mesmo vivem a poliafetividade em seu dia a dia, muito pelo contrário, a todos se deve o direito de proteção jurídica.

Se levar em conta que a família é considerada base da sociedade, evidencia-se que por esse motivo o Estado interfere diretamente aonde tocaria somente o posicionamento da família, restringindo-se àquilo que enseja a moral, pois quando a família decide ultrapassar o conceito de tradicional, gera polêmica, discussão e por este motivo há a interferência estatal direta na esfera familiar. Ainda, é de se questionar o limite de tal intervenção na vida privada de cada um, ao passo que o interesse (suposto) do Estado é dar mais liberdade se afastando do centro da vida particular do cidadão, no entanto este define um culpado pela dissolução matrimonial (ROSA, 2021, p. 57- 61).

É de notável relevância que aqueles que optam por um nicho familiar que não esteja tutelado pela norma estão desamparados da tutela do Estado, sem que este faça a proteção da dignidade destes particulares, visto que quando o direito não tutela esses arranjos familiares entende-se que este não precisa de tutela por ter, sua composição, ocorrido através de autoconstituição (MULTEDO, 2017, p. 203).

Além do mais, há um ordenamento “duro”, no qual mesmo com mudanças da modernidade, se recusa a atualizar o ordenamento, como foi o caso do casamento entre homossexuais, há de se falar do casamento afetivo, pois atualmente a família é constituída pelo afeto, porém não qualquer afeto, uma vez que há possibilidade de afeto entre três ou mais pessoas, desde que mutuamente concordem, sem que haja agressão à dignidade de cada um. Este afeto é a vontade de duas ou mais pessoas de compartilhar a vida com o/os outros, ou seja, conviver, tornando-se cônjuges, o desejo de constituir família, com ou sem prole (GONÇALVES, 2013, p. 46- 48).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro modificou-se notadamente com o passar dos anos e com a evolução das pessoas, no ramo da família não foi diferente, o qual saiu de uma visão patriarcal, patrimonialista, aonde o que circundava a família era somente os laços matrimoniais, o casamento propriamente dito, para um direito em que perpetua o afeto primeiramente, não se mantendo engessado na figura do casamento. No entanto, ainda há muito moralismo quando se trata de relações conjugais, não há nem que se mencionar o processo para a legalização do casamento homoafetivo.

Contudo, essas mutações vieram para ficar, é nítido que mudou, e que vai continuar mudando. Porém, o assunto da poliafetividade conjugal ainda é um tabu, pois o ordenamento limita-se ao casamento monogâmico, coibindo aqueles que optam por arranjos familiares distintos deste. Observa-se, que não se tem argumentos concretos do motivo dessa proibição, pois o Estado, como um protetor e um assegurador da felicidade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, não pode limitar os particulares, ainda mais por se tratar de direito privado.

Desta maneira, as interferências dentro dos arranjos familiares devem limitar-se somente para a proteção de seus partícipes. De fato, o poder exercido por meio de refreamentos reprime a liberdade dos particulares acerca do que preferem vivenciar em seu íntimo.

Ao afirmar que o ser humano é livre e têm alternativas, não compete ao Estado oprimir, mas a ele defender a felicidade, não interferindo com proibições e imposições dentro do ramo privado, assim sendo, deve-se legislar sobre o que o ser humano quer, pois seu poder emana do povo, e este tem autonomia para definir como viverá dentro de seu lar, com suas particularidades, bem como, se quer ter relação monogâmica, poligâmica ou quaisquer que sejam as estruturas familiares a serem seguidas por seu (s) parceiro (s).

REFERÊNCIAS

- AGUIAR FERREIRA, A. **O direito familiar contemporâneo e a sucessão em caso de relação poliafetiva**. Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos. 2020. Disponível em: https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/413/1/Anna%20Let%c3%adcia%20Ferreira%20Aguiar_0004491.pdf. Acesso em: 25 out. 2021.
- AZEREDO, F. **Relações poligâmicas consentidas: seu reconhecimento como entidade familiar**. Escola Da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2009. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2009/Fabricio%20Terra%20de%20Azeredo%20MONOGRAFIA%20EM%20PDF%20\(completa\).pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2009/Fabricio%20Terra%20de%20Azeredo%20MONOGRAFIA%20EM%20PDF%20(completa).pdf). Acesso em: 25 out. 2021.
- BARBOSA KODJA, L. **Paternalismo Libertário**. O limite entre a liberdade de escolha e a formulação de políticas públicas. Fundação Getúlio Vargas. Escola de Administração de Empresas De São Paulo. 2015. Disponível em: <https://pesquisa-eaesp.fgv.br/publicacoes/pibic/paternalismo-libertario-o-limite-entre-liberdade-de-escolha-e-formulacao-de>. Acesso em: 12 out. 2021.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 10 out. 2021.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Promulgada em 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4277**, plenário, Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 12 mai. 2022

_____. Conselho Nacional de Justiça, **Resolução Nº 175**, plenário, 14 de maio de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754#:~:text=RESOLVE%3A-,Art.,corregedor%20para%20as%20provid%C3%AAs%20cab%C3%ADveis..> Acesso em: 31 mai. 2022.

DIAS, M, B. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015.

DINIZ, HELENA, M. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. vol. V. 28. ed. São Paulo: Saraiva 2013.

FERREIRA GOMES, C. A intervenção estatal no direito de família patrimonial: uma reflexão à luz do “paternalismo libertário”. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0267_0284.pdf. Acesso em: 20 set. 2021

GAGLIANO STOLZE, P. e FILHO PAMPLONA, R. **Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. vol. VI. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS DAMÁZIA, C. e SOUZA ALMEIDA, M. União homoafetiva como entidade familiar. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. 2011. Disponível em: <http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/17>. Acesso em: 12 mai. 2022.

MULTEDO VILELA, R. **A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor Ltda. 1991.

ROSA CONRADO, P. **Direito de família contemporâneo**. Salvador. JusPODIVM. 2021.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito de Família**. 13 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

TOMÉ, L. R. G.; CUNHA, C. de O. G. M. da. **A Nova Concepção de Entidade Familiar no Direito Brasileiro:** uma análise dos impactos trazidos pela ADI 4277. Caderno de Graduação - Humanas e Sociais - UNIT - PERNAMBUCO, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 113, 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/6398>. Acesso em: 13 mai. 2022.

VIANA, T ; SEMÍRAMIS, C. **Quebrando algemas:** pelo reconhecimento jurídico dos relacionamentos não monogâmicos. Centro de Investigação de Direito Privado. 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_2041_2068.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.